

IP
dF

Instituto Federal
de Defensoría Pública

Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/No. 18/DICIEMBRE 2014

ISSN 1870-7610





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Director

Mario Alberto Torres López

Coordinadores

Mario Alberto Torres López
Rocío Alejandra Azuela Silva
Miriam Falcón Ugalde

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

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública
Número 18, diciembre de 2014

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

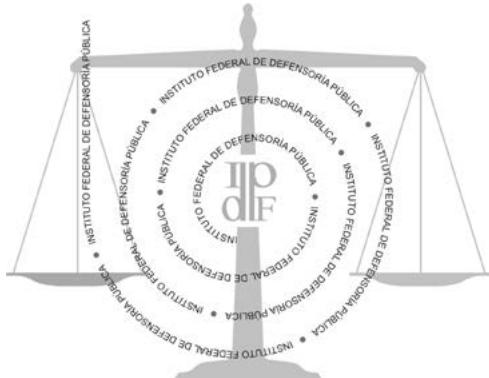
Editor responsable: Mario Alberto Torres López

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

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

© Instituto Federal de Defensoría Pública
ISSN 1870-7610

Tiraje 1,200 ejemplares
Distribución gratuita.



Índice

Página

PRESENTACIÓN	6
<i>MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA</i> La impartición de justicia en la Décima Época	8
<i>MINISTRO SERGIO A. VALLS HERNÁNDEZ</i> El impacto de la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	30
<i>CONSEJERO DANIEL FRANCISCO CABEZA DE VACA HERNÁNDEZ</i> El principio acusatorio y la reforma a la justicia penal	52

<i>CONSEJERO JOSÉ GUADALUPE TAFOYA HERNÁNDEZ</i> <i>LICENCIADA CONSUELO GUADALUPE CRUZ RAMOS</i> Reflexiones en torno al derecho al olvido	76
<i>MAGISTRADO MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ</i> Perspectiva de género en el sistema de justicia penal. Delito de homicidio	106
<i>DOCTOR VÍCTOR MANUEL COLLÍ BORGES</i> <i>MAGISTRADO MANUEL GÓNZALEZ OROPEZA</i> José Matías Quintana del Campo y Andrés Eligio Quintana Roo: forjadores de la justicia en Campeche y Yucatán	123
<i>MAGISTRADA MARÍA ELENA LEGUÍZAMO FERRER</i> Breves reflexiones sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales y el Juicio de Amparo	176
<i>JUEZ ROGELIO EDUARDO LEAL MOTA</i> Un derecho no consagrado en la Constitución Federal Mexicana: “La doble instancia”	219
<i>MAESTRO GENARO GONZÁLEZ LICEA</i> Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos	248
<i>DOCTOR EDUARDO FERRER MAC GREGOR POISOT</i> <i>DOCTOR MANUEL VENTURA ROBLES</i> El derecho a un juez o tribunal imparcial: análisis del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (A la luz del Caso del Pueblo Indígena Mapuche Vs. Chile)	285
<i>DOCTOR MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ</i> La relación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal en el CNPP	323

<i>MAESTRO MIGUEL PÉREZ LÓPEZ</i> El interés legítimo en el Juicio de Amparo. Notas sobre los primeros criterios conceptuales del Poder Judicial de la Federación	358
<i>MAESTRO HÉCTOR HUGO COVARRUBIAS FLORES</i> Los derechos de las víctimas	385
<i>LICENCIADO ONÉSIMO JULIÁN FERNÁNDEZ ESPINOZA</i> La inconstitucionalidad del inciso b), fracción II, del artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales	412
<i>MAESTRO OMAR JULIÁN ROMÁN PEÑA</i> La jerarquía constitucional en México y en Colombia frente a los tratados internacionales en materia de derechos humanos	445
<i>LICENCIADO ALEJANDRO ZAVALA SOSA</i> La Corte Penal Internacional (incompatibilidad de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con el Estatuto de Roma)	475
<i>LICENCIADA KAREN ZARINA REYES SOLÍS</i> <i>LICENCIADO VÍCTOR MANUEL CUEVA TÉLLEZ</i> Algunas consideraciones en torno a la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales	512
Boletín bibliográfico	524
Actividades de capacitación	532

Presentación

El Instituto Federal de Defensoría Pública presenta el número 18 de su Revista semestral en la que, como siempre, contamos con la participación de destacados profesionales del Derecho. Ellos nos brindan, de una manera prístina, sus reflexiones sobre temas de actualidad y capital importancia, como son: la Décima Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el artículo 1º constitucional y la labor de dicho órgano supremo de justicia; el nuevo sistema de justicia penal; el conocimiento de la antijuridicidad y grupos vulnerables; el Código Nacional de Procedimientos Penales; la doble instancia; el interés legítimo en juicio de amparo; el Derecho penal y procesal penal en el Código Nacional de Procedimientos Penales; el juez imparcial acorde al “Pacto de San José de Costa Rica”; y, como un tema de gran actualidad, se aborda lo relativo al “derecho al olvido”.

No nos corresponde hacer una síntesis, ni siquiera una breve exposición de cada uno de los temas tratados, porque lo más importante es la figura de los autores y la trascendencia de su colaboración.

Anticipamos el éxito que este número de la Revista tendrá y el Instituto agradece a los participantes por su decidido y desinteresado apoyo.

Mario Alberto Torres López
Director General
Diciembre de 2014

Presencia de la Corte y la Judicatura

La impartición de justicia en la Décima Época

*JUAN N. SILVA MEZA**

RESUMEN: Esta nota ofrece un somero panorama acerca de la estructura y devenir histórico del Poder Judicial de la Federación, así como el rol que desempeña en el marco de los nuevos paradigmas de interpretación derivados de las reformas en materia penal, amparo y derechos humanos.

Se sostiene que los imparciones de justicia somos los guardianes de la Ley Fundamental, entendida como la expresión jurídica viva más importante de que disponemos para defender a la nación y preservar la paz, la seguridad y la dignidad humana.

SUMARIO: I. Introducción. II. El Poder Judicial y sus épocas históricas. III. La impartición de justicia en la Décima Época. IV. La nueva Ley de Amparo. V. Sistema penal acusatorio. VI. En defensa de la Constitución. VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Casi desde tiempos inmemoriales, el *Estado* ha sido un concepto de muy difícil precisión; por ejemplo, en 1863, el escritor, legislador y economista francés Frédéric Bastiat

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

ofrecía el premio de un millón de francos a quien lograra una *buena, simple e inteligible definición* del Estado¹. Al tratarse de un concepto con múltiples caracterizaciones y cambios a lo largo del tiempo, es posible afirmar que, si el Estado puede ser considerado, esencialmente, como un conjunto de seres humanos agrupados en un territorio, consideramos que el gobierno es el ejercicio del poder de mando que tiene a su cargo el timón con el que se busca cumplir la finalidad del Estado, llámese *bien común*, o *interés general*. El gobierno es el supremo poder del Estado que, en el territorio correspondiente, se divide para su ejercicio en los tres poderes constituidos. Así, el gobierno es el poder de poderes cuya misión es la conducción de los individuos y grupos –que en conjunto constituyen la población del Estado–, de un territorio mediante la emisión, aplicación e interpretación de instituciones jurídicas.

Veamos en esta nota un somero panorama acerca de la estructura y devenir del Poder Judicial de la Federación, así como el rol que desempeña en el marco de los nuevos paradigmas de interpretación.

II. El Poder Judicial y sus épocas históricas

Tal como dispone el texto actual del artículo 94 constitucional, el ejercicio del Poder Judicial de la Federación está depositado en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

Pero desde los albores del Siglo XIX, en el fragor de la lucha independentista, en marzo de 1815, fue instaurado

¹ *Cfr. Di Tella, Torcuato, Chumbita, H., et. al.: Diccionario... cit., pp. 232-237.*

en Ario de Rosales, Michoacán, el *Supremo Tribunal de Justicia para la América Mexicana*, que estableció la simiente fundamental de nuestro Estado de Derecho. Fue entonces cuando José María Morelos cinceló para la posteridad estas palabras que siguen siendo el faro que debe orientar nuestro quehacer diario: *Que todo aquel que se queje con justicia tenga un tribunal que lo escuche y lo defienda contra el arbitrario.* Esta frase del prócer representa también la *raíz base* nacional del derecho fundamental a la impartición de justicia. Y una década después, el 25 de marzo de 1825 fue instalada la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con lo que fue dispuesto por el Título V de la Constitución Federal de 1824.

Medio siglo más tarde, mediante decreto del 8 de diciembre de 1870 del entonces Presidente de la República, Benito Juárez García, fue creado el *Semanario Judicial de la Federación*. Y desde esa fecha hasta el día de hoy, la Jurisprudencia contenida en sus páginas se distingue en dos grandes rubros: La Jurisprudencia Histórica y la Jurisprudencia Vigente. Las Épocas son períodos que reflejan cambios paradigmáticos en la manera de formar Jurisprudencia, es decir, en la manera de registrar los criterios que constituyen la creación del derecho a través de la impartición de justicia.

La Primera Época empezó formalmente en enero de 1871, concluyendo en 1875, debido a la primera suspensión de su publicación por problemas administrativos del Alto Tribunal, además de la inestabilidad política y social que generó la revuelta iniciada entonces por el general Porfirio Díaz en 1876. La Segunda Época comenzó en enero de 1881, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación reinició la publicación del *Semanario*, y abarca hasta 1889, destacando la elaboración de las bases que regirían su

publicación, diseñadas por Ignacio Luis Vallarta, entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Tercera Época se inició en virtud de las reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles de octubre de 1897, que a pesar de que derogaron los artículos 47 y 70 de la Ley de Amparo de 1882 y suprimieron la institución de la Jurisprudencia, mantuvieron la norma que ordenaba la publicación en el *Semanario Judicial de la Federación* de las sentencias de los Jueces de Distrito, las ejecutorias de la Corte y los votos minoritarios.

La Cuarta Época inició durante el período de Manuel de Zamacona como Presidente de la Suprema Corte. Tuvo una duración de 16 años y fue el período más extenso de publicación de entre los prerrevolucionarios. Comprendió de 1898 a 1914.

Las Épocas Quinta a la Décima, en la que actualmente nos encontramos, comprenden lo que se denomina el Catálogo de la Jurisprudencia aplicable y surgen a partir de la vigencia de la Constitución producto de la Revolución armada de 1910. La Quinta Época comenzó formalmente el 15 de abril de 1918; la Sexta Época inició en el año de 1957 y terminó en diciembre de 1969. El origen de este período, se debe a los cambios que se realizaron en el Poder Judicial Federal mediante reforma constitucional de 1951, que dio creación, entre otras cosas, a los Tribunales Colegiados de Circuito.

El principio de la Séptima Época tiene su origen en la reforma constitucional de 1968, que otorgó competencia a los Tribunales Colegiados de Circuito para integrar Jurisprudencia, así como para conocer de Amparos Directos. En enero de 1988, inició la Octava Época, en razón de que las transformaciones constitucionales que dieron el carácter de Tribunal Constitucional a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y buscaron disminuir el

volumen de asuntos que ingresaban a ella. La Novena Época comenzó el 4 de febrero de 1995, producto de la reforma constitucional que transformó de manera integral el sistema de impartición de justicia, y que consolidó a la Suprema Corte como Tribunal Constitucional, al otorgarle nuevas atribuciones para declarar la invalidez de normas generales a través de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

En virtud de la reforma constitucional en materia de amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011 y por Acuerdo del Tribunal Pleno, del 29 de agosto de ese año, fue decretado el inicio de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, a partir del 4 de octubre de 2011.

Es así que estamos transitando por los albores de la Décima Época, y como se verá en las siguientes páginas, deriva del conjunto de reformas constitucionales en materia de amparo, de derechos humanos y de justicia penal que, vistas en conjunto, representan la renovación más intensa de las labores jurisdiccionales que el país haya atestiguado en su historia moderna, constituyendo nuevos paradigmas para la impartición de justicia.

III. La impartición de justicia en la Décima Época

El artículo 17 constitucional establece el derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia, al disponer que 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, imparcial y gratuitamente.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una Tesis aislada en la

que ha enunciado las etapas del derecho de acceso a la justicia, tras definir al derecho fundamental de tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión².

Ahora bien, el artículo 17 constitucional debe interpretarse de manera sistemática con el artículo 1º de la Ley Fundamental, reformado el 10 de junio de 2011, y que ordena que las normas relativas a los derechos humanos *se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia*, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

La impartición de justicia tiene su camino trazado por la Constitución General, desde su primer artículo, y es también la Ley Fundamental la que obliga a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Veamos esto con detenimiento, porque contiene principios torales para la impartición de justicia.

El tercer párrafo del artículo 1º constitucional no se limita a establecer que los derechos humanos vinculan el Estado en su conjunto, incluidos sus tres poderes en sendos niveles de gobierno federal, estatal y municipal,

² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, Tesis: 1a. LXXIV/2013 (10a.), p. 882.

sino que, además, especifica que todas las autoridades tienen cuatro tipos de obligaciones frente a los derechos humanos, a saber:

- *Promover.* Conlleva la obligación de las autoridades de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en las estructuras económicas, sociales, políticas y culturales del país, de tal manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos.
- *Respetar.* Respetar derechos impone, llanamente, no obstaculizar su ejercicio, ni inmiscuirse en su disfrute. Esto implica, entonces, que las autoridades del Estado deben abstenerse de cometer cualquier tipo de violación directa o indirecta a los derechos humanos. Respetar, por tanto, conlleva una obligación de no hacer, cuyo alcance es radical, absoluto y terminante.
- *Proteger.* Esto es, las autoridades del Estado deben tomar todas las medidas necesarias para que los particulares no cometan violaciones a los derechos humanos de otras personas.
- *Garantizar.* En este punto, todas las autoridades deben realizar las acciones necesarias para asegurar que todas las personas, sin ningún tipo de distinción, puedan gozar y ejercer sus derechos, sobre todo, cuando se encuentren en situaciones en las que no puedan ejercer por ellas mismas sus derechos. Dicho en otros términos, los derechos se garantizan cuando se satisfacen las necesidades

³ Al respecto, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se describe el significado de *garantizar* así: a) por un lado, implica organizar el aparato gubernamental y generar las conductas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos; y, b) por otro, en caso de violaciones a los derechos humanos, prevenirlas razonablemente e investigarlas seriamente, con todos los medios a su disposición.

que subyacen a ellos³.

Esta primera parte del tercer párrafo del artículo 1º constitucional, es decir, la que establece obligaciones para todas las autoridades, tiene consistencia con lo que, en lo aplicable, disponen algunos tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵.

Por tanto, las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, corresponden a las autoridades de todos los niveles del gobierno, que deben hacer lo que esté a sus respectivos alcances con miras a la plena eficacia de los derechos.

Para el cabal entendimiento de los alcances y aplicación de lo dispuesto por el artículo 1º constitucional en el ámbito de la impartición de justicia en los albores de la Décima Época, hay algunos casos emblemáticos resueltos por la Suprema Corte, a los que haremos mención.

Caso Radilla

El gran detonador del denominado *control de convencionalidad* en México se dio cuando el Alto

⁴ Cuyo artículo 50 dispone: *Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.*

⁵ Que establece, en su artículo 28, que *cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.*

Tribunal resolvió el Expediente Varios 912/2010, el Caso Radilla. Al resolver este Caso, la Corte determinó la obligación de las autoridades de realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad *ex officio*, entendidos como la facultad y obligación de considerar las normas de derechos humanos reconocidas tanto por la Constitución como por los instrumentos internacionales ratificados por México. La trascendencia de esto radica en reconocer a los derechos humanos definidos por las fuentes jurídicas de derecho internacional, como parte del sistema constitucional mexicano. Esto no significa, en modo alguno, el desplazamiento de las normas constitucionales por las del derecho internacional, sino la ampliación del marco normativo interno en materia de derechos humanos y el permanente diálogo entre sus distintas fuentes, teniendo siempre como criterio de ponderación de normas, el principio *pro persona* que, como sabemos, determina que la norma que mejor protege y da contenido a un derecho reconocido, debe ser tomada como base para la interpretación judicial en el caso específico.

El Caso *Radilla* habrá de ser recordado como el hito que marcó una nueva manera de impartir justicia en el país, en virtud de la cual, todos los jueces del Estado mexicano, en acatamiento a las obligaciones que nos comprometen en el sistema interamericano, debemos hacer valer los derechos humanos de todas las personas, en el ámbito de nuestras respectivas competencias. Fue, precisamente, derivado de este caso, que el Pleno de la Suprema Corte emitió la Tesis aislada que lleva por rubro:

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE

INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO⁶.

Asimismo, al resolver el Caso Radilla, la Corte esclareció varios asuntos que despertaban un interés apremiante de la sociedad mexicana, entre los que se encuentran, destacadamente, los relacionados con el llamado fuero militar, en los cuales, el Pleno del Alto Tribunal: 1) Estableció interpretaciones restrictivas al fuero militar; 2) Declaró la inconstitucionalidad y la inconvenencialidad del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar; 3) Reconoció la legitimación del ofendido y sus familiares para promover amparo; 4) Restringió el fuero militar aun cuando la calidad de los sujetos fuera la de militares; y 5) Definió con mayor precisión los alcances del fuero de guerra.

La relevancia de estos asuntos estriba, no solo en el reconocimiento que las resoluciones han recibido tanto en México como en el extranjero, sino en que han generado ya una orientación precisa hacia los tribunales federales encargados de resolver el resto de los asuntos pendientes y futuros en la materia y representan, sin duda, uno de los mejores ejemplos del cambio de paradigma al que nos hemos referido anteriormente.

Contradicción de Tesis 293/2011

En septiembre de 2013, el Tribunal Pleno resolvió una contradicción de criterios entre dos Tribunales colegiados y estableció una interpretación relevante que aclara algunos de los lineamientos y los contornos más importantes para la impartición de justicia. Respecto al primer tema planteado en la contradicción de tesis

⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis: P. LXV/2011 (9a.), Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 556.

293/2011, relativo al posicionamiento de las normas sobre derechos humanos contenidos en tratados internacionales en relación con la Constitución, el Máximo Tribunal sostuvo que existe un reconocimiento en conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

Además, se estableció que de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos; sin embargo, cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. En este sentido, los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.

Por último, en cuanto al valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Pleno resolvió que la jurisprudencia emitida por la Corte IDH es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a las personas. Así, los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH son vinculantes, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, pues constituyen una extensión de los tratados internacionales que interpreta, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos previstos en ellos.

Para efectos de la impartición de justicia, es importante mencionar que, en cumplimiento de este mandato, los juzgadores deben atender a lo siguiente:

1. Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento;
2. En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y
3. De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

De esta manera, como puede apreciarse, se interpretó que la reforma en materia de derechos humanos amplía el catálogo constitucional de los mismos, pues permite armonizar, a través del principio *pro persona*, las normas nacionales y las internacionales, garantizando así la protección más amplia a la persona.

La decisión de la Suprema Corte otorga las herramientas a los juzgadores para implementar, en toda su amplitud, la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

De la resolución del Alto Tribunal a la Contradicción de Tesis 293/2011 derivan dos Tesis de Jurisprudencia de incalculable importancia para la impartición de justicia en el Estado Mexicano, y cuyos rubros son:

·
*DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS
EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS
INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO*

DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL⁷.

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA⁸.

IV. La nueva Ley de Amparo

El 2 de abril de 2013 fue publicada en el *DOF* la nueva Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha ley deriva de la reforma constitucional en la materia, del 6 de junio de 2011 y es el fruto del interés y las aportaciones de legisladores, expertos, académicos, asociaciones de abogados, postulantes y organizaciones de diversa índole que durante más de una década contribuyeron a este proyecto de gran envergadura, guiados por el interés de contar con un instrumento procesal acorde con las necesidades y legítimos requerimientos de acceso de la justicia de nuestra sociedad.

La nueva Ley de Amparo contiene la normativa necesaria para armonizar el sistema constitucional que adquirió plena forma en junio de 2011 y que tiene como objetivo obligar a todas las autoridades a sujetar su

⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 202.

⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 204.

actuación al principio de protección y salvaguarda de los derechos humanos de las personas, en especial en beneficio de los más vulnerables.

Entre sus novedades, en su mayor parte de profundo calado, la nueva Ley de Amparo prevé las siguientes figuras: la declaratoria general de inconstitucionalidad, la creación de los Plenos de Circuito, y el interés legítimo. A grandes rasgos, consisten en lo siguiente:

Declaratoria general de inconstitucionalidad

La declaratoria general de inconstitucionalidad está prevista en la fracción II del artículo 107 de la CPEUM y regulada en el artículo 231 (y siguientes) de la Ley de Amparo, mismo que dispone que cuando los órganos del PJF establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la SCJN lo notificará a la autoridad emisora para que supere el problema de inconstitucionalidad. Transcurridos 90 días sin que la autoridad subsane la falta, el Pleno de la SCJN, por una mayoría de al menos ocho votos, emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad. Exceptuando normas generales en materia tributaria. La declaratoria general de inconstitucionalidad es uno de los elementos de mayor trascendencia de la reforma constitucional, ya que reforma no solo el juicio de amparo, sino el alcance de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien, en este diseño se respeta la facultad de la misma autoridad emisora de adecuar constitucionalmente la norma, preservando así el pleno respeto y equilibrio entre los Poderes de la Unión.

Plenos de Circuito

La fracción XIII del artículo 107 constitucional prevé la creación de Plenos de Circuito para la resolución de contradicciones de tesis entre Tribunales Colegiados de un

mismo Circuito. Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito, o los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, los Ministros de la SCJN, los mismos Plenos de Circuito, y los demás órganos antes mencionados podrán denunciar la contradicción ante la SCJN, para que el Pleno o la Sala respectiva decida la tesis que debe prevalecer.

Interés legítimo

La figura de interés legítimo está consagrada en la fracción I del artículo 107 de la CPEUM, al prever que el juicio de amparo se seguirá a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico (artículo 5º de la Ley de Amparo). A partir de ahora el amparo procede aun cuando la afectación no sea inmediata o directa para quien lo interpone, sino quien verdaderamente, a criterio del juzgador, demuestre la legitimidad de su interés, con lo cual se amplía aún más la protección de la del juicio de constitucionalidad. La figura del interés legítimo cuenta con un amplio desarrollo doctrinal y jurisdiccional en el derecho comparado y con algunos antecedentes en el derecho mexicano que, justamente, permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un derecho reconocido por el orden jurídico –interés

jurídico–, o cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero sí la situación jurídica derivaba del propio orden jurídico.

A propósito de la promulgación de la nueva Ley de Amparo, debe destacarse que también resulta reglamentaria del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y si bien representa la cristalización de la reforma constitucional de junio de 2011, no es, en modo alguno, el *fin de la historia* en la materia. Consecuentemente, la responsabilidad de su debida aplicación e interpretación corresponde, precisamente, a los imparidores de justicia.

El juicio de amparo no es una institución jurídica más; es el catalizador que permite que el sistema de impartición de justicia federal funcione. El juicio de amparo es un derecho y una garantía. Es un derecho, porque su existencia y puesta en práctica debe ajustarse, en todos sus extremos, a los requerimientos que establecen nuestra Constitución y también los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México. Es una garantía, porque su mera existencia implica una salvaguarda de reparación, para todo aquel que ha visto menoscabados o restringidos sus derechos y libertades.

A través de la nueva Ley de Amparo, este recurso judicial *sencillo y rápido* –en términos de lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– retoma sus orígenes como el recurso efectivo para amparar ante los tribunales competentes contra cualquier violación de los derechos fundamentales. El juicio de amparo, como institución procesal, inspiró –a propuesta de la representación de México– la redacción del texto vigente del artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por ello, debemos estar orgullosos

de la institución del amparo, misma que se renueva para recuperar la mejor tradición mexicana protectora de los derechos de las personas.

V. Sistema Penal Acusatorio

El 18 de junio de 2008 fue publicado, en el *Diario Oficial de la Federación*, el Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115; y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La envergadura de la reforma constitucional en materia penal representa no solo un parteaguas en los sistemas de procuración e impartición de justicia, sino, insisto, un verdadero cambio de paradigma que todos los actores que conforman un Estado democrático de Derecho debemos asumir con responsabilidad y compromiso.

Los artículos transitorios segundo y tercero del Decreto mencionado establecen los lineamientos temporales para la entrada en vigor en nuestro país del sistema procesal penal acusatorio, que ocurrirá cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años (es decir, el plazo vence en 2016). En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio.

Mediante la reforma constitucional, el procedimiento penal transita del procedimiento semiinquisitorio al acusatorio y oral, cuyos principios (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación) recoge el artículo 20 constitucional.

Para el Poder Judicial de la Federación, la instauración del sistema acusatorio tiene una enorme relevancia, y desde la promulgación de la reforma constitucional han sido adoptadas diversas medidas para recibirla e instrumentarla. En su oportunidad, se elaboraron propuestas para la elaboración de legislación federal en materia de procedimientos penales o Código Único, y de las leyes sustantivas, adjetivas y orgánicas correspondientes. Venturosamente, el país cuenta ya con un Código Nacional de Procedimientos Penales.

Así, el Poder Judicial de la Federación participa con todos los elementos que tiene a su alcance para la cristalización del sistema acusatorio en sus ámbitos sustantivos y operativos. Y también es de destacarse otro eje que da testimonio contundente de nuestra voluntad para que el sistema acusatorio se abra camino. Me refiero al quehacer jurisdiccional. Así, desde el inicio de la implementación de la reforma, los imparcidores de justicia han desempeñado un papel fundamental para su desarrollo. Las Tesis generadas desde los tribunales federales y desde la propia Suprema Corte han llevado a parámetros interpretativos acordes con las nuevas disposiciones constitucionales. Como puede apreciarse, el Poder Judicial de la Federación está haciendo su parte en la instrumentación del nuevo sistema de justicia penal; se trata de un mandato constitucional que, a pesar de las dificultades técnicas y materiales y de los retos culturales, hemos estado cumpliendo en tiempo y forma.

Naturalmente, el contenido, interpretación y alcances de la reforma constitucional en materia penal no pueden ser disociados, en absoluto, de las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos a las que me he referido. Vistas en conjunto, representan la renovación más intensa para la impartición

de justicia que el país haya atestiguado en su historia moderna. En consecuencia, hemos emprendido un camino en el que los derechos humanos y el amparo sean parte medular del sistema penal acusatorio.

Ese camino no tiene retorno. Concebidas sistemáticamente, la razón de ser de estas tres reformas constitucionales es que nada ni nadie esté por encima de la protección a los derechos humanos.

VI. En defensa de la Constitución

Los tres ejes a los que me he referido constituyen una oportunidad invaluable para que, desde los linderos de nuestras atribuciones, los impartidores de justicia defendamos a la Constitución. Defender a nuestra Carta Magna es, a toda luz, un asunto a considerar como factor determinante para la seguridad nacional.

Fue gracias a la Revolución Mexicana que aprendimos institucionalidad, aprendimos legalidad, aprendimos democracia, aprendimos la necesidad de construir arreglos políticos en paz y, fundamentalmente, aprendimos que la justicia es parte esencial, fundamental, fundacional del arreglo político nacional.

El legado cultural perenne de la Revolución es, sin duda, la Constitución de 1917. Debe resaltarse que la respuesta civilizatoria de los mexicanos a una revolución armada y violenta fue la ley. La Constitución *humaniza*, y plasma el reconocimiento de que los mexicanos preferimos la ley a la violencia.

Para que la Constitución sea capaz de dar cumplimiento a los fines del proyecto nacional en el contexto de una realidad social en permanente cambio, debe tener una estructura dinámica, programática y abierta para no convertirse, bajo ningún punto de vista, y en ninguno de sus preceptos, en *letra muerta*.

El Estado nace y renace cada vez que se dota de una Constitución. El Estado también se reforma continuamente y el Poder Judicial mantiene una línea congruente y propositiva para contribuir en la reforma del Estado, específicamente mediante propuestas para el mejoramiento continuo de la impartición de justicia.

La Constitución es la patria, y señala con nitidez, a través de sus preceptos, las responsabilidades imprescriptibles del Estado en todos los ámbitos de la vida pública, así como los principios rectores del vínculo entre gobernantes y gobernados. En el México de albores del siglo XXI, el texto constitucional se afirma como guía suprema para seguir edificando el país que anhelamos para las generaciones presentes y futuras.

VII. Conclusión

Es menester pugnar por una cultura de defensa de la constitucionalidad. Aunque perfectible, la Constitución es el epítome de una sociedad que opta por la paz, la legalidad y la institucionalidad. Nuestra ley fundamental pone en blanco y negro los anhelos e ideales del pueblo de México.

Como impartidores de justicia, en los hechos, en nuestro inquebrantable y renovado quehacer cotidiano, ratificamos nuestro compromiso por la plena observancia de la Constitución, manteniendo una comunicación y colaboración fructíferas con los otros poderes del Estado, y facilitando el acceso a la justicia a los ciudadanos con transparencia activa, sembrando la seguridad y la certeza jurídica en aras del fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho, con jueces cada vez más comprometidos con la Constitución, con nuestras libertades y con nuestra democracia.

El desarrollo de la impartición de justicia juega un papel fundamental para la sana continuidad constitucional. En forma especial, el perfeccionamiento de los preceptos constitucionales y legales relativos permitirá que la justicia constitucional concentre y fortalezca su incidencia en este tema crucial para todos los integrantes de la sociedad.

Los imparcidores de justicia son los catalizadores para una convivencia social ordenada, y el cumplimiento de nuestra labor se sustenta en el ejercicio pleno del principio de independencia y autonomía judicial, garantía de los justiciables y condición inherente al desarrollo de la judicatura, a la vez que representa un compromiso plenamente asumido por todos sus integrantes.

La impartición de justicia debe ser un servicio que se preste con independencia, con agilidad y que responda a las demandas apremiantes y legítimas de la sociedad con solidez técnica y un profundo sentido de responsabilidad, pero también debe estar siempre dispuesta a rendir cuentas de sus actos y hacerse responsable de los mismos.

El Poder Judicial de la Federación no solo está llamado a prestar el servicio público de impartición de justicia con certeza y seguridad jurídica para la gente, sino también, como imparcidores de justicia, estamos llamados a procurar el balance entre seguridad y derechos, en un marco democrático.

Un sistema de impartición de justicia, florece más y mejor que en una sociedad cuyos miembros conocen bien sus derechos, pues ese conocimiento es el que nos permite, a cada uno, primero exigirlos y, después, hacerlos valer ante cualquier intento de restricción.

Es hora, pues, de pugnar por una cultura de defensa de la constitucionalidad en la que todos los ciudadanos, y con especial énfasis, los imparcidores de justicia, seamos

guardianes de nuestra Ley Fundamental y en la que se le conozca, conmemore y observe, como la expresión jurídica viva más importante de que disponemos para defender a la Nación y preservar la paz, la seguridad y la dignidad humana.

VIII. Bibliografía

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos.*
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos.*
- Di Tella, Torcuato, Chumbita, Hugo; et. al., *Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales*, Emecé, Buenos Aires, 2001.
- *Ley de Amparo*, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.*

El impacto de la reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

SERGIO A. VALLS HERNÁNDEZ^{}(†)*

RESUMEN: A partir de la reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (junio de 2011), el artículo refiere el impacto que ha tenido en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los distintos medios de control constitucional y vías legales de su competencia.

SUMARIO: Introducción. I. La reforma constitucional al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. II. La proyección de la reforma en la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. III. Conclusiones.

Introducción

El punto de partida de este trabajo es la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada el 10 de junio de 2011, que sin duda tuvo un objetivo fundamental: la mayor y eficaz protección de estos derechos.

Nos centraremos en la proyección que ha tenido esta reforma, particularmente, la hecha al artículo 1° constitucional, en la labor de la Suprema Corte de Justicia

* Artículo póstumo del Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

de la Nación, en tanto representa un nuevo paradigma constitucional, bajo el cual deben actuar todas las autoridades.

Para ello, referiremos algunos de los casos fallados por el Tribunal Pleno de la Corte que, en nuestra opinión, nos permitirán apreciar tal impacto¹.

I. La reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En junio de 2011 se publicó una reforma a la Constitución Federal de gran calado en materia de derechos humanos, pues se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero, para quedar como *DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS* y, en consonancia, se reformaron diversos artículos constitucionales (1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105).

Como he señalado en diversos foros en los que he tenido oportunidad de participar, esta reforma adecuó el orden constitucional mexicano a la teoría de los derechos humanos; siendo un hecho que la modificación de mayor entidad se hizo al artículo 1º:

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

¹ No pasa inadvertido que tanto la Primera como la Segunda Salas de la Suprema Corte también han interpretado el artículo 1º constitucional, a partir de dicha reforma, al conocer de diversos asuntos de su competencia; sin embargo, dada la brevedad de este trabajo, es conveniente acotarlo a las resoluciones emitidas por el Tribunal Pleno, en tanto que, por su jerarquía, estas permean hacia todos los demás órganos jurisdiccionales, inclusive las Salas de la Corte.

suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

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

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

Destacan, para nuestro estudio, las modificaciones siguientes:

- El cambio del término *individuos* por el de *personas*, a partir de lo cual, se extiende la protección hacia colectivos o grupos y, de ahí, de los derechos sociales, económicos, culturales y, por supuesto, de las minorías y grupos vulnerables; asimismo, el hecho de que en el texto vigente se establezca

que se protegen los derechos *reconocidos* por la Constitución, y no *otorgados* por esta – como anteriormente se preveía–, es, sin duda, congruente con la naturaleza de los derechos humanos, inherentes a todas las personas.

- Tal protección comprende no solo los derechos humanos reconocidos y las garantías establecidas por la Constitución, sino también por los tratados internacionales en la materia suscritos por México.
- Se incorpora la cláusula de interpretación conforme, así como el *principio pro persona*, como rector de la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos.
- Se preceptúa que el deber de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos no corresponde solamente a los Poderes de la Unión, sino a *todas* las autoridades que conforman el Estado mexicano. Ello, de conformidad con los principios que rigen los derechos humanos, a saber: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Es pues, el nuevo texto del artículo 1º, el referente obligado para toda actuación de las autoridades.

II. La proyección de la reforma en la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

A partir de la mencionada reforma constitucional, temas como el alcance y límites de los derechos humanos y de sus garantías reconocidos tanto a nivel constitucional como convencional; la aplicación del *principio pro persona*, o bien, el ejercicio del control de constitucionalidad y de convencionalidad, han generado, desde el inicio de su vigencia, debates y criterios interpretativos de suma

relevancia por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esto porque, como hemos señalado, el artículo 1º de la Constitución Federal, constituye un nuevo canon constitucional para la labor de la Suprema Corte, no solo porque se trata del interprete final de la Constitución, sino porque, como ya explicamos, dicho precepto obliga a los Poderes de la Unión –y a todas las autoridades–, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales suscritos por México en materia de derechos humanos.

Así, desde el llamado *caso Radilla*, del que se ocupó la Suprema Corte al poco tiempo de haberse publicado la citada reforma, vemos cómo esta tuvo gran repercusión, pues generó criterios jurídicos relevantes acerca del sistema de control constitucional en México, como es la aceptación del control difuso, tanto constitucional como convencional; asimismo, dicha reforma se ha proyectado en la solución de diversos asuntos de la competencia del Máximo Tribunal, por lo que, a manera ilustrativa, referiremos dicho caso y algunos otros que, en nuestra opinión, ilustran la manera en que el nuevo paradigma constitucional contenido en el artículo 1º, ha permeado en la labor de la Corte.

1. Caso Radilla

La reforma constitucional en cita, tuvo especial impacto en la solución dada a la Consulta a trámite, expediente Varios 912/2010 (conocido como caso *Radilla*)².

Este expediente se abrió con el objetivo primordial de determinar la participación del Poder Judicial de la

² Resuelto en sesión pública de 14 de julio de 2011.

Federación en el cumplimiento de la sentencia *Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de noviembre de 2009 que, entre otras cuestiones, ordenó al Estado mexicano llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad, por parte de sus jueces.

Lo que dio origen a un intenso debate entre los Ministros para, finalmente establecer que, el control de convencionalidad debe ejercerse tomando en cuenta, en su conjunto, el nuevo artículo 1º y el diverso 133, ambos de la Constitución General de la República. Es decir, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior; si bien, no haciendo una declaración general sobre la invalidez, pero sí dejando de aplicar las normas inferiores, lo cual es acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente³.

³ En esa medida, se aprobaron las tesis aisladas números LVII/2011 (9^a.), LXX/2011 (9^a.) y LXIX/2011 (9^a.) publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia Constitucional, páginas 535, 557 y 552, respectivamente, cuyo texto reza:
SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en

Tal criterio, indudablemente, modifica sustancialmente el parámetro de análisis que se venía utilizando para establecer la validez o invalidez de las normas, pues, como lo estableció el Pleno, actualmente aquel se integra por los derechos humanos reconocidos en la Constitución

*otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad. **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.** De conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1º Constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el 1º constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), si están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia. Y **PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.** La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en*

Federal y en los Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, así como por la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación y los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y además por los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte⁴.

ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial, al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país –al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano–, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y la aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte.

⁴ Tal criterio dio lugar a la tesis aislada LXVIII/2011 (9^a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia Constitucional, página 551, que señala: **PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.** El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los

Es pertinente precisar que, como detallaremos más adelante, el tópico relativo a la obligatoriedad de los criterios de la Corte Interamericana, fue objeto de examen nuevamente al resolver la contradicción de tesis 293/2011, para establecer que, con independencia de que el Estado mexicano hubiera sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de dicho tribunal, si son vinculantes para el Poder Judicial Federal.

2. Contradicción de tesis 293/2011

En cuanto a la interpretación del artículo 1º constitucional, también reviste suma relevancia, la contradicción de tesis 293/2011⁵, en la cual el Pleno de la Corte resolvió, por una parte, sobre la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos respecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, esto es, Constitución o tratado internacional, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, concluyendo que los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual

artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte; y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado no haya sido parte.

⁵ Resuelta en sesión pública de 3 de septiembre de 2013.

debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano⁶.

En segundo término, con motivo de la citada contradicción, y superando el mencionado criterio sostenido en el caso *Radilla* –en el sentido de que los criterios de la Corte Interamericana derivados de litigios en los que México no fue parte, eran sólo orientadores–, la Suprema Corte estableció que, a la luz del artículo 1º constitucional, los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para la labor

⁶ Tal criterio dio lugar a la tesis de jurisprudencia número 20/2014 (10^a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia Constitucional, página 201, cuyo texto es **DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.** El primer párrafo del artículo 1º. Constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

judicial, con independencia de que el Estado mexicano hubiera sido parte en el caso, siempre y cuando favorezca en mayor medida a la persona⁷.

3. Amparos en Revisión sobre “traslado de reos”

El nuevo texto del artículo 1º constitucional, en específico la aplicación del principio *pro persona*, se proyectó en el debate y, por supuesto, en la solución que se dio, a los Amparos de Revisión números 151/2011, 197/2011, 199/2011, 205/2011, 198/2011, 204/2011, 230/2011, 276/2011, 200/2011, 202/2011, 152/2011 y 203/2011 sobre *traslado de reos*⁸.

Dichos asuntos se promovieron en contra de diversos traslados de reos, argumentándose por los quejoso, entre otras cuestiones, que se les había privado de su derecho de

⁷ Lo que dio lugar a la tesis de jurisprudencia número 21/2014(10^a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia Constitucional, página 202, que señala **JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.** Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos, establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

⁸ Resueltos por el Tribunal Pleno en sesión pública de 12 de enero de 2012.

purgar la pena de prisión en el reclusorio más cercano a su domicilio, como condición fundamental de reinserción social, afectando su dignidad humana, al recibir tratos indignos, por lo que, plantearon la violación a los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 26, 29, 62 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien en las sentencias respectivas no se refleja del todo, destaca para nuestro estudio que, en el debate plenario de estos asuntos⁹, y con base en la reforma al artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución, se señaló que, en el caso, no era necesario usar referentes del sistema interamericano, toda vez que el artículo 18 de la Constitución Mexicana era más explícito o protector de las personas.

En esa medida, por mayoría, el Pleno estableció que el artículo 18, octavo párrafo, constitucional, reconoce el derecho fundamental de los sentenciados a compurgar las penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social; lo cual no puede quedar a la potestad de las autoridades administrativas ni judiciales, al constituir un derecho subjetivo del individuo consistente en un acto volitivo del sentenciado de pedir o no el traslado al centro penitenciario más cercano a su domicilio. Por lo que constituye una obligación de la autoridad respetar dicho derecho, salvo en los casos de excepción que la propia Ley Fundamental prevé, a saber: (i) en casos de delincuencia organizada; y, (ii) tratándose de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad. Por tanto, al existir una violación directa al artículo 18 constitucional, se concedió el amparo liso y llano a los quejosos.

⁹ Llevados a cabo en las sesiones públicas de 10 de enero de 2012.

Como apuntamos al inicio de este apartado, más allá de que quedara reflejado o no en el engrose respectivo, y sin desconocer la relevancia del alcance dado al derecho fundamental en juego, este caso es un referente de cómo, desde el inicio de la vigencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el debate al seno del tribunal ha sufrido un cambio radical, al discernir de manera previa si la norma constitucional es más protectora del derecho fundamental en juego y, por ende, no era necesario utilizar referentes internacionales.

4. Acción de Inconstitucionalidad 155/2007

Esta Acción se ejerció por el Procurador General de la República, para solicitar la declaratoria de invalidez de los artículos 72, fracciones V, y 73, fracción V, de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán, que establecían una sanción administrativa, por reincidencia, consistente en trabajos a favor de la comunidad por el padre o tutor responsable que desatendiera los programas terapéuticos de sus hijos.

El accionante hizo valer, entre otros argumentos, la violación a la libertad de trabajo, en tanto que se facultaba a la autoridad administrativa para imponer dicha sanción, siendo que, conforme al artículo 5º de la Constitución mexicana, nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la *autoridad judicial*.

Ahora bien, en el debate del asunto, tuvo especial relevancia que, el artículo 21 de la propia Constitución faculta a las autoridades administrativas para aplicar sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, entre ellas, el trabajo en favor de la comunidad.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte, después de un intenso debate, y con apoyo en lo establecido en el mencionado *caso Radilla*, concluyó que los tratados internacionales suscritos y ratificados por México, forman parte del canon de validez de las leyes en el control abstracto que la Suprema Corte realiza mediante acciones de constitucionalidad, cuando dichos tratados regulan aspectos de derechos humanos, los que pueden ser invocados de manera oficiosa por el tribunal.

En segundo término, por una mayoría, se declaró la invalidez de las normas impugnadas, por estimar que, en aplicación del artículo 1°, segundo párrafo, de la Constitución Federal, que obliga a examinar las normas impugnadas a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y con base en el principio *pro persona*, se advertía que los artículos 8° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1° y 2° del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo y 6° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituían las normas más favorecedoras para las personas, pues establecen, de manera destacada que la autoridad judicial es la facultada para imponer el trabajo en favor de la comunidad, esto es, debe ser impuesto exclusivamente como sanción de carácter jurisdiccional por el juez y no como sanción de carácter administrativo, por lo que debía inaplicarse el artículo 21 constitucional para aplicar la normatividad internacional, al ser la que favorecía la protección más beneficiosa del derecho humano en cuestión¹⁰.

Es este precedente, hasta ahora, el único en el que se ha inaplicado un precepto constitucional, por considerar que el referente internacional otorga una mayor protección al derecho fundamental en juego.

¹⁰ Resuelta en sesión pública de 7 de febrero de 2012.

5. Controversia constitucional 32/2012

En este asunto, la Suprema Corte debió responder si, conforme al *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, adoptado el 27 de junio de 1989, en Ginebra, Suiza, y aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el 11 de julio de 1990 (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de agosto de ese año), debió consultarse al municipio actor, previo a aprobar la reforma constitucional local impugnada en el caso¹¹.

El Tribunal Pleno concluyó que, conforme a dicho instrumento internacional, incorporado al sistema jurídico mexicano, en términos del párrafo primero del artículo 1º de la Ley Suprema, los pueblos indígenas, como el municipio actor, tienen el derecho humano a ser consultados, mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados y de buena fe, a través de sus representantes, cada vez que se prevean medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente.

Si bien el tribunal advierte que la Constitución Federal no contempla la necesidad de que los órganos legislativos locales, dentro de sus procesos legislativos, abran períodos de consulta, sin embargo, la norma internacional sí establece en favor de los pueblos indígenas, tal prerrogativa; por lo que, para la Corte, en respeto a su contenido y a lo dispuesto en el artículo 1º constitucional, la legislatura local tiene el deber de prever una fase adicional en el proceso de creación de las leyes para consultar a los representantes de ese sector de la población, cuando se trate de medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, como acontecía

¹¹ Controversia Constitucional resuelta en sesión pública de 29 de mayo de 2013.

en el caso, al tratarse de una reforma a la Constitución Política de la entidad federativa a la que pertenece el municipio actor, en materia de derechos de los pueblos indígenas.

En esa medida, y en virtud de que en la reforma local impugnada no había sido respetado dicho derecho, se declaró fundada la controversia constitucional de mérito.

Precedente que ilustra acerca de cómo, a partir de la reforma constitucional en derechos humanos, la Corte resuelve un caso, a la luz del catálogo de derechos humanos reconocido en México, conformado no solo por la Constitución Federal sino por los instrumentos internacionales suscritos por México.

6. Contradicciones de tesis 56/2011 y 360/2013

Adquieren especial interés las contradicciones de tesis 56/2011 y 360/2013¹², en tanto que la primera versaba sobre la titularidad de derechos humanos tratándose de personas morales, mientras que, en la segunda, se respondió a la interrogante de si les es aplicable o no el principio *pro persona*, a la luz del artículo 1º constitucional.

De esta manera, el primero de los citados precedentes dio lugar a la tesis aislada¹³ número P. I/2014 (10^a), de rubro *PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDE DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE.*¹⁴, para establecer que el vocablo

¹² Resueltas en sesiones públicas de 30 de mayo de 2013 y 21 de abril de 2014, respectivamente.

¹³ Esto, porque tal cuestión no era la temática que dio lugar a la contradicción de criterios, por lo que no era posible darle el carácter de jurisprudencia obligatoria.

¹⁴ Publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, p. 273.

personas contenido en el artículo 1º constitucional, comprende a las personas morales; sin embargo, no es posible establecer, de inicio, cuáles derechos les corresponden o cuáles no, sino que, en cada caso, el juzgador deberá resolverlo, partiendo, principalmente, de la naturaleza del derecho fundamental de que se trate a fin de fijar su alcance y, en su caso, de la función o actividad de la persona moral, para verificar si dicho derecho le es predictable o no¹⁵.

Mientras que, en la C.T. 360/2013¹⁶, siguiendo la línea de lo resuelto en la primera, el Pleno estableció que, por mandato del artículo 1º, párrafo segundo, de la Constitución Federal, tratándose de las personas morales, sí les es aplicable el principio *pro persona* respecto de las normas relativas a los derechos humanos de que son titulares.

7. La concepción del interés legítimo para efectos del Juicio de Amparo

Tratándose en específico del juicio de amparo, hay que partir, además, de que también en junio de 2011 se publicó una reforma constitucional en la materia de suma trascendencia (a los artículos 103 y 107), que dio lugar a la aprobación de una nueva Ley de Amparo¹⁷;

¹⁵ Como ocurrió precisamente en el caso de dicha contradicción de tesis, en la que, bajo ese parámetro, se determinó que, si bien las personas morales no cuentan con un derecho a la intimidad o vida privada, como aquel espacio íntimo y/o interno del ser humano, no podríamos hablar en sentido estricto de datos personales, pues son inherentes a la calidad humana, lo cierto es que sí existe cierto espacio de las personas morales, como su domicilio y sus comunicaciones, o bien, datos económicos, comerciales o correspondientes a su identidad que, de suyo, si deben estar protegidos frente a intromisiones ilegítimas, por lo que, el Pleno concluyó que debe extenderse la protección de los artículos 6º y 16 constitucionales.

¹⁶ Pendiente de engrosar, por lo que, no se cita la tesis de jurisprudencia correspondiente.

¹⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013.

por lo que, quienes laboramos en el Poder Judicial de la Federación debemos interpretar los artículos 103 y 107 de la Constitución y la nueva ley, *siempre y en todo momento*, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1º constitucional, al ser el amparo el medio de control constitucional, creado *per se* para proteger los derechos humanos cuando estos han sido vulnerados.

Bajo esta premissa esencial, los jueces federales deberemos realizar, conforme cada caso lo requiera, una intensa labor interpretativa sobre temas sustanciales del amparo, a partir de su reforma.

De inicio, el Pleno de la Suprema Corte ya ha tenido que definir el concepto del interés legítimo tratándose del amparo, al conocer de la contradicción de tesis 111/2013¹⁸; para establecer, en lo que nos importa que toda vez que el interés legítimo en torno al cual versa la contradicción de criterios, se refiere al exigido en el juicio de amparo, el mismo deberá analizarse a la luz de la función primordial del mismo: la protección de los derechos fundamentales de las personas, razón por la cual, el principio *pro persona* contenido en el artículo 1º constitucional cobra especial relevancia para el caso.

Partiendo de esa base, el Pleno interpretó el artículo 107, fracción I, primer párrafo, de la Constitución Federal¹⁹, relativo a la exigencia de un interés legítimo para promover amparos indirectos que no provengan de actos o resoluciones de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, para establecer las notas distintivas de tal interés:

¹⁸ Resuelta por el Tribunal Pleno en sesión pública de 5 de junio de 2014, pendiente de engrosar.

¹⁹ Reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.

- a) Implica la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso.
- b) El vínculo no requiere de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico, es decir, la persona con interés se encuentra en aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante.
- c) Consiste en una categoría diferenciada y más amplia que el interés jurídico, pero tampoco se trata de un interés genérico de la sociedad, como ocurre con el interés simple. Es decir, implica el acceso a los tribunales competentes ante posibles lesiones jurídicas a intereses jurídicamente relevantes y, por ende, protegidos. En otras palabras, debe existir un vínculo con una norma jurídica, pero basta que la misma establezca un derecho objetivo, por lo que no se exige acreditar la afectación a un derecho subjetivo, pero tampoco implica que cualquier persona pueda promover la acción.
- d) La concesión del amparo se traduciría en un beneficio jurídico en favor del quejoso, es decir, un efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro, pero cierto, mismo que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse.
- e) Debe existir una afectación a la esfera jurídica del quejoso en un sentido amplio, apreciada bajo un parámetro de razonabilidad y no solo como una simple posibilidad, esto es, una lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida.

- f) Así, el quejoso tiene un interés propio distinto del de cualquier otro gobernado, consistente en que los poderes públicos actúen de conformidad con el ordenamiento jurídico, cuando con motivo de tales fines se incide en el ámbito de dicho interés propio.
- g) La situación jurídica identificable surge por una relación específica con el objeto de la pretensión que se aduce, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial.
- h) Si bien en una situación jurídica concreta pueden concurrir el interés colectivo o difuso y el interés legítimo, lo cierto es que tal asociación no es absoluta e indefectible.
- i) Debido a su configuración normativa, la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica. Es decir, el criterio contenido en la sentencia no constituye un concepto cerrado o acabado sobre el interés legítimo, sino que contiene los elementos suficientes para adaptarse a diversas situaciones, así como notas distintivas para no confundirse con otros tipos de interés.
- j) Finalmente, el interés debe responder a la naturaleza del proceso del cual forma parte, es decir, el interés legítimo requiere ser armónico con la dinámica y alcances del juicio de amparo, consistentes en la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Para, finalmente, concluir que, el criterio adoptado, *resulta acorde a la finalidad del juicio de amparo a la luz del principio pro persona, pues mediante el mismo se amplía*

la protección a los derechos fundamentales, al permitir un mayor acceso a tal medio de control de constitucionalidad, situación que redunda de forma directa en un respeto al nuevo paradigma en materia de derechos humanos que el Constituyente Permanente consagró en nuestro texto constitucional desde junio de dos mil once.

Como vemos, para resolver sobre el interés legítimo como presupuesto esencial para promover el amparo, adquirió especial importancia la proyección de la reforma constitucional en materia de derechos humanos hacia el juicio de amparo, como el medio de control constitucional de protección de derechos humanos por excelencia, a fin de permitir un mayor acceso de las personas al mismo.

III. Conclusiones

Recapitulando, existe un mandato constitucional expreso para que, al igual que toda autoridad, la labor del Poder Judicial Federal se conduzca conforme a lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Federal, siendo innegable que dicho Poder se encuentra vinculado en mayor grado a respetarlo, al ser el que tiene encomendado el control constitucional concentrado.

En esa medida, la labor de la Suprema Corte, como órgano cúspide del Poder Judicial, e intérprete final del orden constitucional, conlleva el deber de velar por el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas, fijando su alcance y límites de manera tal, que favorezcan siempre su ejercicio pleno.

Para ello, es sumamente valioso el criterio de la Suprema Corte derivado del *Caso Radilla*, en cuanto establece que en nuestro orden jurídico opera tanto un control de constitucionalidad como de convencionalidad de los actos y leyes que violen derechos humanos. Así como la citada contradicción de tesis 293/2011, que

deja en claro el parámetro de control de regularidad constitucionalidad de todo acto de autoridad o norma general que opera en nuestro país a partir de las reformas en derechos humanos. Puesto que, indudablemente, se trata de dos precedentes que han sentado la base del sistema jurídico nacional para la solución de futuros casos.

Así también, todos los casos referidos nos permiten advertir cómo el nuevo parámetro constitucional ha exigido del Máximo Tribunal una labor interpretativa intensa en los distintos medios de control constitucional y vías legales que le compete conocer (juicio de amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad, contradicción de tesis, consultas a trámite) y que, en muchas ocasiones, irradiará en la solución de otros asuntos que se vayan presentando. Siendo un hecho que, evidentemente, la labor interpretativa de la Suprema Corte será continua, dada la riqueza de la actual redacción del artículo 1º constitucional.

El principio acusatorio y la reforma a la justicia penal

*DANIEL FRANCISCO CABEZA DE VACA HERNÁNDEZ**

Resumen: El principio acusatorio, conocido y estudiado en otros países, en el nuestro no ha sido atendido a pesar de la relevancia que tiene para que el nuevo sistema de justicia penal no conserve características propias del procedimiento inquisitivo. La distinción entre el órgano investigador y acusador y el que juzga y sentencia garantiza, tanto al autor como a la víctima del delito, la imparcialidad judicial que requiere el sistema acusatorio para terminar de convencer a los que aún no creen en él. De aquí, precisamente, se desprende la valía de tomar en consideración al principio acusatorio en el proceso penal.

Sumario: Introducción. I. El sistema acusatorio y sus principios. II. El principio acusatorio: una primera aproximación. III. Consideraciones personales. IV. Bibliografía.

Introducción

El enorme revuelo causado por la tendencia reformista asumida por nuestro país se ha centrado en tres coordenadas: las reformas en materia de justicia penal, de derechos humanos y la que culminó con la nueva Ley de Amparo.

* Consejero de la Juegicatura Federal.

Por ello, me congratulo de que una entidad clave, principalmente, en la impartición de la justicia penal, como lo es el Instituto Federal de Defensoría Pública, integrante del Poder Judicial de la Federación, me conceda la oportunidad de exponer mi posición acerca de un tema esencial vinculado con el llamado *nuevo sistema penal*. En mi opinión, el marco fijado por el título de este número de la Revista del Instituto, *Nuevo Sistema de Justicia en México. Derechos Humanos y Juicio de Amparo*, permite incluir el tema de esta aportación.

Si por algún motivo el nuevo sistema penal ha llamado la atención –entre otros, de políticos, titulares de órganos jurisdiccionales, procuradores, abogados, defensores públicos, académicos y estudiantes– es porque tiene ventajas incuestionables frente al, aún vigente, *sistema mixto*. No busco en este momento abordar esas ventajas y, mucho menos, pretendo compararlas con las imperfecciones que se atribuyen al sistema que, paulatinamente, se ha ido abandonando. Mi firme propósito es tratar, desde una perspectiva que aprecio distinta, o cuando menos fuera de lo común, lo relativo a uno de los principios que fundamentan al sistema acusatorio.

En cuanto a este calificativo, que caracteriza al incipiente sistema penal puesto en marcha en gran número de países, estimo, con base en las lecturas que he efectuado, que es necesario detenerse a ver lo que significan los principios –incluyendo el acusatorio– sobre los que funciona el sistema. Precisamente, esta será la tarea de la que me ocuparé en este trabajo, ya que mi interés primordial consistirá en destacar la importancia del principio acusatorio¹, dado el inexplicable desdén que hacia él, a mi juicio, se tiene en nuestro país.

¹ La Real Academia Española de la Lengua define a ese principio así: (...) *Régimen penal o sancionatorio que impone a quien acusa la carga de probar las imputaciones delictivas para destruir la presunción de inocencia* (Diccionario...cit., t. II, p. 1834).

I. El sistema acusatorio y sus principios

Los profesores de Derecho Procesal Penal conocidos por personas pertenecientes a mi generación trataban, dentro del programa de esa asignatura, el tema relacionado con los sistemas penales. Estos sistemas, como se sabe, son tres: el inquisitivo, acusatorio y el mixto. De ellos, lo que los estudiantes de esa época debíamos –principalmente– saber era que el sistema penal imperante en nuestro país era el mixto, es decir, aquel que compartía las características de los otros dos².

El tiempo que hoy vivimos obliga a poner atención, y centrarnos, en el sistema acusatorio, aun cuando el tránsito hacia este todavía no termina en nuestro país³. La tendencia creciente asumida por los Estados apunta a que el sistema acusatorio consiguió imponerse. Ello a pesar de que este sistema se implantó en países del llamado *common law* que, hasta hace muy pocos años, se encontraban más alejados del resto de países afianzados en la tradición romanista. Esa distancia, en estos momentos, se ha estrechado en relación con el proceso penal.

² Resultan ilustrativas las ideas expuestas en los libros que eran de obligada consulta. Véanse, por ejemplo, Aceró, J: *Procedimiento...*cit., pp. 45-52; Rivera Silva, M: *El procedimiento...*cit., pp. 187-192; Colín Sánchez, G: *Derecho...*cit., pp. 73-85; García Ramírez, S: *Derecho...*cit., pp. 85-107. Otros autores, recientemente, también tratan este tema, por ejemplo, Hernández Pliego, JA: *Programa...*cit., pp. 18-22; Barragán Salvatierra, C: *Derecho...*cit., pp. 30-41; Cárdenas Rioseco, RF: *Sistema acusatorio...*cit., pp. 25, 26 y 27. En sentido absolutamente crítico acerca de los sistemas penales, Montero Aroca, J: “La garantía procesal...,”cit., pp. 528-530, tachándolos en esta última página de (...) *conceptos del pasado* (...).

³ Actualmente, la puesta en marcha del sistema acusatorio en el país está encauzada, dado que, en el año 2014, los esfuerzos de un buen número de entidades federativas y del Consejo de la Judicatura Federal –del que depende la implementación de dicho sistema en los órganos jurisdiccionales federales y el Instituto Federal de Defensoría Pública– han sido constantes (Véase *Reforma*, sección nacional, 13 de octubre 2014, p. 8).

Con la adopción del sistema acusatorio por países distintos a los del *common law*, este sistema se ha convertido en *lo de hoy* y parece impensable que algún país del mundo occidental se resista a implantarlo por ser acorde al Estado de Derecho y a la democracia⁴. El origen del sistema acusatorio se sitúa en Inglaterra y, sin embargo, su pleno desarrollo lo ha alcanzado en los Estados Unidos de Norteamérica⁵.

Estimo que lo primero que hay que definir, para conocer qué fue lo que inclinó la balanza hacia el sistema acusatorio, son sus características y no hay duda que esta finalidad se alcanza revisando sus principios⁶.

Antes de iniciar esa tarea, es importante advertir que el sistema acusatorio también es conocido como sistema adversarial o de partes (*Adversary* o *Adversarial System*) y que, en los Estados Unidos de Norteamérica, se emplea igualmente la expresión *Prosecutorial System* para referirse a él o, sea, al *Accusatory* o *Acusatorial System*⁷. Asimismo, resulta relevante señalar que el uso indistinto de esos términos no opera en el Derecho norteamericano, ya que se ha aclarado que (...) *el sistema de proceder criminalmente es ‘adversarial’, y el proceso que dentro de ese sistema sirve para imponer penas es acusatorio*⁸. De aquí que Gómez Colomer explique que los calificativos, adversarial y acusatorio no signifiquen lo mismo, ya que el primero se traduce en que (...) *son las partes las que*

⁴ Así, Gómez Colomer, JL: *El sistema de enjuiciamiento...*cit., pp. 21 y 27.

⁵ Véase *ibidem*, pp. 21-28; él mismo *El proceso...*cit., pp. 7 y ss; Pérez Sarmiento, EL: *Fundamentos del sistema...*cit., pp. 3-12.

⁶ Con base en los significados que de la palabra principio aporta la Real Academia Española de la Lengua, se puede conocer que es: (...) *Cada una de las proposiciones o verdades fundamentales por donde se comienzan a estudiar las ciencias y artes* (*op. cit.*, t. II, p. 1834).

⁷ Así, Gómez Colomer, JL: *El sistema de enjuiciamiento...*cit., pp. 28 y 49.

⁸ Gómez Colomer, JL: *El sistema de enjuiciamiento...*cit., p. 28.

tienen la responsabilidad de aportar hechos y pruebas al proceso...[por lo que corresponde a]...ellas (...) investigar los hechos (...)⁹. Y que acusatorio –continúa expresando Gómez Colomer– implica que (...) son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado¹⁰.

Retomando lo relativo a los principios que respaldan al sistema acusatorio, se advierte que, si se revisa el capítulo I del título II, cuyo rubro es *Principios y derechos en el procedimiento*, del Código Nacional de Procedimientos Penales¹¹, resalta que está dedicado –particularmente– a precisar cuáles son y qué debe entenderse por cada uno de los principios del procedimiento acusatorio. Ese capítulo I prevé, en el artículo 5°, los siguientes principios: *Publicidad*, 6°. *Contradicción*, 7. *Continuidad*, 8. *Concentración*, 9. *Inmediación*. 10. *Igualdad ante la Ley*. 11. *Igualdad entre las Partes*, 12. *Juicio Previo y Debido Proceso*, 13. *Presunción de Inocencia* y, 14. *Prohibición de Doble Enjuiciamiento*.

Tras la enunciación de esos principios, conviene señalar que no son los únicos que el legislador deseó que operaran en el procedimiento penal acusatorio. Incluyó, asimismo, a los previstos en la Constitución¹², los tratados

⁹ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

¹⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹¹ Publicado, el 5 de marzo de 2014, en el *Diario Oficial de la Federación*.

¹² El artículo 20 de este texto establece:

El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

(...).

internacionales y en las demás leyes. Adicionalmente, el legislador, por una parte, aceptó que esos principios tuvieran excepciones, limitándolas a lo dispuesto en la Constitución. Y por otra parte, obligó a las autoridades a que, en la observancia de los principios, respetaran y protegieran la dignidad tanto de la víctima, como la del imputado (artículo 4°).

De lo descrito, interesa resaltar que el legislador desdénó al principio acusatorio y que, contrariamente, previó el principio de debido proceso¹³.

Ahora bien, la doctrina, en su inmensa mayoría, omite mencionar al principio acusatorio en el conjunto que integran los demás principios antes resaltados¹⁴,

Como se desprende de la transcripción, y comparándola con los principios contenidos en el artículo 5° del Código Nacional de Procedimientos Penales, el legislador ordinario no solo contempló en este precepto los principios constitucionales. Previo otros que, a pesar de que están mencionados en aquel numeral—como, por ejemplo, el de presunción de inocencia (artículo 20, apartado B, fracción I)—constituyen derechos, y no principios, de las personas imputadas. Es relevante, asimismo, llamar la atención sobre que la fracción I del apartado A del artículo 20 explicitó —acertadamente— los propósitos del proceso penal incluyendo el esclarecimiento de los hechos y procurar que el culpable no quede impune. A mi parecer, ambas finalidades, vinculadas estrechamente con la investigación de los delitos, favorecen, por esta razón y como se explicará más adelante, que se conceda importancia al principio acusatorio.

¹³ Véase, al respecto, mi artículo “Debido proceso...”, cit., pp. 273-322. La inclusión del debido proceso legal, en mi opinión, es acertada, ya que, como se expondrá más adelante, este principio, para algunos autores, también comprende al acusatorio.

¹⁴ Véase Pérez Sarmiento, EL: *op. cit.*, pp. 14-30; Solórzano, CR: *Sistema acusatorio...cit.*, pp. 70-130. Este autor incluye aludiendo a la ley colombiana, además de los que se mencionaron en el texto, los siguientes: libertad, legalidad, imparcialidad, defensa, celeridad, eficiencia y lealtad; Ortiz Romero, C: *Manual del Juicio...cit.*, pp. 7-11; Valadez Díaz, M: *El juez...cit.*, p. 4; Carbonell, M y Ochoa Reza, E: *¿Qué son y para qué sirven los juicios...cit.*, pp. 98-126, quienes tratan lo relativo a los principios planteando cuáles son las garantías que deben informar al proceso penal de corte acusatorio en nuestro país (p. 98); Constantino Rivera, C: *Introducción al estudio...cit.*, pp. 23-27; González Obregón, DC: *Manual práctico...cit.*, pp. 35-46; Reyes Loaeza, J: *El sistema acusatorio...cit.*, pp. 9-30, quien acertadamente incluye al principio acusatorio (p. 10).

empleando únicamente este adjetivo para calificar al sistema y/o al procedimiento¹⁵.

A la vista de lo relatado, y como consecuencia –sobre todo– de que el principio acusatorio queda soslayado como proposición fundamental que orienta el funcionamiento del sistema penal¹⁶ que igualmente se caracteriza con ese adjetivo, interesa, a continuación, explicar qué implica dicho principio, cuáles son sus alcances y qué relación guarda con algunos otros principios.

II. El principio acusatorio: una primera aproximación

Como ya expliqué en las líneas precedentes de este trabajo, el principio acusatorio, pese a constituir para algunos autores el pilar del sistema caracterizado también con ese calificativo, carece de la importancia concedida a otros principios. Antes de exponer las causas que se han advertido de esta situación, deseo dejar claro que la lectura de las obras de los autores españoles Montero Aroca, Gómez Colomer y Cobos Gómez de Linares y del mexicano Raúl Cárdenas Rioseco despertaron mi interés por el principio acusatorio. Por ello, me basaré, especialmente, en los trabajos de estos académicos para resaltar las notas distintivas de ese principio a través de sus explicaciones y puntos de vista.

El principio acusatorio ha alcanzado un sorprendente interés y desarrollo por la jurisprudencia y la doctrina europeas –especialmente la española–, sin que deje de llamar poderosamente la atención que, por el contrario, en los Estados Unidos de Norteamérica carece absolutamente de relevancia¹⁷.

¹⁵ Así, por ejemplo, Carbonell, M y Ochoa Reza, E: *op.cit.*, p. 98.

¹⁶ O como Montero Aroca expone (...) los principios y reglas concretas sirven para determinar cómo se configura el proceso (...) (*op. cit.* p. 531).

¹⁷ Véase, en relación con el notable desarrollo jurisprudencial del principio acusatorio en España, por ejemplo, Cobos Gómez de Linares, MA: “El

Abordar las razones que explican los hechos anteriores excedería los límites fijados a este trabajo, por lo que únicamente me interesa destacar que, en un primer acercamiento, el principio acusatorio cuenta con tanto y variado contenido que se asemeja al principio del debido proceso legal (*Due Process of Law*) en su versión estadounidense. Sin embargo, como Gómez Colomer precisa, en este país, (...) *el principio acusatorio (...) sería uno más de los principios que integrarían el más general del proceso debido*¹⁸.

Por lo que corresponde al considerable y variado contenido del principio acusatorio, recurriré, primero, a la explicación de Montero Aroca, después a la de Gómez Colomer, al artículo de Cobos Gómez de Linares, para ilustrar objetivamente hasta dónde llegan sus alcances. Una vez expuestas estas explicaciones, recurriré a las de Cárdenas Ríoseco, que analizan el principio acusatorio desde la perspectiva de la garantía de correlación de la sentencia con la acusación y la defensa.

1. La explicación de Montero Aroca

Para este autor, el contenido del principio acusatorio debe explicarse tomando una posición acerca de algunos temas fundamentales del Derecho Procesal Penal. No obstante, abordarlos exhaustivamente conduciría a extenderme más allá de lo que aquí interesa: conocer el principio acusatorio y sus alcances; por ello, limitaré la alusión a esos temas considerando su relación con este principio.

Uno de esos tópicos consiste en reafirmar que el Estado cuenta exclusivamente con el poder punitivo

principio..., cit., pp. 1 y ss, así como Cárdenas Ríoseco, RF: *La garantía...* cit., pp. 26 y ss; sobre la introducción del sistema acusatorio en Italia, Sferlazza, O: *Proceso acusatorio...* cit., pp. 53-64; acerca de la desconsideración del principio, Gómez Colomer, JL: *El sistema de enjuiciamiento...* cit., p. 48.

¹⁸ Gómez Colomer, JL: *El sistema de enjuiciamiento...* cit., p. 61.

y que es el titular de ejercerlo, lo cual se traduce en que la justicia privada (autotutela) se encuentre prohibida. Esta prohibición, además de abarcar que los ciudadanos se hagan justicia por propia mano, va en el sentido de que los ciudadanos no pueden disponer de la aplicación de las normas penales y, con ello, de imponer las consecuencias jurídicas del delito¹⁹. Añade Montero Aroca que corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales la aplicación del Derecho Penal, siempre bajo las pautas del proceso, debido a que así quedan garantizados el cumplimiento de la legalidad y el ejercicio de los derechos de las partes²⁰. Explica este autor español que, adicionalmente, se cuenta con otra garantía, que es la imparcialidad y que, por el interés de respetarla, se *creó artificialmente* la figura del ministerio público, a efecto de que se encargara de investigar los delitos, formular, en su caso, la acusación y ejercer la acción penal²¹. De este modo, el ministerio público acogió la responsabilidad de perseguir los delitos con lo cual las personas acusadoras quedaron desplazadas de esa tarea, produciéndose que se actuara bajo los márgenes de la legalidad y que se evitara la impunidad²².

Tras destacar Montero Aroca que en los procesos siempre hay dos etapas diferenciadas, una destinada a la preparación del verdadero proceso penal (instrucción) y otra encaminada a enjuiciar tanto los hechos como al

¹⁹ Montero Aroca, J: *op. cit.* pp. 525-526. Este autor señala que existen excepciones y menciona a los delitos privados y al perdón, ya que, a través de ambos, los ciudadanos cuentan con un poder de disposición negativa, sin que esta implique que la voluntad de los particulares sea determinante sobre todo para imponer una pena, por lo que éstos carecen de un derecho subjetivo (p. 526).

²⁰ Véase Montero Aroca, J: *op. cit.* pp. 527-528.

²¹ Véase *ibidem*, pp. 528-531.

²² Véase *ibidem*, p. 532.

probable responsable de ellos, subraya que la primera etapa favorece tanto a la acusación, como a la defensa. Para él, un juez imparcial debe estar a cargo de esa etapa, y no el ministerio público, que es parte del proceso²³.

Teniendo presente el marco descrito, Montero Aroca señala que la imparcialidad está íntimamente ligada al principio acusatorio, cuya encomienda es decir (...) *cómo y quién va a determinar el hecho que se imputa y la persona del imputado (...) y lo hace desde el fundamento de la imparcialidad del juez*²⁴.

Concretamente, el autor mencionado, después de precisar que la exigencia de imparcialidad conduce a que el juez nada tenga que ver con la acusación, enumera las tres consecuencias aparejadas al principio acusatorio, a saber:

- A.** No puede haber proceso sin acusación y esta el juez sentenciador no debe formularla²⁵.

Entre lo relevante de esta consecuencia, se encuentra que el principio acusatorio pugna por la prohibición de que se instaure un proceso sin que preceda acusación y, al mismo tiempo, excluye la exigencia de que no haya condena sin acusación. Esta exclusión, explica Montero Aroca, obedece a que a los acusadores (ministerio público o particulares) no tienen conferido el derecho a la condena de los acusados porque esta prerrogativa corresponde al juez.

- B.** No puede condenarse por hechos distintos a los acusados y tampoco a personas diversas a estos últimos²⁶.

Esta consecuencia la detalla Montero Aroca reiterando que el acusador carece de un derecho subjetivo

²³ Véase *ibidem*, pp. 533 y 534.

²⁴ *Ibidem*, p. 537.

²⁵ Véase *ibidem*, pp. 538-539.

²⁶ Véase *ibidem*, pp. 539-542.

penal, porque no cuenta con un interés (amparado en la ley) para la imposición de la pena, lo cual obliga al juez, por gozar de ese derecho, a incoar proceso contra el acusado para, en su caso, sancionarlo. Narra ese autor que, por esta razón, el ministerio público sí puede, tras el desahogo de las pruebas en el juicio oral, cambiar la acusación, bajo la condición de que la comunique al acusado a fin de que ejerza plenamente su derecho a defenderse. En este supuesto, apunta Moreno Aroca, es el principio de contradicción el que opera, ya que el acusatorio se concreta desde el momento en el que el juez no acusa. Además, este principio, según el autor, conduce a que el juez quede vinculado al contenido de la acusación (hechos y personas acusadas) y, en atención a ella, debe condenar o no.

Adicionalmente, el autor español aborda el tema de hasta qué punto el juzgador está vinculado a la petición de pena formulada por el ministerio público o el acusador. Para él, la solicitud de imponer determinada pena formuladas por estos últimos personajes está limitada, sobre todo, por el principio de legalidad. Empero, insiste en que los acusadores carecen de la facultad de disponer que el Derecho Penal se aplique lo que está estrechamente relacionado con el principio acusatorio.

C. Al juez no pueden atribuirsele poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad²⁷.

La consecuencia referida se enmarca en la interrogante acerca de quién debe aportar al proceso los hechos y las pruebas que acrediten los mismos. Esta pregunta, según Montero Aroca, tiene fácil respuesta bajo las pautas del principio acusatorio, porque al juez le estará vedado fijar

²⁷ Véase *ibidem*, pp. 542-543.

el objeto del proceso mediante la indagación de los hechos, dado que ello corresponde a las partes. Consecuentemente, la pregunta siguiente consistiría en si el juez, conforme al principio acusatorio y a su imparcialidad, está facultado a ordenar que se practiquen pruebas para descubrir la verdad. La respuesta de Montero Aroca es que esta posibilidad no afectaría su imparcialidad, siempre y cuando con ello contribuya a precisar los hechos de los que dieron cuenta las partes.

Por último, Moreno Aroca afirma que acentuar el principio acusatorio no implica acrecentar el principio de contradicción, ya que este responde a la esencia connatural del proceso, por lo que la contradicción debe ser plena, con el propósito de no limitar los derechos de los contendientes.

2. La posición de Gómez Colomer

Este otro autor español parte, en uno de sus libros, de que el principio acusatorio y el juicio oral y público (...) son los dos estandartes de la reforma procesal penal en muchos países²⁸. La necesidad de que dichos principios tengan vigencia y de que se adopte un sistema acusatorio, Gómez Colomer la justifica en la búsqueda de (...) un proceso penal más garantista y más empeñado en obtener una sentencia justa (...)²⁹, teniendo en cuenta (...) la adecuada protección y resarcimiento de las víctimas³⁰.

Según él, el sistema acusatorio pretende que la libertad constituya (...) un principio determinante de la organización del sistema judicial y del modo de actuar de sus órganos³¹. Precisa que en un sistema acusatorio puro,

²⁸ El sistema de enjuiciamiento...cit., p. 21.

²⁹ Ibídem, p. 22.

³⁰ Ídem.

³¹ Ibídem, p. 24.

como el de Estados Unidos, las características esenciales son que las partes están en igualdad absoluta y el juez es un mero espectador del desarrollo del proceso, sin que el principio acusatorio se conozca³².

En una primera aproximación al significado del principio acusatorio, Gómez Colomer señala que (...) *está encargado de garantizar la imparcialidad del juzgador*³³. Esta imparcialidad, insiste, es frente a las partes y al objeto del proceso (los hechos y la persona acusada)³⁴. Expone que es necesario diferenciar el principio acusatorio de los de contradicción y defensa porque responden a criterios distintos, a pesar de que los tres conforman las garantías fundamentales³⁵. Así, al efectuar esa tarea, Gómez Colomer reitera, cuando se refiere al principio acusatorio, lo manifestado respecto a la imparcialidad del juez frente a las partes y el objeto de proceso. Apunta que la contradicción está vinculada con la intervención de las partes en el proceso, sobre todo con el acusado, ya que de ella se desprenden los derechos a conocer la acusación, ser oído y a defenderse³⁶. Precisa, además, en relación con el principio acusatorio, que este rige desde el inicio y hasta el final del proceso penal, ya que su función radica en determinar si hay base o no para formular acusación para después concretarla³⁷. Culmina diciendo que dicho principio (...) *es una garantía esencial del proceso penal (...)*³⁸, con rango de derecho fundamental en España por estar implícito en el *derecho a un proceso con todas sus garantías* (artículo 24.2 de la Constitución española³⁹).

³² Véase *ibidem*, p. 86.

³³ *Ibidem*, p. 25.

³⁴ Véase *ibidem*, p. 87.

³⁵ Véase *ibidem*, p. 88.

³⁶ Véase *ídem*.

³⁷ Véase *ídem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 89.

³⁹ Véase *ídem*, señalando que ese derecho equivale al debido proceso legal.

Tras lo expuesto, Gómez Colomer destaca que la exigencia de imparcialidad del juez parte de la separación entre las funciones de instruir, acusar y juzgar, la cual se materializa en las tres consecuencias enunciadas anteriormente cuando se hizo referencia a la postura de Montero Aroca.

3. La postura de Cobos Gómez de Linares

Este autor español reconoce lo profuso y diverso del principio acusatorio⁴⁰. Indica que hay distintas formas de entenderlo y puntualiza que constituye un (...) *presupuesto para enjuiciar a un ciudadano: si nadie sostiene una imputación contra un concreto ciudadano no podrá acusársele ni por consiguiente juzgársele*⁴¹. Y, además, resalta (...) *funciona como control negativo: sin él las garantías del imputado se ven mermadas y crece exponencialmente la amenaza de arbitrariedad*⁴². Concretamente, Cobos Gómez de Linares, en relación con el variado contenido del principio acusatorio, apunta: (...) *a fin de cuentas es una cuestión de garantías, de que el Juez penal garantice al ciudadano sometido a proceso que sus derechos no se verán afectados excepto las molestias inevitables derivadas del propio proceso como acudir a declarar (...)*⁴³, etcétera.

Ahora bien, más allá de que el autor mencionado define al principio acusatorio como un *presupuesto* del juzgamiento y de que expande su contenido casi

⁴⁰ V. Cobos Gómez de Linares, MA: “El principio..., cit., p. 2; en el mismo sentido, Gómez Colomer apunta que el principio acusatorio (...) *no es un término claro (...), se utiliza en contextos distintos y con...[abundantes]... variantes interpretativas (...)* (*El sistema de enjuiciamiento...*cit., p. 21).

⁴¹ *Op. cit.* p. 2.

⁴² *Ídem.*

⁴³ *Ibidem*, p. 3.

ilimitadamente al vincularlo a todas las garantías, hace notar que dicho principio no está previsto por la Constitución española, añadiendo que es fruto del trabajo de interpretación del Tribunal Constitucional de este país⁴⁴. Adicionalmente, aclara que el principio acusatorio probablemente no tenga cabida durante la fase de investigación del procedimiento, ya que, en esta, aún no hay acusación. Esta importante precisión obedece a que distingue entre lo que implican imputar y acusar, señalando que esta última acción es formal y se efectúa una vez concluida la investigación, por lo que (...) *está pendiente (...) de demostración a través de prueba practicada en el Juicio (...)*⁴⁵ oral.

Con base en lo anterior, el académico español externa que el autor del delito debe ser informado de ambas, de la imputación y de la acusación, pues estos actos se vinculan con el derecho de defensa⁴⁶. Por otra parte, Cobos Gómez de Linares relaciona el principio acusatorio con la imparcialidad del juez bajo la óptica, por un lado, de que deben estar diferenciados el órgano que acusa y el órgano que decide y, por otro, de que el órgano acusador está obligado a actuar moderadamente, con cautela, dado que la acusación estará sujeta a la demostración durante el juicio⁴⁷. Y culmina señalando que, por ello, (...) *el principio acusatorio impone que las pruebas se introduzcan en el proceso por las partes (...)*⁴⁸.

⁴⁴ Véase *ibidem*, p. 5.

⁴⁵ *Idem*. Lo expuesto por Cobos Gómez de Linares conduce a que sea irremediable recordar que el procedimiento acusatorio cuenta, conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales, con dos actos plenamente diferenciados: en el artículo 311 el correspondiente a formular imputación y, en los artículos 324, 333, 335 y 338, entre otros, el consistente en formular acusación.

⁴⁶ Véase *op. cit.* p. 6.

⁴⁷ Véase *ídem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 11.

Cobos Gómez de Linares también señala que el principio acusatorio obliga a que el imputado conozca en qué consiste la acusación, lo cual lleva consigo que esta exista previamente, abriéndose así la posibilidad de que se ejerza el derecho a defenderse. Junto con este derecho del acusado a ser informado de la acusación, advierte el citado autor, que hay otro, derivado del principio acusatorio, que entraña que el acusado no debe ser condenado por delito distinto al contenido en la acusación. Esto último implica, precisa Cobos Gómez de Linares, que la sentencia debe ajustarse a los hechos relatados en la acusación y no puede tener una calificación diferente a la sostenida por parte acusadora durante el juicio oral, lo que se traduce en que exista una correlación entre la acusación y el fallo.

Respecto a esa garantía, el autor parece estar de acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Constitucional español porque señala que esa correlación no está en riesgo cuando se condena por delito distinto al de la acusación, siempre y cuando se respeten los hechos, ese delito sea homogéneo al que se sostuvo en la acusación y el acusado haya tenido la oportunidad de defenderse. Sin embargo, cree que el principio acusatorio resulta más afianzado cuando, además de todo lo anterior, se evita que se castigue con una pena más grave de la pedida en la acusación⁴⁹. Esto significa que el principio acusatorio, en cumplimiento del deber de congruencia entre la acusación y el fallo, prohíbe que la pena a imponer por el delito resultante de una calificación jurídica diferente a la del escrito de acusación sea de mayor entidad –en su gravedad, naturaleza o cuantía– que la solicitada en este documento. Ello como consecuencia de que el acusado debe contar con el derecho de defenderse de

⁴⁹ Véase *ibidem*, p. 18.

la pena solicitada en la acusación, que debe basarse en los hechos acontecidos y en su respectiva calificación jurídica. De otra manera, como se advierte en la sentencia del Tribunal Constitucional, se estaría exigiendo ejercer el derecho a defenderse de la imposición de penas hipotéticas, lo cual generaría indefensión y, por tanto, una quiebra de principio acusatorio, afectando finalmente la imparcialidad judicial⁵⁰.

Pese a lo anterior, el autor español plantea que, ante la eventualidad de que el ministerio público, el fiscal o el defensor soliciten al juez la práctica de alguna prueba, una vez presentado el escrito de acusación, la posición del juez no debe ser coadyuvar con la acusación, aunque –dicho autor acepta–, si el defensor es el solicitante, el juez habrá de tener mayor flexibilidad⁵¹.

En otro orden de ideas, Cobos Gómez de Linares exalta al principio acusatorio al que, según él, hay que concederle un lugar estelar en el desarrollo de juicio oral, ya que el juez comprobará la certeza de las imputaciones y, por tanto, si la acusación está fundada o no⁵².

4. El punto de vista de Cárdenas Rioseco

Como se expuso al inicio de este trabajo, este autor se ha distinguido, en nuestro país, por abordar el estudio del principio objeto de este trabajo con miras a destacar la importancia de la garantía de correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Para él, el principio

⁵⁰ Véase *ídem*. Lo relatado es la parte del fallo, transscrito por el autor –Pleno. Sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009 (BOE 28 de julio de 2009)–, con la que él está de acuerdo y fija su posición.

⁵¹ Véase *ibidem*, p. 11.

⁵² Véase *ibidem*, p. 20. En lo que atañe a la oralidad, se comparte la postura que mantiene Montero Aroca respecto a que esa característica es una regla que determina cómo deben llevarse a cabo los actos procesales y el proceso penal y no, propiamente, un principio (*op. cit.* p. 530).

acusatorio está previsto en los artículos 20, apartado A, fracciones III, V, VII, y IX, 21 y 102, apartado A, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y del principio deriva la garantía aludida⁵³.

Por consiguiente, la relevancia, tanto de ese principio como de la garantía de correlación, es manifiesta, al extremo de que, como Cárdenas Rioseco da a entender, ambas constituyen el punto de partida de derechos tan importantes como: el de defensa adecuada, ser informado de la acusación, contradecirla, ofrecer pruebas contra ella, así como del principio de congruencia⁵⁴. Resulta oportuno –siguiendo a este autor– también señalar que, ahora, que nuestro país va encaminado a que se implante el sistema acusatorio, y dejando de lado las desventajas del sistema que opera hoy en día, se lleve a cabo un esfuerzo para trasformar *el actual estado de cosas* que, entre otras, según ese académico, implica un desdén a las garantías propias de un Estado de Derecho⁵⁵. En estas condiciones, y gracias al impulso que recibió el sistema acusatorio en México, por las iniciativas de reforma a la justicia penal de 2004⁵⁶, comarto la opinión del autor español consistente en que vale la pena potenciar el principio materia de este trabajo⁵⁷.

Para Cárdenas Rioseco, son elementos esenciales del sistema acusatorio que el ministerio público cumpla con su atribución de ejercitar la acción penal, haya una separación entre el órgano que acusa y el órgano que

⁵³ Véase Cárdenas Rioseco, Raúl F: *La garantía...*cit., p. XVII.

⁵⁴ Véase *ídem*.

⁵⁵ Véase *ibidem*, pp. XVIII, 8 y 14; igualmente, del mismo autor *Sistema acusatorio...*cit., pp. 48 y 49.

⁵⁶ Véase Cárdenas Rioseco, Raúl F: *La garantía...*cit., pp. XVIII, 8 y 14. Sobre estas iniciativas, también INACIPE: *La reforma penal...*cit., pp. 1 y ss; García Ramírez, S: *La reforma penal...*cit., pp. 3 y ss.

⁵⁷ Véase Cárdenas Rioseco, Raúl F: *La garantía...*cit., p. 14 y 15.

juzga, así como que sean las partes los que determinen el objeto del proceso. Insiste en que, entre esos elementos, también se encuentra que el ministerio público sostenga la acusación durante todo el proceso y que fije los límites sobre los que el juez debe resolver⁵⁸.

De manera específica, acerca del principio acusatorio, Cárdenas Rioseco expresa, con base en una sentencia del Tribunal Constitucional español, que⁵⁹:

- Admite y presupone el derecho de defensa y, por ello, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, ejerciendo el principio de contradicción.
- El juez no debe exceder los términos del debate entre las partes, como consecuencia de la correlación entre la acusación y el fallo de las sentencias.
- El juez está vinculado a la acusación desde los ámbitos fáctico y jurídico, por lo que, tomando en consideración el principio de congruencia, el hecho que no haya sido delimitado por la acusación para fijar la pretensión punitiva tampoco debe ser subsumido a efecto de fundamentar la responsabilidad penal en la sentencia.
- El juez cuenta con un relativo margen para fijar los hechos probados como resultado de la práctica de los medios de prueba, sin que los aspectos circunstanciales puedan modificar el debate procesal.
- La calificación jurídica sostenida en la acusación vincula al juez.

Como se puso de manifiesto, Cárdenas Rioseco extrae del principio acusatorio un conjunto de reglas que

⁵⁸ Véase *ibidem*, p. 15.

⁵⁹ Véase *ibidem*, p. 31.

impactan, principalmente, al contenido de las sentencias, con lo cual dicho principio revela su importancia para configurar un proceso penal equilibrado.

III. Consideraciones personales

La resumida exposición acerca del principio acusatorio revela, sin lugar a dudas, la importancia de tenerlo en cuenta de la misma manera que los restantes principios que caracterizan al nuevo sistema de justicia penal en nuestro país.

Por esa razón, sería acertado que se recogiera en el Código Nacional de Procedimientos Penales. A este respecto, hay que tener presente que el artículo 5º de este texto legal, si bien es cierto que prevé, mayoritariamente, principios conformadores del sistema acusatorio, alude a otros, como la oralidad, que está referida a la forma en la que deben concretarse algunos actos procesales. Y sobre la inclusión del principio acusatorio en ese precepto no debe olvidarse que su existencia se desprende de los artículos 20, apartado A, fracciones III, V, VII y IX, 21 y 102, apartado A, de la Constitución⁶⁰. Además, a mi juicio, debe añadirse a este fundamento lo que se define como *objeto del proceso penal* en la fracción I del primero de los numerales mencionados: *esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen*. Lo anterior como resultado de que el principio acusatorio tiende a garantizar todos estos propósitos diversos por fundamentarse en la imparcialidad judicial.

El principio acusatorio, por estar íntimamente vinculado con la acusación, también debe proyectarse

⁶⁰ Así, como se señaló, Cárdenas Rioseco (*op. cit.* p. XVII), sin que por ahora interese analizar lo acertado o no de esa fundamentación, como consecuencia de que esta tarea puede ser objeto de otro trabajo.

a los actos anteriores a esta como la investigación y la imputación. Esto es, teniendo en cuenta que la acusación fundamentará el proceso –fijando así su objeto– no puede dejarse al margen lo imprescindible que resulta que aquella esté sustentada en una exhaustiva investigación que haga posible formular una imputación firme, sólida y convincente⁶¹. De este modo, la acusación contará con estas mismas peculiaridades cerrando con ello la opción de que el juez realice funciones ajenas a las que tiene encomendadas en el sistema acusatorio y contribuya, de resultar cierta y fundada la acusación, a que los delitos no queden impunes. Solo así el principio acusatorio concretará la imparcialidad judicial concediendo la misma importancia al autor y a la víctima del delito. Con este equilibrio, se alcanzará que el derecho a defenderse de la acusación se ejerza plenamente, sin menoscabos, materializando así la igualdad de armas sobre la base del principio de contradicción.

La utilidad del principio acusatorio a la hora de definir si resulta válido variar, al momento del juicio oral, la calificación jurídica de los hechos sostenida en la acusación, se traduce en que limita esta posibilidad. Ello como resultado de que esta queda condicionada a la certidumbre que deben tener del cambio tanto quien va a defenderse como el que fue víctima de los hechos y a las pruebas practicadas en el juicio. Así, el juez estará en aptitud de conocer los hechos contenidos en la acusación inicial, constatarlos a través del desahogo de las pruebas y efectuar una valoración objetiva del cambio en la calificación jurídica. Esto es, el juez será finalmente quien decida, con base en las pruebas practicadas en la

⁶¹ Véase Luna López, T y Sarre Iguíniz, M: “La etapa de investigación..., cit., pp. 137 y ss.

audiencia de debate, lo acertado o no del cambio en la calificación jurídica y, con fundamento únicamente en los hechos probados, dictar sentencia.

Finalmente, estimo que también –como consecuencia del principio acusatorio– al juez le está vedado imponer una pena más grave que la solicitada en la acusación, pues, de otra manera, se violaría la imparcialidad sobre la que se apoya dicho principio.

IV. Bibliografía

- Acero, Julio: *Procedimiento penal*, José M. Cajica, Jr., S.A. 4^a edición, Puebla, 1956, pp. 507.
- Barragán Salvatierra, Carlos: *Derecho procesal penal*, Mc Graw Hill, 2^a edición, serie Jurídica, México, 2004, pp. 638.
- Cabeza de Vaca Hernández, Daniel Francisco: “Debido proceso legal: introducción como garantía constitucional” en *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, número 10, tomo I, México, 2010, pp. 273-322.
- Carbonell Miguel y Ochoa Reza, Enrique: *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, Porrúa/UNAM, México, 2008, pp. 155.
- Cárdenas Rioseco, Raúl F.: *La garantía de correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Porrúa, México, 2005, pp. 245.
- *Sistema acusatorio y prueba ilícita en la reforma constitucional de 2008*, Porrúa, México, 2010, pp. 155.
- Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel: “El principio acusatorio: ¿Un nuevo proceso penal para Michoacán o ‘un nuevo Juez penal’?”, documento de trabajo, Poder Judicial de Michoacán, 24 de abril de 2012,

- [http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/
web/atencion/panelesForosConferencias.aspx](http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/atencion/panelesForosConferencias.aspx).
- Colin Sánchez, Guillermo: *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Porrúa, 5^a edición, México, 1979, pp. 595.
- Constantino Rivera, Camilo: *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, MaGister, 3^a edición, pp. 216.
- García Ramírez, Sergio: *Derecho procesal penal*, Porrúa, 4^a edición, México, 1983, pp. 675.
- *La reforma penal constitucional (2007-2008), ¿democracia o autoritarismo?*, Porrúa, 4^a edición, México, 2010, pp. 565.
- Gómez Colomer, Juan Luis: *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, Universitat Jaume/INACIPE, México, 2008, pp. 267.
- *El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*, Ubijus/Félix Cárdenas, S.C., colección Sistema Acusatorio, número 6, México, 2012, pp. 86.
- González Obregón, Diana Cristal: *Manual práctico del juicio oral*, Ubijus/Instituto de Formación Profesional de la PGJDF, 2^a edición, México, 2010, pp. 391.
- Hernández Pliego, Julio A.: *Programa de Derecho procesal penal*, Porrúa, 2^a edición, México, 1997, pp. 329.
- INACIPE, *La reforma penal a debate. Primer foro de análisis y discusión sobre las iniciativas de reforma a la justicia penal enviadas por el C. Presidente de la República al H. Congreso de la Unión el 29 de marzo de 2004*, INACIPE, Colección Memorias, México, 2004, pp. 210.

- Luna López, Brenda Tania y Sarre Iguíniz, Miguel: “La etapa de investigación en el nuevo sistema de justicia acusatorio” en *Revista penal México*, número 2, INACIPE, México, 2012, pp. 137-151.
- Montero Aroca, Juan: “La garantía procesal”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/28.pdf>, 14 de octubre de 2014.
- Ortiz Romero, Juan Carlos: *Manual del juicio oral (reforma judicial federal)*, Oxford, University Press, México, 2013, pp. 153.
- Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo: *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*, Temis, Bogotá, 2005, pp. 229.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, 22a edición, tomo II, Madrid, 2001, pp. 2368.
- Reyes Loaeza, Jahziel: *El sistema acusatorio adversarial a la luz de la reforma constitucional*, Porrúa, México, 2011, pp. 424.
- Rivera Silva, Manuel: *El procedimiento penal*, Porrúa, 10^a edición, México, 1979, pp. 387.
- Sferlazza, Ottavio: *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada. Principios, evolución y las formas especiales de valoración de la prueba en el modelo italiano*, Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2005, pp. 178.
- Solórzano Garavito, Carlos Roberto: *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*, Ediciones Nueva Jurídica, 4^a edición, Colombia, 2012, pp. 580.
- Valadez Díaz, Manuel: *El juez mexicano ante el sistema penal acusatorio y oral*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, colección juicio orales, México, 2013, pp. 96.

Reflexiones en torno al derecho al olvido

*J. GUADALUPE TAFOYA HERNÁNDEZ**
*CONSUELO GUADALUPE CRUZ RAMOS***

RESUMEN: El derecho al olvido se ha acuñado como referencia al reto diario de proteger los derechos fundamentales de los particulares en el ámbito de la Sociedad de la Información, que ha replanteado términos en temas antes sencillos, como la definición de lo que debe comprenderse por información personal. Los alcances de los datos personales y sus usos no parecen tener límite, ya que el Internet ha significado la ubiquidad de los datos y la universalidad en la preocupación del derecho al olvido, pero no así la generalidad de los puntos de vista de quienes pudieran verse afectados; a saber, todo aquel que forma parte de la sociedad y ha usado las tecnologías de información y comunicación en alguna medida. El derecho al olvido no tiene la intención de reescribir la historia, sino de protegerla.

SUMARIO: I. Protección de la vida privada y de los datos personales. II. Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. III. Habeas data. IV. La sociedad de la información. V.

* Consejero de la Judicatura Federal.

** Secretaría Técnica de la Comisión para la Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales del Consejo de la Judicatura Federal.

Derecho al olvido, su conceptualización. VI. Caso Google, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo. VII. Derecho al olvido en México. VIII. Inconvenientes del derecho al olvido. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

I. Protección de la vida privada y de los datos personales

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que: *el derecho a la vida privada consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna, en todo aquello que desean compartir con quienes ellos eligen*¹.

Igualmente ha indicado que *la vida se constituye por el ámbito privado reservado para cada persona y del que quedan excluidos los demás, mientras que la intimidad se integra con los extremos más personales de la vida y del entorno familiar, cuyo conocimiento se reserva para los integrantes de la unidad familiar*. Así, *el concepto de vida privada comprende a la intimidad como el núcleo protegido con mayor celo y fuerza porque se entiende como esencial en la configuración de la persona, esto es, la vida privada es lo genéricamente reservado y la intimidad –como parte de aquella– lo radicalmente vedado, lo más personal; de ahí que si bien son derechos distintos, al formar parte uno del otro, cuando se afecta la intimidad, se agravia a la vida privada*².

El concepto de datos personales se encuentra en la ley³ y se consideran así todos aquellos que identifican o hacen identifiable a una persona.

¹ Tesis 1^a. CXLVIII/2007 Tomo XXVI, Julio de 2007, Página 272. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

² Tesis 1^a. CXLIX/2007, Tomo XXVI, Julio de 2007, Página 272. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

³ Artículo 3, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Ahora bien, el derecho humano a la vida privada fue reconocido desde 1948, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos *Pacto San José de Costa Rica*⁶.

Cabe señalar que en estos instrumentos también se reconocen los derechos de libertad de opinión y de expresión, así como el de acceso a la información, como puede constatarse en el artículo 19⁷ del Pacto Internacional

⁴ Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. (Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948).

⁵ Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. (ONU, fecha de adopción 16 de diciembre de 1966. Aprobada por Senado de México, entrada en vigor publicada en el D.O.F. el 21 de junio de 1981).

⁶ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

1°. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2°. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3°. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

(OEA, fecha de adopción 22 de noviembre de 1969. Aprobada por el Senado de México, entrada en vigor publicada en D.O.F. de 7 de mayo de 1981).

⁷ Artículo 19:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

de Derechos Civiles y Políticos; 13⁸ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como el principio 4 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se indica a continuación:

El acceso a la Información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitaciones excepcionales, que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

En México, los derechos de libertad de expresión y pensamiento, así como los de acceso a la información y protección de datos, se encuentran establecidos en el

⁸ Artículo 13. *Libertad de Pensamiento y de Expresión.*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás,
 - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedirla comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

artículo 6, apartado A, fracciones II y III de la Constitución, y este último, además, en el segundo párrafo del 16 del propio ordenamiento:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.

[...]

A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

[...]

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos.

[...]

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación

de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

[...]

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental es el ordenamiento mexicano que regula las materias de transparencia, acceso a la información y *protección de datos en posesión de organismos públicos*, estableciendo como límites al segundo de los mencionados el interés público (información que de darse a conocer puede afectar los bienes tutelados por el Estado contemplados en la propia ley) así como en la vida privada y datos personales⁹, ya que, como todo derecho, no es absoluto.

En dicho ordenamiento se contiene un capítulo exclusivo para la protección de los datos personales, estableciendo las obligaciones de los entes públicos en relación con el tratamiento de los mismos, como los derechos de sus titulares¹⁰.

Por otro lado, el 5 de julio de 2010, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, y el 21 de diciembre de 2011, se publicó el Reglamento respectivo.

Cabe señalar que la regulación que contiene estos cuerpos normativos es mucho más abundante que la que se contempla en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

⁹ Artículos 13, 14, 18 y 19 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

¹⁰ Capítulo IV. Protección de los Datos Personales. Artículos 20 a 26 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Existen diversos principios que deben seguirse para la protección de los datos, siendo el consentimiento, la base respecto de la cual giran los demás, y por el cual el titular de los datos manifiesta su voluntad para permitir su manejo, ya que es el único que tiene derecho a decidir quién, cómo, cuándo y para qué se tratan sus datos, a lo que también se ha llamado *derecho de autodeterminación informativa*¹¹.

Los otros principios que han sido doctrinal, legal y normativamente aceptados respecto de la salvaguarda de los datos personales, son:

- a) *Licitud.* Deben tratarse sin contravenir disposiciones legales.
- b) *Finalidad.* Deben utilizarse exclusivamente para lo que fueron recabados.
- c) *Proporcionalidad.* Los datos que se recaben deben ser los estrictamente necesarios para el fin respecto del cual se recaban.
- d) *Calidad.* Los datos recabados deben ser adecuados, exactos, pertinentes y no excesivos¹².
- e) *Información.* El responsable del tratamiento de datos tiene que comunicar a los titulares de los datos que estos estarán organizados en una base de datos y los fines para los que se utilizarán.
- f) *Seguridad.* Obligación a cargo de quien recaba los datos de adoptar las medidas de carácter y organizativo que avalen un tratamiento seguro¹³.

¹¹ Davara F. de Marcos, I.: “Breve...” cit., p. 78.

¹² López Ayón, S.: “El Acceso... cit., p.45.

¹³ *Ibidem*, p.46

II. Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

Si no se cumple con los principios a los que anteriormente se ha hecho referencia, el titular de los datos tiene a su alcance lo que en la doctrina se ha llamado derechos ARCO, que son el acrónimo de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

El derecho de *acceso* lo tiene al alcance cualquier persona para obtener información sobre sus datos; el de *rectificación*, para corregir datos inexactos; la *cancelación*, para solicitar el bloqueo de datos cuando están siendo tratados en contravención a la legislación aplicable; y, la *oposición*, para pedir el cese del tratamiento de datos cuando hayan sido recabados sin consentimiento; o bien, porque se tengan razones legítimas y justificadas para ello.

III. Habeas data

Se ha conceptualizado como el recurso legal diseñado para controlar la información personal contenida en bancos de datos, cuyo derecho implica la corrección, la cancelación y la posibilidad de restringir y limitar la circulación de los mismos, que ha sido adoptado por diversos países latinoamericanos, simulando el recurso del *habeas corpus*, que protege la libertad, el *habeas data* protege la información nominativa, es decir, aquella que identifica al individuo¹⁴.

El *habeas data* ha sido establecido en Latinoamérica de diversas formas, tanto en las que contemplan procedimientos administrativos, que llegan después a revisarse jurisdiccionalmente, hasta en las que lo determinan como un proceso constitucional mediante un tipo de juicio de amparo.

¹⁴ Muñoz de Alba Medrano, M.: *Habeas...* cit., p. 2.

En México, los procedimientos relativos a datos en posesión de organismos públicos inician con una solicitud ante la respectiva dependencia. Si no hay respuesta o esta es desfavorable al titular de los datos, procede la interposición del recurso de revisión ante el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, cuyas resoluciones son definitivas para las autoridades, pero los solicitantes sí pueden impugnarse ante el Poder Judicial de la Federación¹⁵.

Respecto de los datos en posesión de particulares, la ley respectiva establece que el procedimiento también comienza con una solicitud que se eleva a quien tiene los datos, y a falta de respuesta o si no se está conforme con ella, el titular de los datos puede acudir vía procedimiento de protección de derechos ante el citado Instituto, y en contra de las resoluciones que emita al respecto, los particulares pueden promover juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa¹⁶.

IV. La sociedad de la información

El notorio crecimiento acelerado e incommensurable de la información que se tiene en las redes, ha tenido un impacto en el diario acontecer. Las computadoras facilitan la vida, agilizan los procesos y manejan enormes cantidades de datos a grandes velocidades y son las tecnologías de información y comunicación (TIC) facilitadoras de estos desarrollos. Derivado de esto, algunos autores han señalado que estamos ante una sociedad de la información, expresión que popularizó el

¹⁵ Artículos 25, 26 y 59 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

¹⁶ Artículos 45 a 56 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. Cabe señalar que el Tribunal es administrativo y no pertenece al Poder Judicial de la Federación.

japonés Yoneji Masuda, en su libro *The Information Society as a post-industrial Society*, que definió como: *Sociedad que crece y se desarrolla alrededor de la información y aporta un florecimiento general de la creatividad intelectual humana, en lugar de un aumento del consumo material*¹⁷.

Para otros autores, como Katz: *El término sociedad de la información ha sido usado para describir sistemas socioeconómicos en los que existe un alto empleo de ocupaciones relacionadas con la difusión a través de tecnología*¹⁸.

Algunos rasgos de la Sociedad de la Información¹⁹ son:

- A) *Exuberancia.* Se dispone de una apabullante y diversa cantidad de datos.
- B) *Omnipresencia.* Los nuevos instrumentos de información, o al menos sus contenidos, se encuentran por doquier.
- C) *Irradiación.* La sociedad de la información se distingue por la distancia hoy prácticamente ilimitada que alcanza el intercambio de mensajes. Las barreras geográficas se difuminan; las distancias físicas se vuelven relativas.
- D) *Velocidad.* La comunicación salvo fallas técnicas, se ha vuelto instantánea
- E) *Multilateralidad/Centralidad.* Las capacidades técnicas de la comunicación contemporánea permiten que recibamos información de todas partes, aunque lo más frecuente es que la mayoría de la información que circula en el mundo surja de unos cuantos sitios.

¹⁷ Citado por Valenti López, P.: “La Sociedad...” cit.

¹⁸ Cfr. Katz, RL.: “La sociedad...” cit., p.3.

¹⁹ Trejo Delarbre, R.: “La sociedad...” cit.

F) Interactividad/Unilateralidad. A diferencia de la comunicación convencional (como la que ofrecen la televisión y la radio tradicionales), los nuevos instrumentos para propagar información permiten que sus usuarios sean no solo consumidores, sino además productores de sus propios mensajes.

De ahí que sea entendible que el desarrollo tecnológico ha sido el motor para la aparición de la Sociedad de la Información, que se espera se transforme en una sociedad del conocimiento, que busca ser una fuente de desarrollo para todos y más aún para los países menos adelantados²⁰.

Ante este panorama tan complejo, no se han dejado a un lado los derechos humanos, como puede constatarse de la *Declaración de Principios. Construir la Sociedad de la información: un desafío global para el nuevo milenio*²¹, emitidos en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, Ginebra 2003-Tunéz 2005, que entre otros se indican:

Reafirmamos como fundamento esencial en la Sociedad de Información, y según se estipula en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión, que este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión...

El fomento de un clima de confianza, incluso en la seguridad de la información y la seguridad de las redes, la autenticación, la privacidad y la

²⁰ *Hacia las sociedades...* cit., p. 29.

²¹ Consultable en <http://www.itu.int/sis/docs/Geneva/oficial/dop-es.html>

protección de los consumidores, es requisito previo para que se desarrolle la Sociedad de la Información y para promover la confianza entre los usuarios de las TIC. Se debe fomentar, desarrollar y poner en práctica una cultura global de ciberseguridad, en cooperación con todas las partes interesadas y los organismos internacionales especializados. Se deberían respaldar dichos esfuerzos con una mayor cooperación internacional. Dentro de la cultura global de la ciberseguridad, es importante mejorar la seguridad y garantizar la protección de los datos y privacidad, al mismo tiempo que se amplía el acceso y el comercio...

Las Administraciones Pùblicas pueden facilitar el desarrollo de la Sociedad de la Información a través de su doble papel: como usuarios de los servicios en su funcionamiento interno y como proveedoras de servicios al ciudadano.

Cabe aclarar que existe un término mucho más difundido que el de Sociedad de la Información, con el que frecuentemente se le identifica, Internet. Se utiliza en el lenguaje diario, aunque con diversos significados, como el de una colección de contenidos, un navegador, una forma de presentación. La importancia de Internet radica en que *ha sido la infraestructura que ha abierto el camino hacia la Sociedad de la Información, pues supuso una aportación fundamental: un medio universal de comunicación de datos. Lo que representa la red telefónica en términos de voz, es decir, el acceso universal a cualquier teléfono del mundo, lo representa Internet en términos de datos: la posibilidad de acceso universal a cualquier ordenador del mundo*²².

²² *La Sociedad...* cit.

V. Derecho al olvido, su conceptualización

Como puede desprenderse de los conceptos anteriores, la protección de la privacidad, de la intimidad y de los datos personales son derechos humanos reconocidos en diversos instrumentos internacionales y en el marco jurídico mexicano, pero con el desarrollo del mundo digital y las tecnologías de información, es un gran reto salvaguardarlos.

Si bien Internet ha supuesto una verdadera revolución para el desarrollo de imprescindibles derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad de información, también ha supuesto nuevos riesgos para otros derechos, como el de la intimidad, el honor y la protección de datos²³.

Por ello, ha surgido el concepto del derecho al olvido, que es el que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales²⁴.

El derecho al olvido conlleva la posibilidad de que desaparezcan de los sistemas de registro de datos personales, aquellos datos negativos (no queridos, perjudiciales, socialmente reprobados o desfavorables) acerca de una persona; es un derecho a la caducidad del dato negativo, del dato que arroja información que se considera que afectaría el desarrollo normal de una persona en sociedad²⁵.

²³ Hernández Ramos, M.: *Derecho al...* cit., p.11.

²⁴ Martínez Becerril, R. y Salgado Perrilliat, R.: "El derecho... cit.

²⁵ Resolución del Recurso de revisión 3751/09, en sesión de 25 de noviembre de 2009. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Voto disidente de los Comisionados María Marván Laborde y Ángel Trinidad Zaldívar. Consultable en <http://www.ifai.org.mx>

Ante el creciente uso de tecnologías mediante las cuales se transmiten millones de datos personales, el derecho al olvido puede considerarse como el derecho de las personas a eliminar o suprimir información que afecte su intimidad o su imagen, a fin de que aquellos datos que alguna vez fueron difundidos sean omitidos de la red²⁶.

Algunos autores consideran que este no es un nuevo derecho, sino que deriva de los derechos de rectificación, cancelación y oposición, de los derechos ARCO, a los que se ha hecho referencia con antelación²⁷.

Pero existen otras opiniones en el sentido de que sí es uno nuevo, aunque todavía no se ha considerado un derecho humano fundamental. Algunos países sí lo reconocen, como Francia y Argentina²⁸.

Ernesto Villanueva solo incluye en el derecho al olvido el derecho al honor, mas no así el relativo a la vida privada, que se refiere a datos que nunca han sido públicos (como el ADN, preferencias sexuales) a diferencia del derecho al olvido que trata sobre datos públicos y veraces, ocurridos en un tiempo determinado, pero al paso de este, el titular de esos derechos desea que sean borrados porque le afecta su honor en el futuro²⁹.

Como todos los derechos, el del olvido no puede ser absoluto. Es decir, tiene límites y al entrar en colisión con otros, como el de libertad de expresión o el de información, es necesario hacer una ponderación para determinar cuál debe prevalecer, y además tomar en cuenta el interés público.

Los ciudadanos ya empiezan a reaccionar ante la posibilidad de salvaguardar su integridad si se consideran

²⁶ Arzt Colunga, S.: *El derecho...* cit.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Villanueva, E.: *Derecho...* cit.

²⁹ *Ibidem*.

afectados por el uso de sus datos, lo que no está exento de controversia, por lo que es oportuno recordar el Caso Google, que por su trascendencia ha marcado un parteaguas en la aplicación del derecho al olvido.

VI. Caso Google, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo

El 13 de mayo de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió la resolución C-131/12³⁰, en una cuestión prejudicial, relacionada con el derecho al olvido en Internet, la que se ha difundido ampliamente en las redes y de la que, por su importancia, se hará una breve referencia a las determinaciones más relevantes que contiene.

El asunto inició cuando el ciudadano español Mario Costeja González (su nombre aparece publicado en la resolución), acudió a la Agencia Española de Protección de Datos para que el periódico *La Vanguardia* eliminara o modificara sus datos de la publicación debido a que en 1998 fue sujeto de un embargo por deudas a la Seguridad Social; por lo que ese periódico publicó la subasta de inmuebles de su propiedad, ya que si se escribía su nombre en el buscador de Google, aparecía dicho anuncio. También pidió que Google eliminara sus datos para que se desligara el anuncio del motor de búsqueda, argumentando que tanto el periódico como la empresa violan la Directiva 95/46 de protección de datos personales. La Agencia consideró que la publicación del periódico estaba conforme a la ley, pero determinó retirar e imposibilitar al acceso a determinados datos por parte de los gestores de búsqueda cuando considere

³⁰Consultable en http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir=&cid=81699.

que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad humana.

Google Spain y Google Inc., interpusieron recursos ante la Audiencia Nacional de España, la que decidió plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en la resolución respectiva señaló, entre otras cuestiones:

- a) Sí le aplica a Google la norma europea, porque no obstante tener su sede en Estados Unidos, tiene una filial en España.
- b) Google sí hace un tratamiento de datos personales con la actividad de su motor de búsqueda y el gestor del motor de búsqueda debe considerarse responsable de su tratamiento; y pueden afectarse los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y protección de datos personales, los que el gestor de ese motor, como persona que determina los fines y los medios de esa actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades en términos de la Directiva 95/46.
- c) Prevalecen los derechos a la intimidad y a la privacidad, así como a la protección de datos personales, frente al interés económico del gestor de búsqueda. Los ciudadanos europeos, con base en los derechos de cancelación y oposición, pueden solicitar que Google retire la información que les afecte de los resultados de la búsqueda y se determina que también debe retirarla de los enlaces de las páginas web de terceros; y señala que tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en

sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderantemente de dicho público en tener, a raíz de esa inclusión, acceso a la información de que se trate.

Como puede constatarse, el tribunal europeo sentó las bases del derecho al olvido, derivándolo de los de privacidad y protección de datos personales, sujetándolos a una ponderación del interés público que pudiera existir para conocer de la información; sin embargo, deja esta obligación al gestor del motor de búsqueda, que considera responsable del tratamiento de datos, es decir será la propia empresa quien deberá hacer el análisis de cada caso para determinar si elimina los datos correspondientes, lo que no deja de ser un riesgo.

VII. Derecho al olvido en México

Existe un antecedente en que los legisladores hicieron alusión a la acepción *derecho al olvido* en el proceso legislativo de reformas a la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia³¹, en el que se señaló:

La Iniciativa pretende resolver los problemas detectados en los dos años de operación de estas sociedades.

Se modifica e introduce el concepto de derecho al olvido, lo que significa que, pasando 7 años de un pago parcial o una mensualidad, este será borrado obligatoriamente del historial crediticio de esa persona; así, se eliminarán de la base de datos los registros con la información de personas físicas y morales sobre créditos vencidos anteriores al 1º de enero de 2000, cuyo importe a dicha fecha sea inferior a 3,000 pesos

³¹ Diario de los debates. LIX Legislatura. Cámara de diputados. Consultable en:<http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/59/1er/1P/Extra/dic/00L59A1P1e6.html>

para personas físicas y a 10,000 pesos en el caso de personas morales.

A partir del 1º de enero de 2004, los registros de los pagos correspondientes a las personas físicas hasta antes del 1º de enero de 1997, serán borrados sin excepción de sus historiales crediticios.

Los saldos de menos de mil UDIS para personas físicas de antes del 1º de enero de 2000, quedarán cancelados; beneficiará a un millón 600 mil personas. Lo anterior permitirá eliminar por completo el registro de aproximadamente 2.5 millones de créditos en beneficio de cerca de 2 millones de personas.

Ese decreto reformó, entre otros, al artículo 23 del ordenamiento, en el que se determinaron los plazos a los que se hizo mención aunque en la redacción del precepto no quedó expresamente indicado que se trata del derecho al olvido; posteriormente dicho numeral sufrió otra modificación³², cuyo texto es el vigente hasta ahora y continúa reconociendo que debe eliminarse información sobre deudores crediticios en el transcurso del tiempo que en cada caso determina³³.

³² Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1º de febrero de 2008.

³³ Artículo 23.- *Las Sociedades están obligadas a conservar los historiales crediticios que les sean proporcionados por los Usuarios, correspondientes a cualquier persona física o moral, al menos durante un plazo de setenta y dos meses.*

Las Sociedades podrán eliminar del historial crediticio del Cliente aquella información que refleje el cumplimiento de cualquier obligación, después de setenta y dos meses de haberse incorporado tal cumplimiento en dicho historial. En caso de información que refleje el incumplimiento ininterrumpido de cualquier obligación exigible así como las claves de prevención que les correspondan, las Sociedades deberán eliminarlas del historial crediticio del Cliente correspondiente, después de setenta y dos meses de haberse incorporado el incumplimiento por primera vez en dicho historial.

En el caso de créditos en los que existan tanto incumplimientos como pagos, las

Por otra parte, es de hacerse notar que existe una iniciativa con proyecto de Decreto, para adicionar la Ley de Protección de Datos Personales en posesión de

Sociedades deberán eliminar la información de cada periodo de incumplimiento, en el plazo señalado en el párrafo anterior, contado a partir de la fecha en que se incorpore en el historial crediticio el primer incumplimiento de cada periodo. En el caso de créditos en los cuales se registren incumplimientos y posteriormente un pago parcial del saldo insoluto, las Sociedades deberán eliminar la información relativa al crédito así como las claves de prevención correspondientes, en el plazo señalado en el tercer párrafo de este artículo, contado a partir de la fecha en que se incorpore en el historial crediticio el primer incumplimiento.

En el caso de que el Cliente celebre un convenio de finiquito y pague lo establecido en éste, el Usuario deberá enviar a la Sociedad la información respectiva, a fin de que ésta refleje que el pago se ha realizado, con la correspondiente clave de observación. Las Sociedades deberán eliminar la información relativa a estos créditos, así como las claves de observación correspondientes, en el plazo señalado en el tercer párrafo de este artículo, contado a partir de la fecha en que se incorpore en el historial crediticio el primer incumplimiento.

Para efectos de este artículo se entenderá por periodo de incumplimiento el lapso que transcurra entre la fecha en que se deje de cumplir con una o más obligaciones consecutivas exigibles y la fecha en que se realice el pago respectivo.

Las Sociedades deberán eliminar la información relativa a créditos menores al equivalente a mil UDIS en los términos que establezca el Banco de México mediante disposiciones de carácter general; asimismo, en dichas disposiciones se podrá determinar un monto y plazo de referencia para eliminar el registro de saldos residuales de cuantías mínimas, el cual no podrá ser superior a cuarenta y ocho meses.

Se exceptúa a las Sociedades de la obligación de eliminar la información relativa al incumplimiento correspondiente del historial crediticio, en el plazo señalado en el segundo párrafo de este artículo, cuando en la fecha en que corresponda eliminarla, el incumplimiento en el pago exigible esté siendo objeto de juicio en tribunales. Lo anterior, con base en la información que al efecto y bajo protesta de decir verdad le proporcione el Usuario que corresponda, a la Sociedad de que se trate.

En el supuesto al que se refiere el párrafo anterior, la Sociedad deberá eliminar del historial crediticio la información sobre el incumplimiento de que se trate, una vez transcurridos seis meses contados a partir de que se haya cumplido el plazo señalado al efecto en el aludido segundo párrafo de este artículo, salvo que el Usuario acredite nuevamente que el juicio sigue pendiente de resolución, en cuyo caso el mencionado plazo de seis meses se prorrogará por un periodo

particulares a efecto de garantizar el derecho al olvido, que fue presentada por la Senadora María Verónica Martínez Espinoza³⁴, presentada en julio de 2013, la que propone una definición de información personal en las redes y también de responsable digital; y por considerar que se trata de reglas interesantes se transcriben las propuestas de contenido de los artículos 16 bis; 25 bis, 34 bis, así como las reformas y adiciones a los diversos 39, fracción VIII y 63, fracción I del proyecto:

Artículo 16 Bis: No tendrá validez ningún término incluido en ninguna política de privacidad cuyo contenido vaya en contra de los propósitos del derecho al olvido.

Artículo 25 Bis. Todos los usuarios de servicios digitales y redes sociales tienen derecho, como parte de su derecho de cancelación referido en el artículo 25 de esta Ley, a solicitar la eliminación definitiva de los datos y contenidos que así lo manifiesten y que se encuentren en los servidores de los prestadores de servicios cibernéticos. Los responsables digitales tienen la obligación de eliminar de manera inmediata y definitiva datos e información de un usuario cuando este así lo solicite de forma explícita y no exista ninguna razón legítima para retenerlos.

igual y así sucesivamente hasta que proceda la eliminación correspondiente. Las Sociedades incluirán en sus manuales operativos procedimientos que les permitan a éstas revisar el razonable cumplimiento de lo establecido en el artículo 20 primer párrafo así como el procedimiento de eliminación de la información que les envíen los Usuarios en los términos de este artículo. La Comisión autorizará estos manuales.

Las Sociedades deberán establecer criterios aplicables a todas ellas para la implementación operativa del presente artículo, respecto de la información que reciban de Usuarios. La Comisión estará facultada para resolver consultas respecto de la implementación operativa del presente artículo.

³⁴ En http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2013/07/asun_2991324_20130717_1374073401.pdf

La eliminación de una cuenta de cualquier red social implica la revocación de todos los permisos conferidos al responsable digital para el tratamiento de los datos personales del usuario.

Artículo 34 Bis: Tratándose de información personal en las redes, los responsables digitales no podrán dejar copias de seguridad, una vez solicitada por parte del titular la eliminación de la cuenta deberá eliminarse toda la información y contenido almacenado en cookies y cachés del servidor. La eliminación deberá ser completa e inmediata cuando el usuario así lo solicite explícitamente sin dejar periodos de recuperación o plazos para recapacitación.

Para el caso de información personal divulgada a través de redes sociales, el responsable digital se encargará en un plazo no mayor de 30 días de identificar y eliminar la información que haya sido compartida, divulgada o tomada por otros usuarios del contenido de la cuenta del usuario que ha solicitado la eliminación de su cuenta.

Artículo 39:

I. a VII. (...)

VIII. Acudir a tribunales internacionales en caso de controversia con responsables digitales con sede en el extranjero para hacer valer los derechos A.R.C.O. de los ciudadanos que al Instituto hayan notificado la violación de tales derechos.

Artículo 63: (...)

I. No cumplir con la solicitud del titular para el acceso, rectificación, cancelación u oposición al tratamiento de sus datos personales; así como no cumplir con la eliminación total e inmediata de la información personal en la red, sin razón fundada, en los términos previstos en esta Ley.

La anterior propuesta demuestra que en México ya también se ha empezado a poner atención en el tema, por supuesto que derivado de los problemas que presenta el que exista información en internet que pueda afectar los derechos de las personas.

Pero aquí en nuestro país, sí se tienen establecidos los derechos ARCO, por lo que, en ejercicio de ellos, por los procedimientos respectivos que se señalaron con anterioridad, pueden hacerse valer ante los responsables del tratamiento de datos personales, ya sean organismos públicos o cuando se trate de particulares, los relativos a la cancelación u oposición a fin de llegar a la eliminación de la información que sea obsoleta o que pueda afectar algún derecho fundamental.

En efecto, muestra de lo anterior es que el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos resolvió un recurso de revisión en el que determinó que un trabajador que demandó su despido ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, tiene a su alcance el derecho de oposición para que dicha autoridad proceda a cesar el tratamiento correspondiente al de nombre y apellidos del particular publicados en la versión electrónica del Boletín Laboral correspondiente visible en su portal de Internet para evitar que, una vez que su juicio ha concluido, los trabajadores sean estigmatizados y colocados en listas negras que dificultan encontrar empleo. Además ordenó a la Junta que realice las acciones a que haya lugar para solicitar a los motores de búsqueda en los cuales no se podrá omitir a las empresas Google y Yahoo, para que ya no sea posible acceder al nombre del trabajador en los buscadores de internet³⁵.

³⁵ Recurso de Protección de Datos RPD 0497/2014 consultable en <http://consultas.ifai.org.mx/Sesionessp/Consultasp>

Esta resolución, que además tiene el carácter de definitiva para la autoridad, reviste especial importancia, ya que se está haciendo efectivo el derecho al olvido en Internet, y además cobra relevancia porque no solo obliga al responsable del tratamiento de los datos, que en este caso es la Junta señalada, a que elimine los nombres de la base de datos en que encuentran, sino que también le instruye para que solicite a los gestores de los motores de búsqueda para que también procedan a borrar los nombres que aparezcan asociados en los conflictos laborales.

Lo hasta aquí señalado nos lleva a reflexionar que también en México se está abriendo brecha para la construcción de lo que en la era digital es la protección de los datos personales, lo que no es tarea sencilla, sobre todo si se toma en cuenta que la tecnología avanza a pasos agigantados.

Además, derivado de la reforma al artículo 6º constitucional³⁶, tendrán que expedirse las adecuaciones a las regulaciones relativas a protección de datos, por lo que habrá que esperar a que se emitan, para ver si se considera pertinente contemplar específicamente el derecho al olvido o si, como hasta ahora se considera suficiente con los derechos ARCO, para llegar a la salvaguarda de los mismos.

VIII. Inconvenientes del derecho al olvido

Jef Ausloos considera al derecho al olvido no más que una manera de regresarle a los individuos el control sobre sus datos personales y ponerse de acuerdo en una forma más efectiva de controlarlo. A su juicio, la implementación de este derecho involucra medidas normativas, económicas, técnicas y legislativas. En su artículo “The Right to

³⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 7 de febrero de 2014.

be forgotten – Worth remembering?”³⁷, señala algunos inconvenientes que se derivan de una eventual regulación del derecho al olvido, que pueden resumirse en:

- Alcance limitado. En el sentido de que da la sensación de que el alcance limitado del derecho al olvido ha de estarlo por una relación previa *contractual*, es decir, en la que previamente el afectado hubiera prestado su consentimiento (lo que no siempre ocurre). Según Ausloos, el concepto no es adecuado para hacer frente a los problemas de privacidad en los que los datos se obtuvieron legalmente sin el consentimiento de la persona. Cabe recordar que el derecho solo proporciona una solución *a posteriori* a cuestiones de intimidad.
- Datos anónimos. El individuo no puede pretender la selección rigurosa de datos respecto de información anónima. No existe o no se conoce contra quién podría hacerse valer ese derecho.
- Censura sutil. Al permitir a las personas eliminar a voluntad los datos que les afecten, la información relevante puede llegar a ser incompleta, inaccesible o no ser una representación fidedigna de la realidad. Así, el establecimiento del derecho al olvido podría llevar a una contraposición a las libertades de información y expresión; podría incluso abrir una puerta a otras formas de censura.
- Dificultades prácticas. ¿Cómo se procede para eliminar los datos perjudiciales, y solamente estos datos, para las personas que se encuentran en diversas plataformas, ubicuas y opacas?

³⁷ “The ‘Right...’” cit., p. 143-152.

- La ilusión de la elección. El derecho a ser olvidado es, sin duda, insuficiente para hacer frente a los problemas de privacidad en la red. La introducción de un *derecho a ser olvidado* solo pospone la ilusión de la elección. Además, se puede agravar la situación del individuo aún más y ofrece un comodín para más usos intrusivos de la privacidad. Pueden nacer así ciertos grados de frustración por no verse realizado un derecho que se ha concedido.

Como conclusión, Jef Ausloos³⁸ señala que el marco regulatorio actual no proporciona a los individuos de un nivel satisfactorio de control sobre sus datos en la Sociedad de la Información y, para implementarlo, plantea que debe enfocarse en un entorno completo, en el que el objetivo principal debería ser siempre el otorgar a los individuos un control balanceado sobre sus datos personales.

IX. Conclusiones

Los cambios jurídicos y de políticas públicas siempre son un reflejo de lo que vive la sociedad y el mundo ha estado inmerso en un proceso de transformación social por más de dos décadas. El ritmo de vida acelerado se ve reflejado en que la respuesta de la Administración Pública a las necesidades sociales de las personas. De modo inseparable, es la sociedad la que da forma a las tecnologías de acuerdo con las necesidades, valores e intereses de las personas que la usan; así, la evolución de las Sociedades de la Información en Sociedades del Conocimiento, que se dirigen a Sociedades de Redes (sociedades globales),

³⁸ Jef Ausloos (November 30th, 2011). International Fellow at the Electronic Frontier Foundation. Investigador doctoral en el Centro Interdisciplinario para el Derecho & TIC. Universidad de Leuven. Bélgica. Traducción libre.

refleja que, en tiempos cambiantes, el derecho tiene que adaptarse a su entorno, especialmente en materia de los derechos fundamentales de los individuos; que se ha traducido en establecimiento de leyes, primero para la protección de datos personales, luego para el derecho al olvido de esos datos, y se tendrá que estar al pendiente de lo que la sociedad demande en su transformación hacia las Sociedades de Redes.

Las resoluciones del tribunal europeo, como la del IFAI a nivel nacional, son ejemplos de que se está iniciando una nueva construcción en la protección de los datos personales.

X. Bibliografía

- Arzt Colunga, Sigrid: *El derecho al olvido en Internet: Ejercicio de los derechos de cancelación y oposición. Derecho al olvido versus Derecho a la libertad de información, su incidencia en los medios de comunicación*. México. Consultable en http://www.redipd.org/actividades/encuentros/XI/common/Ponencias/P1_IFAI_MEXICO.pdf
- Davara F. de Marcos, Isabel: “Breve análisis de la reforma al artículo 6º Constitucional en lo relativo a protección de datos personales”, en *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, ed. Jorge Bustillos y Miguel Carbonell, México, UNAM-IIJ, 2007.
- Cruz Ramírez, Alejandro: *Habeas Data. La protección Constitucional y Jurisprudencial en Colombia*, consultable en https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/123/Becarios_123.pdf
- Garduño Vera, Roberto: “La sociedad de la información en México frente al uso de internet”,

en *Revista Digital Universitaria*, Volumen 5, número 8, 10 de septiembre 2004. Consultado en http://www.revista.unam.mx/vol.5/num8/art50/sep_art50.pdf

- Hernández Ramos, Mario: *Derecho al olvido*, digital en la web 2.0. p.11. Consultable en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4498471>
- López Ayón, Sergio: “El Acceso a la Información como un derecho fundamental: la reforma al artículo 6º de la Constitución mexicana”, *Cuaderno de Transparencia*, Número 17, IFAI, México, 2009.
- Martínez Becerril, R. y Salgado Perrilliat, R.: “El derecho al olvido”, *Revista El Mundo Del Abogado*, 29 de noviembre de 2013. <http://elmundodelabogado.com/2013/el-derecho-al-olvido/>
- Muñoz de Alba Medrano, Marcia: *Habeas Data*, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/4.pdf> p.2.
- Villanueva, Ernesto: *Derecho al olvido en redes sociales*, consultable en <http://www.proceso.com.mx/?p=381903>
- Trejo, Delarbre, Raúl: “La Sociedad de la Información. Vivir en la Sociedad de la Información. Orden global y dimensiones locales en el universo digital”, *Revista Iberoamericana De Ciencia, Tecnología E Innovación*, Edita Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Número 1/Septiembre-Diciembre 2001. Consultable en <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/trejo.htm>
- Valenti López, Pablo: “La Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe: TICs y un nuevo

marco constitucional”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología e Innovación*, citado por Edita Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Número 2 / Enero-Abril 2002. Consultable en <http://www.oei.es/revistactsi/numero2/valenti.htm>

- “La Sociedad de la Información en España, Presente y Perspectivas 2000”, *Informe del Grupo Telefónica*, consultable http://telos.fundaciontelefonica.com/docs/repositorio/es_ES/informes/espana_2000/completo.pdf

Legislación consultada

- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.
- Ley para regular las sociedades de información crediticia.
- Tesis 1^a. CXLVIII/2007 Tomo XXVI, Julio de 2007, Página 272. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.
- Tesis 1^a. CXLIX/2007, Tomo XXVI, Julio de 2007, Página 272. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Resoluciones

- Resolución del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública
- Recurso de revisión 3751/09, en sesión de 25 de noviembre de 2009. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Voto disidente de los Comisionados María Marván Laborde y Ángel Trinidad Zaldívar. Consultable en <http://www.ifai.org.mx/>

- Empleados tienen derecho al olvido: IFAI, Recurso de Protección de Datos RPD 0497/2014 <http://consultas.ifai.org.mx/Sesionessp/Consultasp>

Documentos electrónicos

- *Hacia las sociedades del conocimiento.* Ediciones UNESCO. p. 29. Consultable en <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf>
- Jef Ausloos (November 30th, 2011). International Fellow at the Electronic Frontier Foundation. Investigador doctoral en el Centro Interdisciplinario para el Derecho & TIC. Universidad de Leuven. Bélgica.
- “The ‘Right to be Forgotten’ – Worth remembering?” *Computer Law & Security Review*, Volume 28, Issue 2, April 2012, Pages 143-152. Consultable en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970392

Fuentes Informáticas

- <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4498471>
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/4.pdf,p.2>
- <http://www.proceso.com.mx/?p=381903>
- http://www.revista.unam.mx/vol.5/num8/art50/sep_art50.pdf
- <http://elmundodelabogado.com/2013/el-derecho-al-olvido/>
- <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/trejo.htm>
- <http://www.oei.es/revistactsi/numero2/valenti.htm>
- http://telos.fundaciontelefonica.com/docs/repositorio/es_ES/informes/espana_2000/completo.pdf
- http://www.redipd.org/actividades/encuentros/XI_common/Ponencias/P1_IFAI_MEXICO.pdf

- [*https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/123/Becarios_123.pdf*](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/123/Becarios_123.pdf)
- [*http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2013/07/asun_2991324_20130717_1374073401.pdf*](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2013/07/asun_2991324_20130717_1374073401.pdf)
- [*http://www.ifai.org.mx/*](http://www.ifai.org.mx/)
- [*http://consultas.ifai.org.mx/Sesionessp/Consultasp*](http://consultas.ifai.org.mx/Sesionessp/Consultasp)
- [*http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf*](http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf)
- [*http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970392*](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970392)
- [*http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir=&cid=81699*](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=152065&occ=first&dir=&cid=81699)

Perspectiva de género en el sistema de justicia penal. Delito de homicidio

*MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ**

SUMARIO: Introducción. I. Justificación. II. Caso hipotético. III. Aplicación del control de convencionalidad en el juzgamiento de delitos de homicidio cometidos por mujeres que presentan violencia de género. IV. Propuesta de solución con perspectiva de género. V. Conclusiones. VI. Fuentes de Investigación.

Introducción

Los derechos humanos son sustanciales e inherentes al ser humano por el solo hecho de serlo, cuyo disfrute es indispensable para preservar la dignidad humana; pero la cuestión radica en que si éstos son inherentes a todos ser humano, entonces, cuál sería la razón de diferenciar los derechos de hombres y de mujeres; respuesta que se encuentra en la especificidad no sólo de las necesidades que sufren las mujeres en función de su sexo (reproductivas y de maternidad), sino en función de su género, cuyo concepto como construcción social permite advertir la condición histórica y sistemática de vulnerabilidad, lo que ha llevado a conferir un carácter también específico al reconocimiento y a la protección de la mujer, bajo una especialización de derechos humanos¹, al pertenecer a un

* Magistrado de Circuito.

¹ Los derechos humanos de las mujeres pueden conceptualizarse como: *El derecho inherente de cada mujer del mundo a vivir una vida libre de discriminación y de violencia, siendo dueña de su cuerpo y de su mente, gozando de autonomía sexual y reproductiva; tanto en el ámbito público, como en el*

grupo que está expuesto a violaciones específicas y que requiere una protección reforzada, al lidiar con patrones universales de discriminación y violencia, así como de falta de acceso a la justicia, no solo en su calidad de víctimas u ofendidas, sino como probables responsables de un delito, situación en la que se reúnen dos calidades dignas de protección especial, el ser inculpada y, a la vez, pertenecer a un grupo socialmente discriminado (*problema de interseccionalidad*); situación que ha obligado a los sistemas internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos a orientar su acción a una tutela cada vez más específica y en constante evolución. La presente ponencia tiene como objeto desentrañar la perspectiva de género en el juzgamiento de mujeres acusadas de delitos de homicidio, que presenten una situación de violencia de género.

I. Justificación

Los estándares internacionales han señalado que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre, por ello violencia y discriminación son dos caras de una misma moneda en las que quedan inmersas las violaciones de género en contra de mujeres; en ese contexto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la resolución del caso *algodonero*², en la que se ventilaron y detectaron problemáticas específicas con una violencia sistemática en contra de la mujer, ha realizado un protocolo para

privado; tanto en tiempos de paz, como de guerra. Este derecho es, a su vez, un requisito indispensable para el disfrute efectivo de las mujeres de la integralidad de los derechos humanos; vid. García Muñoz, S.: “Género y... cit., p. 49.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (campo algodonero) Vs. México.

juzgar con perspectiva de género, bajo el punto de partida de que la discriminación contra la mujer suele estar íntimamente vinculada con la discriminación por otros motivos como la raza, el color, la religión, la preferencia sexual, posición económica³; al entender que el derecho a la igualdad y no discriminación en derechos humanos, tuvo un origen androcéntrico, al intentar aplicar una fórmula de equiparación de la mujer con el hombre, lo que llevó a reinterpretar la igualdad como la valoración de las diferencias⁴; al advertirse que las mujeres han sufrido históricamente valoraciones negativas con base en percepciones sociales que constituyen estereotipos⁵ y condiciones de subordinación que impactan en el ordenamiento legal y en el funcionamiento de una sociedad; para lo cual, el protocolo resalta que la labor jurisdiccional juega un papel relevante en la caracterización de las mujeres, el género y la perspectiva de su aplicación ha generado el interés por su protección mediante la adopción de instrumentos específicos a fin de analizar la realidad y fenómenos diversos, políticas públicas, legislación y evaluar las acciones y efectividad. Aplicar la dimensión de género en el sistema de impartición de justicia enriquece

³ Comité de Derechos Humanos. Observación General 28, artículo 3 (igualdad entre hombres y mujeres).

⁴ El principio de igualdad es un principio normativo que requiere la protección de las diferencias, comenzando por la diferencia de género, precisamente porque, de hecho, somos diferentes, no existe ninguna oposición entre igualdad y diferencia, pues se implican entre ellas, la contradicción está en las desigualdades, pues la igualdad importa la tutela de las diferencias y la reducción de las desigualdades; citado por Ferrajoli, L.: “El principio...” cit., pp. 1-3.

⁵ Los estereotipos son una visión o idea preconcebida generalizada de atributos o características que los integrantes de un grupo particular poseen o deberían llevar a la práctica; ideas preconcebidas que tienen un alto contenido discriminatorio al ignorar las características individuales y presumir que otras son mandatorias para las personas que pertenecen a un determinado grupo; al respecto, véase J. Cook, R. y Cusak, S.: *Estereotipos...* cit.

el diagnóstico de la realidad social y las estrategias para la solución de casos concretos y en materia de derechos humanos y acceso efectivo a la justicia, visualizar las inequidades y necesidades de protección ante quienes bajo patrones de estigmatización ha vivido bajo un impacto diferenciado en el disfrute de derechos y en la tutela de estos, donde la posición del sexo ha asignado socialmente a la mujer un papel de subordinación histórica respecto al sexo masculino.

Bajo esa perspectiva, ante la pregunta: ¿qué es juzgar con perspectiva de género?, objeto del protocolo elaborado por el Máximo Tribunal Constitucional del país, se puede responder que es aplicar el derecho a un caso concreto, tomando en consideración una lucha por esa subordinación histórica de las mujeres a fin de combatir los patrones socio-culturales, que el mandato de no discriminación cobra una relevante significación, cuando se juzga a una persona perteneciente a un grupo con discriminación histórica, al permitir el acceso a la justicia en un plano de igualdad, pero no formal, sino con base en una diferenciación de situaciones iguales, esto es, igualar situaciones diferentes, bajo bases objetivas y razonables⁶, lo que permite advertir que la perspectiva de género debe considerarse como una estrategia para asegurar que los problemas reales de desigualdad de las mujeres, constituyan una dimensión integral en el diseño, no solo de la implementación de políticas públicas y programas que superen sociedades patriarcales, bajo la concepción que Facio llama el androcentrismo

⁶ La CIDH, en la Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, empleó un razonamiento para distinción de tratamiento cuando está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas; de ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que exista esta distinción.

del Derecho⁷, punto donde radica el alcance que las diferencias entre varones y mujeres dejan de ser invisibles o aparentemente neutrales, para alcanzar un reconocimiento expreso en la lucha de sus derechos y en la forma en que la normatividad es diseñada y aplicada, a fin de evitar la aplicación de argumentos estereotipados, prejuicios sociales y evitar una doble victimización por parte de los órganos jurisdiccionales.

De ahí que, el trato diferenciado, al existir distinción entre dos supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, sin apartarse de la justicia o la razón, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que atenten de alguna forma contra la dignidad persona; la propia Convención de la CEDAW, citada en el protocolo, prevé disposiciones específicas por las que los Estados se obligan a adoptar medidas necesarias, incluidas las legislativas, a nivelar esa desigualdad estructural al seno de sus propias sociedades; para lo cual, se promueve el uso de acciones afirmativas, al establecer en su artículo 4°, medidas especiales de carácter temporal (hasta que la discriminación cese) encaminadas directamente a acelerar la igualdad de facto, pues si bien este constituye un tratado contra la discriminación, también lo es para eliminar la violencia.

Juzgar con perspectiva de género, como acota el protocolo, es aplicar en síntesis el logro efectivo de la igualdad de facto que prevé el mandato constitucional y convencional dirigido a quienes imparten justicia; combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad, donde el quehacer jurisdiccional tiene

⁷ Facio, A.: “Hacia...” cit., p.15.

una invaluable función transformadora, al juzgar de cara a una sociedad en su construcción por aplicar las transformaciones sociales en beneficio de grupos vulnerables que requieren, más que otros, la tutela judicial efectiva, con vista en la supremacía de sus derechos fundamentales, en el caso concreto a tener un juicio justo. Las resoluciones jurisdiccionales que apliquen un enfoque de género en la toma de decisiones, permiten crear de manera indirecta una estrategia de combate a la impunidad e injusticia.

II. Caso hipotético

Una mujer, originaria de un pueblo en el Estado de Hidalgo, con instrucción primer grado de primaria, se ve obligada a trabajar desde los ocho años de edad, al morir su mamá, por lo que sus cinco hermanos y ella, quedan al cuidado de su padre, quien los golpeaba debido a que tenía adicción a las bebidas alcohólicas; cuando cumple la edad de quince años, decide ir a vivir al Distrito Federal, donde conoce a un hombre, con el cual mantiene una relación de concubinato durante diez años, en los que procrean un hijo que tiene la edad de siete años; dicha persona, durante la relación, no mantiene un trabajo estable, ya que es alcohólico y farmacodependiente, por lo que ella se hace cargo de los gastos vendiendo dulces y refrescos en la estación de un metro; desde el inicio de la relación es insultada, humillada y golpeada de manera constante por su pareja, así como dicho sujeto ejerce violencia física y moral en contra del menor; un día, el sujeto llegó al domicilio que habitaban totalmente en estado de ebriedad y bajo el influjo de sustancias psicotrópicas, golpeó al menor sin ninguna razón aparente; al escuchar dicha situación, la mujer que se encontraba en la cocina preparando la

comida, intentó detener a su pareja, lo que ocasionó la ira del sujeto, el cual comenzó a golpearla, en su intento por esquivar los golpes llegó hasta la cocina, donde el sujeto resbaló al intentar alcanzarla, momento en que al ver que estaba tirado en el suelo, la mujer tomó el cuchillo que se encontraba en el fregadero y, antes de que este pudiera incorporarse, se lo hundió en tres ocasiones a la altura del tórax y del estómago; instantes en que vecinos llegaron al lugar para tratar de calmarla y llamar a una ambulancia; misma que al llegar al lugar de los hechos determinó que el sujeto había perdido la vida.

III. Aplicación del control de convencionalidad en el juzgamiento de delitos de homicidio cometidos por mujeres que presentan violencia de género

Mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 al artículo 1º constitucional, se rediseñó la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad; al establecerse que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad; por lo que los jueces nacionales, tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, para establecer una interpretación *ex officio* adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, bajo el empleo del criterio hermenéutico del principio *pro persona*.

En esta tesitura, si bien la comunidad internacional ha instado diversos esfuerzos que concretizaron instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo, la Convención de Belem do Pará, en el marco de la OEA, opiniones consultivas (*soft law*) y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales se destaca que la violencia contra la mujer se constituye como una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, así como que su eliminación es condición indispensable para su desarrollo individual y social; para lo cual, se define en el artículo 1º de la CEDAW que por violencia contra la mujer se entiende: *cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*; por lo que en su artículo 2º, destaca que la violencia contra la mujer incluye: *la violencia física, sexual y psicológica, ya sea que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, bajo el canon de que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado*.

Lo cierto es que dichos instrumentos advierten un avance significativo para la protección de los derechos de las mujeres, estrictamente cuando son víctimas u ofendidas del delito, pero estos ordenamientos mantienen un velo de invisibilidad a aquellas mujeres que son acusadas de cometer una conducta delictiva, donde las legislaciones no regulan situaciones específicas respecto a que la realización de la conducta delictiva tenga como origen la violencia de género.

Ello se explica porque la violencia, al haber sido identificada tradicionalmente como una conducta del ámbito privado, no había sido concebida como violación a derechos humanos y, por tanto, la respuesta estatal había sido muy limitada; de acuerdo con el progreso en esta materia, la ONU Mujeres⁸ ha reconocido que la violencia contra mujeres es una forma de discriminación y desigualdad; la violencia doméstica que por muchas décadas se incluyó como un problema de derecho familiar, empezó a generar su inserción como tipo penal, bajo un enfoque integral a fin de extender la protección a todas las esferas del derecho, del que no puede escapar el derecho penal.

No obstante, esos avances se concentraron en tutelar los derechos de la mujer que padece un cuadro de violencia de género, exclusivamente cuando es víctima u ofendida de un delito; así la violencia de género ha sido utilizada como un factor para agravar la conducta delictiva en tratándose de homicidio; para lo cual, el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 148 bis y el Código Penal Federal en su numeral 325, por reformas de 26 de julio de 2011 y 14 de enero de 2012, respectivamente, acorde con los estándares internacionales y la resolución del *Caso Algodonero* donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó la violencia de género que existe en el país, establecieron la figura típica de *Feminicidio*, al señalar en su artículo 148 bis, que se configurará cuando, por razones de género, prive de la vida a una mujer, razones entre otras, cuando existan datos que establezcan que se ha cometido *violencia* en contra de la víctima en el ámbito familiar; conducta que se agravará si entre el activo y la víctima existió una relación sentimental.

⁸ ONU Mujeres Informe: El Progreso de las mujeres en el mundo: En busca de la Justicia (2011), p. 32.

Política criminal del legislador, que no obstante prevé un diseño en forma aparentemente *neutra* que tutela los derechos de las mujeres por su condición de género; al mismo tiempo mantienen una legislación discriminatoria respecto de aquellas mujeres acusadas de privar de la vida a su pareja, cuando existen datos de que esta sufrió una situación sistemática de violencia de género por el occiso; lo que implica que al momento de juzgar un hecho en el que la imputada sea una mujer que presenta dichas características, el sistema de justicia no tiene una respuesta para juzgarla con perspectiva de género, lo que se traduce en una situación de injusticia acorde con su situación específica; así señala Kathleen E. Mahoney, que las mujeres han sido visibles en los sistemas que crean, interpretan y aplican leyes, pues si se benefician de estas, es en forma derivada, es decir, cuando sufren violaciones iguales a las del hombre⁹; por ello las teorías de la igualdad para juzgar a las mujeres a quienes se les atribuye haber privado de la vida a su pareja, no funcionan para resolver el caso concreto, porque se soslaya ponderar el factor desencadenante del resultado relevante para el derecho, el cual se constituye en un panorama previo a la realización de la conducta delictiva, ¿cuál?, el de la denegación sistemática de poder, de recursos (situación de pobreza), ignorancia de la titularidad de derechos, subordinación social histórica, bajo roles estereotipados y del elemento básico de la dignidad humana; condiciones que no aplican respecto del hombre, cuando la violación de los derechos de la mujer responde a una situación específica; bajo lo cual esta siempre será diferente, dentro de la construcción social y jurídica de su condición (género), lo cual no le permite ejercer libremente sus derechos y que la coloca

⁹ Mahoney, K. E.: “Enfoques...” cit., p. 433.

en un grupo social vulnerable por esa sola condición; situación de desigualdad estructural que los juzgadores en sede judicial pueden y deben transformar, al ser el Poder Judicial, de algún modo, la institución de la cual dependen en última instancia los derechos de la mujer, los jueces son responsables de cómo y cuándo los derechos de la mujer deben ser aplicados para no crear situaciones inequitativas, bajo visiones androcéntricas y de prejuicios, en la medida en que el sistema de justicia tenga prejuicios de género o haga invisible esa situación de vulnerabilidad y diferencia, el sistema falla en su responsabilidad social.

Así, no basta con el respeto al debido proceso en su carácter de imputada respecto de sus derechos fundamentales, si no es advertida en su condición de mujer y de la violencia a la que ha sido sometida con anterioridad al hecho delictivo atribuido, al actualizarse la interseccionalidad de la justicia, ser inculpada y haber sufrido violencia física o moral por su condición de mujer.

En este contexto, los jueces ante el vacío legislativo para establecer factores con perspectiva de género al momento del juzgamiento, están obligados a efectuar una interpretación conforme a fin de evitar situaciones discriminatorias; en un control de convencionalidad *ex officio*, de la interpretación del artículo 1º de la CEDAW que señala que la violencia no solo es de índole física, sino sexual, mental, coacción y otros actos de privación de la libertad, que se complementa con la Convención de Belem do Pará que contempla esa relación indisoluble al señalar en su artículo 6, el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia y entre otros, el derecho a no ser discriminada; así como la recomendación general 19 del Comité CEDAW, que establece que la violencia contra la mujer es una situación de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades

en pie de igualdad; vinculadas a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, donde se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, **género, estado** físico o **mental**, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o *culturales*, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; para lo cual, constituyen causas de vulnerabilidad, entre otras: **la victimización, el género y la privación de la libertad**; principios que recoge el protocolo para juzgar con perspectiva de género, así como las directrices de advertir que la procesada pertenece a un grupo históricamente desventajado, se encuentra en situación de pobreza, la persona se expone a una doble victimización, es mujer y presenta características compatibles con violencia en el ámbito familiar y sentimental de manera sistemática y la aplicación del derecho penal vigente en tratándose del delito de homicidio, no prevé dichos factores en la ponderación del caso concreto, lo que amerita un trato diferenciado ante la desigualdad estructural, se proponen las siguientes argumentaciones para la solución del caso hipotético de una mujer que priva de la vida a su pareja con una situación precedente de violencia de género por parte del occiso, para ser sometida al juicio de reproche.

IV. Propuesta de solución con perspectiva de género

Por lo que se propone en el caso concreto, con fundamento en los artículos 1º y 14, en relación con el artículo 20, Apartado b), todos de la Constitución Federal, con base en las directrices plasmadas en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, todo juzgador, con independencia de la materia o cuantía, local o federal,

deberá salvaguardar los derechos humanos y la tutela judicial efectiva de las mujeres acusadas de la comisión de un delito de homicidio, cuando advierta que ha sufrido violencia de género antes de la comisión delictiva; para lo cual, a efecto de determinar si en la especie la inculpada padece trastorno mental a consecuencia de la violencia de género ejercida en su contra por su pareja sentimental (occiso), ordenará el desahogo de dictámenes periciales en materia de psiquiatría y psicología, a fin de determinar si se actualiza en la especie la causa de inculpabilidad a que alude el artículo 15, fracción VII, del Código Penal Federal o el diverso numeral 29, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito; ya que excluiría su capacidad de culpabilidad, al determinarse que el daño psicológico y físico sufrido, le impidió conducirse conforme a la comprensión del carácter ilícito de la conducta.

O en su caso, si del desahogo de los dictámenes, el juzgador advierte que la inculpada presenta, como rasgos de su personalidad: marcada dependencia, sumisión y adhesión, introvertida y falta de carácter en su persona, influenciable, manipulable, sentimientos de abandono, vacío y minusvalía, de inseguridad e inferioridad, endeble, fantasiosa en sus mecanismos de defensa de represión e inhibición; tensión emocional y temor, pudiendo reaccionar de forma hostil, fungiendo sus características de personalidad, así como circunstancias conflictivas de su núcleo familiar secundario, lo que los peritos determinan son signos compatibles con una mujer que sufre violencia tanto psíquica como moral; en vez de acrediatar el delito de homicidio en razón del parentesco, regulado por el artículo 323 del Código Penal Federal, o su correspondiente tipo penal en el artículo 125 del código del Distrito Federal, que establecen una sanción agravada por privar de la vida al cónyuge o concubinario,

que implica aplicar el tipo penal sin perspectiva de género, es dable actualizar la hipótesis de atenuación de la pena **estado de emoción violenta**, que prevé el artículo 136 del Código Penal para el Distrito Federal, que implica que la imputada vive una intensa conmoción del ánimo que provoca un desorden del comportamiento, la pérdida del dominio de su capacidad reflexiva y la disminución de sus frenos inhibitorios, que desencadenan la comisión del delito, ya que una mujer que sufre violencia de género, al tener mecanismos de defensa primitivos, observarse un estado afectivo con un *sufrimiento emocional* constante, provoca que la capacidad de reflexión está sensiblemente disminuida para conducirse conforme a la comprensión del mandato de la norma; por lo que no se le puede fincar el juicio de reproche sin tomar en cuenta dichos factores.

Sin que se soslaye que, en tratándose del Código Penal Federal, al no preverse dicha circunstancia de atenuación de la prueba, ubica la hipótesis genérica del artículo 15, fracción VII, al señalar que cuando la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho, no esté ausente *pero sí considerablemente disminuida*, se impondrá una pena atenuada; o incluso, acorde con el caso concreto, podría actualizarse la diversa causa de inculpabilidad de la no exigibilidad racional de una conducta diversa, bajo el temor fundado, a que alude el artículo 15, fracción IX, de dicho ordenamiento sustantivo penal.

V. Conclusiones

1. Realizar un Código Penal único, con aplicación en todo el territorio nacional, pues la disparidad jurídica genera inseguridad, ya que la tutela judicial efectiva hacia la mujer en su condición de vulnerabilidad debe regir en todo el Estado Mexicano, para evitar situaciones discriminatorias y de desigualdad estructural, al

preverse de manera homogénea legislación construida con perspectiva de género y se facilitaría la función jurisdiccional para establecer parámetros determinados en los casos en que, ante violencia de género por parte de la imputada, pueda remediarse la discriminación e impartir una justicia integral.

2. Mientras no se efectúe la homologación de la norma, el juzgador puede hacer efectivos los derechos de la mujer en sede judicial, al aplicar una penalidad menor, bajo la figura del *estado de emoción violenta*, al tomar en cuenta que el maltrato sufrido se ubica como un factor desencadenante y predisponente para explicar la conducta delictiva de la inculpada que, si bien no excluye el juicio de reproche, sí puede actuar como una circunstancia atenuante, como causa del estrés postraumático ante el tiempo de violencia o maltrato, lo que provoca en la víctima de violencia altos niveles a su vez de violencia, que la lleva a ocasionarle la muerte al agresor (pareja sentimental), al acumular resentimiento por la continua agresión, que implica que cualquier razón se responda con un alto grado de violencia en respuesta como mecanismo de defensa.

3. Todos los jueces, en el ámbito de sus competencias, deben ejercer control de convencionalidad *ex officio*, a fin de allegarse del material probatorio que permita establecer si en el caso concreto, la violencia de género ejercida por la inculpada, le ha provocado un trastorno mental o, en su caso, si la comisión delictiva tuvo como factor la ausencia de reflexión en alguien que ha padecido de manera sistemática violencia en la relación de pareja, lo que le impide estar motivada por la norma en condiciones de normalidad.

4. Es inminente que el cambio de patrones socioculturales en la administración de justicia, incluya

el diseño de programas de educación y capacitación del personal en relación al juzgamiento de mujeres que cometan delitos de homicidio en contra de su pareja sentimental, bajo un contexto de violencia de género; situación hasta ahora que ha permanecido invisible en los estándares internacionales y por ende, en la legislación doméstica; por lo cual promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias en la ejecución de programas análogos permitan un desarrollo importante en la impartición de justicia, a fin de erradicar ese factor desencadenante que victimiza por doble partida a la mujer, primero al estar privada de su libertad y sufrir discriminación y desigualdad como consecuencia de la violencia ejercida en su persona.

VI. Fuentes de investigación

- Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). <http://corteidh.org/index.php/es/jurisprudencia>
- Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 28. Igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29/3/2000.
- Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará”.
- Facio, Alda: “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/FACIO_ALDA_Hacia_otra_teoria_critica_del_derecho.pdf

- Ferrajoli, Luigi: “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las mujeres*, Fontamara, México, 2010.
- García Muñoz, Soledad: “Género y Derechos Humanos de las Mujeres: Estándares Conceptuales y Normativos en Clave de Derecho Internacional”, en *Derechos de las Mujeres en el Derecho Internacional*, Fontamara, México, 2010.
- J. Cook, Rebecca y Cusak, Simone: *Estereotipos de Género: Perspectivas legales trasnacionales*. Citado por Kathambi Kinoti en *Desmantelando los estereotipos de género, el rol de las leyes*, en <http://awid.or/es/Library/Desmantelando-los-estereotipos-de-género-El-rol-de-las-leyes>
- Mahoney, Kathleen E.: “Enfoques Canadienses a la Igualdad de derechos y la Equidad de Género en los Estrados Judiciales”, en Cook, Rebeca, *Derechos Humanos de la Mujer*, Colombia, ed. Profamilia.
- ONU Mujeres Informe: *El Progreso de las mujeres en el mundo: En busca de la Justicia*, 2011.
- Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*.
- http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

José Matías Quintana del Campo y Andrés Eligio Quintana Roo: forjadores de la justicia en Campeche y Yucatán

*VÍCTOR MANUEL COLLÍ BORGES**
*MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA***

RESUMEN: Una de las grandes aportaciones mexicanas a la jurisprudencia mundial es el juicio de amparo, creación del ilustre campechano-yucateco Manuel Crescencio Rejón y Alcalá. Antes de que fuera adoptado en la Constitución yucateca de 1841, hubo casos que bien podían haber sido considerados para ser parte de los juicios de amparo, por las flagrantes violaciones contra los ciudadanos cometidas por las autoridades; uno de estos casos fue protagonizado por una familia de distinguidos mexicanos al servicio de la lucha insurgente, los señores José Matías Quintana del Campo y su hijo Andrés Eligio Quintana Roo, quienes desde 1810 fueron objeto de persecución por parte de las más altas autoridades virreinales e inquisitoriales. Gracias a la labor de Matías Quintana, hoy contamos con su versión de lo ocurrido en esos años y de las flagrantes violaciones a sus garantías individuales o

* Magistrado Numerario de la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Campeche. Se hace un amplio reconocimiento por su gentileza al compartirnos estos interesantes documentos y hacernos partícipes en la realización de este artículo.

** Magistrado de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

derechos civiles, así como de su denodado esfuerzo para que prevaleciera la justicia en la Península de Yucatán, en un momento de transición entre el Antiguo Régimen y la Monarquía Constitucional.

SUMARIO: Marco histórico. I. Matías Quintana y los *Clamores de la fidelidad americana contra la opresión*. II. Recursos contra la opresión. III. *Manifiesto de Matías Quintana*. IV. Referencias bibliográficas.

Marco histórico

Una figura tan importante para la historia del México insurgente como Andrés Quintana Roo es difícil que pase desapercibida. Sus primeros pasos en este sendero fueron como coeditor con José María Cos del *Semanario Patriótico Americano*, publicación periódica aparecida entre julio de 1812 y enero de 1813; unos meses después, en septiembre de 1813, se integra al Congreso de Anáhuac, llamado también Congreso de Chilpancingo, como representante de la Provincia de Puebla¹ y como tal estuvo presente en la lectura de los *Sentimientos de la Nación*²; a partir de entonces participó de manera activa en la redacción del *Acta de Declaración de Independencia*, junto con Carlos María de Bustamante, la cual fue promulgada en noviembre de 1813 desde el Palacio Nacional en Chilpancingo³, y fue él mismo quien dio lectura a esta declaratoria, en su calidad de vicepresidente del Congreso de Chilpancingo.

¹ Martínez Carbajal, A.: *Preparación...* cit., pp. 156-186.

² Nombre del célebre discurso de José María Morelos y Pavón, el cual fue leído por Juan Nepomuceno Rosains (o Rosáinz), uno de los hombres de confianza de Morelos, y quien en septiembre de 1813 fue designado Secretario del Poder Ejecutivo.

³ *Congreso de Anáhuac...* cit., pp. 17-18.

El Congreso de Anáhuac, legítimamente instalado en la ciudad de Chilpantzingo de la América Septentrional por las provincias de ella, declara solemnemente, á presencia del Señor Dios, árbitro moderador de los imperios y autor de la sociedad, que los dá y los quita según los designios inexcrutables de su providencia, que por las presentes circunstancias de la Europa ha recobrado el ejercicio de su soberanía usurpado: que en tal concepto queda rota para siempre jamas y disuelta la dependencia del trono español: que es árbitra para establecer las leyes que le convengan para el mejor arreglo y felicidad interior: para hacer la guerra y paz, y establecer alianzas con los monarcas y república del antiguo continente, no menos que para celebrar concordatos con el Sumo Pontífice romano, para el régimen de la Iglesia católica, apostólica, romana, y mandar embajadores y cónsules: que no profesa ni reconoce otra religión mas que la católica, ni permitirá ni tolerará el uso público ni secreto de otra alguna: que protegerá con todo su poder, y velará sobre la pureza de la fé y de sus demás dogmas, y conservación de los cuerpos reguladores.

Declara por reo de alta traicion á todo el que se oponga directa ó indirectamente á su independencia, ya protegiendo á los europeos opresores, de obra, palabra ó por escrito, ya negándose á contribuir con los gastos, subsidios y pensiones, para continuar la guerra hasta que su independencia sea conocida por las naciones extranjeras; reservándose al congreso presentar á ellas, por medio de una nota ministerial, que circulará por todos los gabinetes, el manifiesto de sus quejas y justicia de esta resolución, reconocida ya por la Europa misma.

Dado en el palacio nacional de Chilpantzingo, á 6 dias

del mes de Noviembre de 1813.—

Lic. Andrés Quintana, vicepresidente.—

Lic. Ignacio Rayón.—

Lic. José Manuel de Herrera.—

Lic. Carlos María Bustamante.—

Dr. José Sixto Verduzco.—

José María Liceaga.—

Lic. Cornelio Ortiz de Zárate, secretario⁴.

Además de que en ese mismo día Quintana Roo dirigió el *Manifiesto del Congreso de la Nación*, en donde anunciaba que el Congreso se declaraba en contra de cualquier régimen despótico y apoyaba las decisiones de José María Morelos⁵, como representante del Poder Ejecutivo y Generalísimo de los Ejércitos insurgentes. Tampoco es fácil olvidar que Bustamante, José Manuel de Herrera y Quintana Roo tuvieron la encomienda de redactar, sin mayores medios que sus propias manos⁶,

⁴ http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1813_112/Acta_solemne_de_la_declaracion_de_la_independencia_de_Am_rica_Septentrional.shtml. Se ha respetado la transcripción original del documento.

⁵ *Congreso de Anáhuac, op. cit.*, pp. 18-19.

⁶ Ante la posibilidad cada vez más cercana de un ataque por parte de José Gabriel de Armijo, el Congreso decidió trasladarse de Chilpancingo a Tlacotepec (a 113 km de distancia de aquella, hacia la costa del sur), en donde Morelos los alcanza tras sus derrotas en Michoacán, y ahí, reunidos solo cinco diputados, Verduzco, Liceaga, Quintana Roo, Herrera y Cos (más tarde llegan Bustamante y Crespo), abren sus sesiones, determinando en primer lugar, despojar a Morelos de la investidura de generalísimo y jefe del Poder Ejecutivo, y dejarlo solo al frente de una escolta de 150 hombres. Aunque siguieron con su labor, el temor de ser atacados por los realistas les obliga a trasladarse al rancho de las Ánimas, luego a Ajuchitlán, más tarde llegan a Uruapan, en donde permanecen cerca de tres meses; luego se refugian en la hacienda de Santa Ifigenia (distante 38 leguas de Valladolid), después parten a la hacienda de Poturo, poco después llegan a Tiripetío el 15 de junio de 1814. Finalmente, llegan a la población de Apatzingán, sitio desde donde se promulga el 22 de octubre de ese año el *Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana*, llamado también *Constitución de Apatzingán*.

la primera Constitución en la historia de nuestro país; sin bibliotecas, archivos o documentos legislativos, ellos tres lograron redactar estos artículos, contando solo con los *Elementos constitucionales* de la Junta de Zitácuaro, los *Sentimientos de la Nación* de Morelos, y el *Reglamento* en el cual Quintana Roo había fijado las facultades del Congreso reunido en Chilpancingo.

Las múltiples funciones que desarrolló a partir de entonces, tras la disolución del Congreso y después de la independencia, como diputado, senador, varias veces secretario de Estado, magistrado de la Suprema Corte de Justicia y miembro del gobierno tripartito (del 23 al 31 de diciembre de 1829), hasta su fallecimiento en 1851, le han hecho merecedor, sin lugar a dudas, de un destacado papel en nuestra historia. Sin embargo, hay un notable suceso en su vida que no puede pasarse por alto, y que nos permite vislumbrar el camino que lo lleva a luchar, denodadamente, por la libertad, la justicia y la igualdad, siguiendo el ejemplo que su propio padre le mostró. Andrés Quintana Roo, en octubre de 1810, al contar con tan solo 23 años, fue hecho prisionero por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en la Nueva España y encerrado en sus cárceles durante casi cuatro meses (más de cuarenta días en las celdas y otras semanas en el coro de la capilla), acusándolo de poseer papeles del *traidor caudillo de la insurrección* Ignacio Allende. Finalmente logra salir de prisión el 28 de febrero de 1811 y de inmediato abandona la ciudad de México, ocultándose en los campamentos que los insurgentes tenían en los límites entre los actuales Estado de México y Michoacán, para después trasladarse, hacia 1813, al actual Estado de Guerrero.

Durante su estadía en prisión, Quintana Roo solicitó un *curador* para defenderlo de tal acusación, pero al

negársele tal protección, él mismo debió llevar su causa y librar una sentencia de muerte. Si bien es cierto que el personaje central del caso es Andrés Quintana Roo, quien adquiere un papel relevante en esta causa no es él, como pudiera creerse, sino su padre, José Matías Quintana del Campo y León⁷, quien se dedicó a defender a su hijo y difundir los que consideró los *reales* motivos por los cuales se le persiguió; Juan Matías Quintana fundó y dirigió durante los años 1813 y 1814 uno de los primeros periódicos que se publicaron en Yucatán, llamado *Clamores de la fidelidad americana contra la opresión o Fragmentos para la historia futura*, en cuyas páginas dio a conocer –dos años después de ocurridos– las penas que sufrió su vástagos por el abuso de las autoridades inquisitoriales y la reiterada violación de las reales cédulas y leyes que prohibían ejercer esas atribuciones exclusivas de un juez. Puede afirmarse que Matías Quintana sentó las bases para crear una conciencia social amplia que en uno de sus contextos implicaba el desarrollo de las condiciones de una sociedad dinámica que aceptara el principio de la defensa judicial en una época francamente dominada por el autoritarismo y la violencia supuestamente jurídica institucionalizada. No sería motivo de este comentario la descripción de las materias que integran *Clamores*,

⁷ Escritor y político mexicano, nacido en Mérida en 1767 (fallece en la Ciudad de México en 1841). Descendientes de colonos canarios establecidos en Yucatán; casado con María Ana Roo, tuvo ocho hijos, siendo el segundo de ellos, Andrés. En su juventud, se dedicó al comercio, que abandonó para dedicarse a la literatura. Fundó y dirigió durante los años 1813 y 1814 un periódico que fue de los primeros que se publicaron en Yucatán, llamado *Clamores de la fidelidad americana*. Por asuntos políticos, fue encerrado en un calabozo y enviado después a la fortaleza de San Juan de Ulúa. Posteriormente fue elegido diputado al Congreso de Estado y al Congreso General de la Nación. Además de sus trabajos políticos, publicó una obra mística, titulada *Meditaciones*, y el opúsculo *El jacobinismo en México*.

aunque son sensiblemente sociales: acto de gobierno, centralismo y federalismo, representación, libertades básicas y ampliadas, forma de gobierno y división de poderes, y quizá uno de los más sugestivos el de la igualdad ante la ley: *el propósito central de obtener que las Cortes Españolas legislaran en sentido de conceder ciudadanía a los indígenas de América, esto es igualdad ante la ley y les librara de pagar obvenciones y tributos eclesiásticos.* Sin embargo, el sentido mayor de los 26 números de *Clamores*, es el concepto de la independencia de México frente a España, una independencia real y directa, incluso adelantada al modelo ensayado de una regencia española con representación nacional. Grave y mayor es la aportación de Matías Quintana, cuando se habla de los antecedentes jurídicos y sociales de esa época. Lo anterior confluye en una influencia para la formación, del sistema constitucional en Yucatán y desde luego el territorio campechano del cual formaba parte, así como sus relaciones señeras y su vinculación con lo que luego sería los Estados Unidos Mexicanos diseñados en la Constitución de 1824.

De manera más que clara, Matías Quintana presenta en sus artículos periodísticos las violaciones cometidas por los inquisidores, en particular el Presidente de esa institución, Bernardo Prado y Obejero⁸, así como por Miguel Bataller, Integrante de la Real Audiencia de México. Dentro de esta misma publicación periódica,

⁸ Bernardo Prado y Obejero fue el Inquisidor Mayor que, a los pocos días de darse a conocer la proclama del 2 de octubre de 1809, emitida por José Bonaparte a todo el reino y sus colonias de ultramar, anunciando su llegada al trono español, emitió un edicto condenando tal proclama. Archivo General de la Nación, Instituciones Coloniales, Gobierno Virreinal, Impresos Oficiales (056), Contenedor 13, Volumen 30, Expediente 12, fojas 50-52 (1810). Bando que transcribe el edicto del Santo Oficio condenando la proclama hecha por José Bonaparte el 2 de octubre de 1809 en Madrid.

Matías Quintana relata un problema que padeció a fines del siglo XVIII, vinculado con el problema de aduanas en Campeche, que le hizo llevar el caso a la Junta Superior de Hacienda de México, la cual falló a su favor en 1802, pero que todavía para 1810 no estaba totalmente resuelto; aunque se resolvió de manera favorable a él, tres años después, el Jefe Superior Político de la Nueva España, Félix María Calleja del Rey, y el Capitán General de la Península de Yucatán, Manuel Artazo, revocaron la sentencia y ordenaron que hiciera la devolución de las cantidades que había recibido de la Hacienda de México en 1810.

Todas estas arbitrariedades, como él las consideraba, hicieron que publicara los *Clamores de la fidelidad americana contra la opresión*⁹, como la única manera en que el público conociera de los abusos e intolerancia de las autoridades virreinales, ya fuera de aquellas que habían servido bajo el Antiguo Régimen o las que ahora estaban al servicio de la Constitución gaditana de 1812, pues ninguna de las dos respetaban las cédulas reales y leyes constitucionales que salvaguardaban sus garantías individuales (o sus derechos) como súbdito de la Corona o ciudadano de la Nación española. Los dos problemas que presenta Matías Quintana son muy interesantes, pues suceden durante la transición entre las ancestrales ordenanzas reales y las nuevas disposiciones constitucionales emanadas de las discusiones y aprobación de los representantes ante las Cortes en 1810-1812, y la difusión misma de ambas situaciones por parte de Quintana se debió a la libertad de imprenta que concedió el artículo 371 la *Constitución de 1812*, pese a que una de ellas había acontecido un

⁹ Cuyo primer número sale a la luz el día lunes 15 de noviembre de 1813.

par de años atrás, y la otra tenía sus orígenes a fines del siglo pasado y aún seguía abierta, pese a haber sido resuelta por la autoridad competente.

Cualquiera que haya sido el régimen bajo el cual se veían violentadas sus garantías o derechos, Matías Quintana encontró, a través de su publicación periódica *Clamores*, el único medio por el cual mostrar a la sociedad de la Península de Yucatán de las violaciones de la cual eran objeto no solo los miembros de la familia Quintana (él en Mérida y su hijo en la ciudad de México), sino que cualquier habitante novohispano podía padecer una persecución política por venganza de las autoridades, ya fuera de un Jefe Superior Político, del Capitán General de la Península, de un integrante de la Real Audiencia, o lo que resultaba más inverosímil, de un inquisidor, de un miembro del Santo Oficio quien, en una absoluta invasión de competencias y abuso de autoridad, ejercía funciones reservadas en exclusiva al virrey y al ejército.

Una simple revisión a este caso denota la violación de las garantías o derechos de un súbdito o ciudadano por parte de las autoridades; y es justamente este hecho el cual debemos destacar, pues por acciones como esta fue necesario crear un instrumento jurídico que protegiera al indefenso contra las arbitrariedades del gobierno, y justamente en esta misma región del país, cuando muchos años después, seis lustros después para ser exactos, Manuel Crescencio Rejón y Alcalá presenta en la *Constitución de Yucatán* el antecedente del *juicio de amparo* que más tarde se adoptará en la *Constitución de 1857*, aunque la ley reglamentaria se expidió doce años después, en enero de 1869 por parte del presidente Benito Juárez¹⁰.

¹⁰ González Oropeza, M.: *Los amparos...* cit.; y López Saucedo, P. A.: *Avatares...* cit.

I. Matías Quintana y los *Clamores de la fidelidad americana contra la opresión*

Como ya se ha indicado, en esta publicación de Matías Quintana titulada *Clamores de la fidelidad americana contra la opresión o Fragmentos para la historia futura* (publicada entre noviembre de 1813 y mayo de 1814)¹¹ se da cuenta de dos asuntos relevantes para lo que nos interesa: el *Manifiesto*, publicado en octubre de 1813, en donde detalla los abusos que se quieren cometer contra él, pese a que ya habían fallado las autoridades competentes (en este caso hacendarias) en su favor; y el caso de su hijo, Andrés Eligio, acusado de poseer papeles del *traidor caudillo de la insurrección* Ignacio Allende. Matías Quintana, fervoroso partidario de la recién promulgada constitución gaditana¹², hace uso de la garantía que le proporcionaba el artículo 371 de la

¹¹ *Clamores de la fidelidad...* cit., pp. 25-112, con edición facsimilar (Serie Facsimiles). En el prólogo, Ruiz Castañeda señala que la colección completa consta de 26 números de cuatro páginas cada uno, más el prospecto y un suplemento que corresponde al fascículo del 27 de diciembre de 1813; ella misma señala que la interrupción de esta publicación coincide con las noticias del rumor del golpe asentado por Fernando VII a la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812. A los pocos meses, es suprimida la libertad de imprenta, confiscada la imprenta y enviados a la prisión de San Juan de Ulúa el impresor José Francisco Bates, Lorenzo de Zavala y Matías Quintana, lugar en donde permanecen hasta 1817.

¹² En 1802, en Yucatán se forma un grupo denominado *Sanjuanistas*, fundado por Pablo Moreno (filósofo yucateco) y el capellán José María Velázquez; ellos abogaban por la supresión del servilismo indígena, las obvenciones parroquiales y a los privilegios a la Corona Española. En cuanto conoce estos postulados, Matías Quintana y Lorenzo de Zavala se suman al proyecto, y están atentos a todas las noticias que llegaban sobre la situación en la Península, y mayor interés adquirieron cuando tuvieron las primicias de las actividades de los representantes novohispanos ante las Cortes de 1810, así como de la aprobación de la *Constitución Política de la Monarquía Española* de 1812. Como uno de los artículos constitucionales aseguraba la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, Quintana hizo uso de esa garantía para publicar en *Clamores* los atropellos de las autoridades virreinales en contra de su familia.

citada Constitución¹³ para publicar las arbitrariedades de las cuales tanto él como su hijo estaban siendo objeto por parte de ciertas altas autoridades, y más aun, como ya se ha señalado, de los excesos y usurpación de funciones que el Santo Oficio ejercía contra Quintana Roo. Eso debe tenerse muy en cuenta, que los hechos publicados en *Clamores* entre 1813 y 1814 sucedieron algunos años atrás, como la prisión que padeció su hijo entre octubre de 1810 y febrero de 1811, pero que a él aún lo persiguen y lo llevaran, meses más tarde, a prisión en San Juan de Ulúa. Es por ello que aún es mayor el valor que debe concederse a Matías Quintana, al combatir las dos arbitrariedades que padece, y de las cuales se defiende de manera impecable, haciendo uso de las propias leyes vigentes, como lo harían más tarde quienes, blandiendo el juicio de amparo, obtengan la protección contra el arbitrario; es por ello que le concedemos en este momento mayor valor a él sobre su hijo Andrés Eligio, el cual tendrá, cuando se sume a la causa insurgente a partir del Congreso de Chilpancingo o Anáhuac, un papel determinante en la lucha jurídica por la independencia. Matías Quintana es comerciante, primer síndico constitucional y miembro suplente de la Junta Provincial de Censura o Junta Censoria en septiembre de 1813, periodista, insurgente, reo y, tras la consumación de la Independencia, es elegido diputado al Congreso de Estado y al Congreso General de la Nación; él sentó precedentes en la Península de Yucatán de que la búsqueda de la justicia y el combate contra los absurdos abusos de las autoridades civiles y religiosas, los que

¹³ Constitución política... cit., p. 185. Artículo 371: *Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revision ó aprobacion alguna anterior á la publicacion, baxo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes.*

quizá, años más tarde, fueron las razones por las cuales Manuel Crescencio Rejón propuso el juicio de amparo, precisamente en la península de Yucatán.

II. Recursos contra la opresión

En estricta atención al aspecto cronológico, primero se revisará el caso del propio Matías Quintana, y después el caso de su hijo, Andrés Eligio Quintana Roo.

1. El Manifiesto de Matías Quintana

Como se trata de un caso referido por su propio protagonista en esta publicación¹⁴ –cuya afición por el periodismo es manifiesto al demostrar la habilidad de relatar con precisión los detalles y señalar varias aristas del problema, desde sus orígenes hasta el momento en que publica en Mérida las últimas noticias–, también se proporcionan los nombres de los involucrados así como de los diversos escritos enviados y recibidos con la finalidad de resolver su queja y los ataques recibidos por la autoridades virreinales¹⁵. Es también destacable el conocimiento que posee Matías Quintana de las leyes en materia hacendaria y de los artículos constitucionales de 1812 que con la mayor soltura esgrime para no sólo defenderse sino enfrentar a Félix María Calleja del Rey, Capitán General de la Provincia de México¹⁶, y a Manuel

¹⁴ *Manifiesto*, 6 págs., en *Clamores..., op. cit.*, p. 15-20.

¹⁵ Es asimismo importante señalar que el propio Matías Quintana señala en este escrito que representa *al comercio de Campeche*, a los yucatecos y tabasqueños *que me honraron con su poder* para representarlo en el acuerdo que emitió la Junta Superior de Real Hacienda del 23 de febrero de 1810. *Manifiesto*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶ *Ibidem*, p. 3, en donde anota, de manera categórica, *me vi obligado a presentar un escrito en el que no le doy más tratamiento al dicho Señor Calleja, que el que le corresponde como mariscal de campo, ni lo llamo virrey porque en la Constitución y leyes que han dimanado del nuevo orden de cosas, no he encontrado esta dicción, sino la de capitanes generales de las provincias,*

Artazo, Capitán General de la Península de Yucatán, a quienes califica de *infractores*, de hombres que *insultan descaradamente la Constitución, y las leyes pisándolas y quebrantándolas, más escandalosa, y criminalmente que los rebeldes Morelos, Toledo, y demás caudillos de la insurrección*¹⁷, pues como él aclara, mientras estos últimos no la juraron, aquéllos primeros sí lo hicieron, traicionando e infringiendo lo que prometieron acatar.

Comienza por recordar que el Real Decreto de 28 de febrero de 1789 concedió a los puertos menores de Ultramar *la absoluta libertad de derechos, tanto de los efectos de Europa, cuanto de los frutos y producciones de Indias*¹⁸, pero como no fue acatada tal disposición, el señor Miguel Duque de Estrada se quejó, motivando que se expidieran las reales órdenes de 19 de marzo y 19 de diciembre de 1796 en que se les apercibía a los empleados de las aduanas para que hicieran caso de esos mandatos reales; ante la renuencia de los empleados para dejar de cobrar los derechos de internación o primera venta que se hacía en el puerto de Campeche, fue necesario que se expidiera la Real Orden del 26 de septiembre de 1796, en donde se hacía un extrañamiento a la conducta de los ministros de Campeche y un *cargo por su contumacia*¹⁹. Estos argumentaron que no se trataba de un cobro por una primera venta, sino por la segunda que se hacía en los pueblos, de tal manera que así se cobraba para enriquecer la real hacienda y bajo estos falsos argumentos, el rey

en lugar de los que se llamaban virreinatos, hago esta advertencia para que se me disculpe si he errado en no llamarlo virrey porque he jurado obedecer a la soberanía de la nación, y esta ha mandado que se use el idioma de la constitución cuyo tenor es el siguiente...

¹⁷ *Ibidem*, p. 1. Adicionalmente los califica como déspotas, arbitrarios, tiranos y mandones, y más adelante en su escrito llama delincuente a Calleja.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

aceptó que se siguiera cobrando en el puerto. Por seis años continuó esta situación, hasta que la Junta Superior de Hacienda de México por el Acuerdo del 11 de enero de 1802 mandó que se liquidase y devolviesen los derechos mal cobrados: se aprobó este acuerdo por real orden que llegó aquí, y tuvo la misma suerte que las demás órdenes, sin servir para otra cosa, que para pasto de la polilla de la secretaría del Gobierno²⁰. Al conocer de esta disposición favorable a su demanda y de la nula aplicación que de ella se hacia, desde esta época empecé a pedir se cumpliesen las reales órdenes y el acuerdo de 11 de enero de 1802 mandado, se restituyese lo mal cobrado, y que cesase el cobro: conseguí lo segundo, sin lograr lo primero²¹; gastó ocho años, con sus respectivos emolumentos para abogados, procuradores y escribanos para conseguir que se le hiciera justicia y se decretara el 23 de febrero de 1810 el acuerdo que determinaba la devolución de los derechos solicitados por Matías Quintana desde enero de 1802. La orden señalaba que de acuerdo a lo resuelto por la Junta Superior de Real Hacienda sobre devolución de derechos cobrados de efectos introducidos por el puerto menor de Campeche que ha reclamado Don José Matías de Quintana vecino, y del comercio de la ciudad de Mérida de Yucatán²², se mandó entregarle al quejoso la cantidad de \$48,399.00 pesos más un real por lo que correspondía al comercio de Mérida²³, así como 7,414.00 pesos y tres reales por parte de los Señores Ministros de Campeche. Cuando Matías Quintana esperaba que se le pagase la

²⁰ *Ibídem.*, p. 2.

²¹ *Ídem.*

²² *Ídem.*

²³ *Ídem.* De este gran total, se aclaraba que solo se entregarian 10 mil pesos, a cuenta de los más de 48 mil pesos que se le debían entregar, por la falta de recursos de la Hacienda Pública.

totalidad del dinero adeudado por la Hacienda Pública, recibió una inesperada *orden arbitraria, y despótica, anti-constitucional, y despreciable, como contraria a las leyes y al artículo 243 de la Constitución*²⁴, que señalaba lo siguiente:

Habiendo desaprobado esta Junta Superior de Hacienda Pública que preside el 24 del corriente el pago de 7414 pesos 3 reales hecho a Don José Matías Quintana, vecino y del comercio de esa ciudad, hará Vuestra Señoría que dentro de segundo día, sin admitirle excusa, ni pretexto, por legítimo que parezca, devuelva dicha suma, y los anteriores diez mil pesos que se le entregaron bajo el equívocado concepto, de haberse mandado devolver a varios comerciantes los derechos de alcabala de primera venta de los efectos y frutos del país introducidos en esa provincia, que fue el título con que Quintana percibió los referidos diez mil pesos sin dictamen de asesor, y con oposición de los ministros de esas cajas, y de haber exhibido aquél ambas cantidades, y reintegrándose subsidiariamente en caso de cualquier defecto de Quintana por el juez que las mandó satisfacer sin motivo, ni autoridad, o sus fiadores de residencia, me dará Vuestra Señoría cuenta con recibo de los Ministros para la debida constancia en los autos respectivos. Dios guarde a Vuestra Señoría muchos años. México 31 de julio de 1813.- Calleja.- Señor Intendente de Yucatán²⁵.

Matías Quintana tacha de mentiroso a Calleja, por afirmar que los ministros se opusieron a la entrega de los 10 mil pesos, cuando estos solo cumplían con las tres

²⁴ *Ídem.*

²⁵ *Ídem.* Transcripción que hace Quintana de la orden firmada por Félix María Calleja. El escrito está firmado el 23 de octubre de 1813, en la ciudad de Mérida, Provincia de Yucatán.

reales órdenes y los dos acuerdos que fueron emitidos por la Junta Superior de Hacienda de México. Agrega que además de la notificación, le fue señalado que no debía hablar, *por lo que me vi obligado a presentar un escrito en el que no le doy más tratamiento al dicho Señor Calleja, que el que le corresponde como mariscal de campo, ni lo llamo virrey porque en la Constitución y leyes que han dimanado del nuevo orden de cosas, no he encontrado esta dicción²⁶*, el cual dice así:

SEÑOR JEFE SUPERIOR POLÍTICO

Don José Matías Quintana, síndico procurador primero de esta capital, con el decoro que debo hago presente a Vuestra Señoría: que el día de ayer se me hizo saber una providencia del Señor Capitán General de la Provincia de México, de 31 de julio de este año, en que se mandaba devolviese a la hacienda pública en el término de dos días 7414 pesos 3- r[eale]s que se me entregaron en virtud de tres reales órdenes, y dos sentencias conformes de la Junta Superior de Hacienda de México, pertenecientes al comercio de Campeche por quien represente: y diez mil pesos en cuenta de 48399 pesos 1- que tocaba al comercio de esta capital, por quien también represente: y no habiéndoseme admitido respuesta, ignorando cuál sea la facultad del Señor Capitán General de la Provincia de México, para ejercer sobre mis propiedades autoridad alguna, después de publicada la Constitución, y leyes de nueve de octubre del año pasado, 12 de abril, 23 de junio, y 3 de julio de este año; suplico a Vuestra Señoría se sirva tener en consideración todas estas razones para en su vista resolver²⁷.

²⁶ *Idem.*, p. 3.

²⁷ *Idem.*

Agrega que no puede dirigirse a él como jefe político de la península, porque no lo es; tampoco es Presidente de la Audiencia ni superintendente, pues por mandato de la Constitución de 1812 esos cargos desaparecieron, y él al no ser miembro de la Provincia de México, se pregunta *no siendo yo de la de México ¿por qué ley debo ser juzgado por el Señor Capitán General de la Provincia de México? Si Vuestra Señoría me [ilegible], protesto obedecer sumisamente como lo previene el artículo 7º de la Constitución que obliga a todo español a respetar las autoridades establecidas*²⁸. Y continúa señalando:

Por otra parte: aun cuando existiera el antiguo orden de cosas, no podía la Junta Superior de Hacienda de México mandar que devolviese lo que se me había restituído porque yo no recibí una cantidad dudosa, bajo de fianza, ni ninguna otra responsabilidad, sino una propiedad mía, mandada restituir por las reales órdenes de 19 de marzo, 26 de septiembre y 19 de diciembre de 1796, y dos conformes acuerdos de la junta superior en su virtud de 11 de enero de 1802 y 23 de febrero de 1810 ¿y quién ha dado facultad a la junta superior para deshacer sus mandatos, ni menos autorizado para desobedecer al rey? ¿No es ésta Señor Capitán General una arbitrariedad reprobada por el derecho? ¿qué sería de los juicios feneidos si hubiese autoridad que a su antojo pudiese abrirlos? Léase el artículo 243 de

²⁸ *Ídem. El Señor Capitán General de la Provincia de México, no es jefe político de esta península, sino Vuestra Señoría por el artículo 324 de la Constitución: no es presidente de la Audiencia, sino el regente por el artículo 11, capítulo 1º de la ley de 9 de octubre del año pasado; tampoco superintendente porque se abolió esta plaza por el decreto de 12 de abril de este año, creándose en su lugar la junta denominada dirección general de la Hacienda Pública... Cfr. artículo 7 en la Constitución política..., op. cit., p. 68.*

la Constitución, y allí se verá que ni las Cortes, ni el rey pueden mandar abrir los juicios feneidos²⁹.

Matías Quintana presenta este escrito para ser valuado por el licenciado Justo González, quien coincide con su contenido y el quebranto que se hace con el referido artículo 243 constitucional; es notorio el abuso de autoridad que hace Calleja contra Quintana, no solo exigiendo la devolución de la cantidad que le habían entregado las autoridades hacendarias por el cobro indebido en el puerto de Campeche, sino por el embargo que hicieron las autoridades de la Provincia, en la figura del Capitán General de Yucatán, Manuel Artazo, *sin respetar más ley, ni Constitución que la de complacer a su amigo, y compañero de armas el Señor Calleja³⁰,* procediendo a nombrar un guarda, que con su escribano, y todo aquél aparato de horror con que se nacen más temibles estos lances me mandó embargar, yo no hice más que hacer abandono de todos mis bienes amparándome del divino libro que protege los derechos de los españoles, y contra el cual combaten abiertamente los déspotas mandarines de este seno³¹.

La impotencia de Quintana es tal que solo acierta a mencionar: *Son demasiado públicos, y excesivamente escandalosos, los repetidos hechos con que los Señores Calleja, y Artazo, se han empeñado en anonadar, y hacer nula la Constitución que hemos jurado; y también muy notoria la firmeza, y constancia con que el primer síndico*

²⁹ *Manifiesto, op. cit.*, p. 3. En estas últimas líneas del párrafo puede advertirse la magnífica lógica que aplica Quintana a su caso, pues esgrime el citado artículo 243 de la constitución gaditana, en donde se precisa que ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer la función judicial, avocar causas pendientes ni mandar abrir juicios concluidos, como el suyo. *Constitución política..., op. cit.*, p. 146.

³⁰ *Manifiesto, op. cit.*, p. 4-5.

³¹ *Ídem.*

de la península, me he visto en la precisión de oponerme a sus caprichos: el primero pretendiendo hacer imposiciones sobre esta provincia, lo que ni el Rey puede hacer, sin el consentimiento de las Cortes³², pero no solo contra él, sino contra otros miembros de la sociedad peninsular, como lo señala en su Manifiesto:

[Calleja] atropellando el decoro de los ciudadanos, prendiendo a los síndicos procuradores de esta provincia con la mayor ignominia, hasta el extremo de haber tenido preso en esta cárcel pública en más de treinta y seis días, a todo el Ayuntamiento del pueblo de Espita, sin haber querido dar el auto motivado de prisión, contra el artículo 293 de la Constitución, y contra la undécima restricción del artículo 172 en que se previene que «No puede el rey privar a ningún individuo de su libertad::: y el juez que la exente será responsable a la nación, y castigado como reo de atentado contra la libertad individual» como muy por menor consta de la certificación siguiente³³.

Lo cual solo abona un caso más a la causa referida por Quintana de los constantes abusos de Calleja y Artazo contra la población, la usurpación de funciones judiciales y hacendarias y la violación a las leyes constitucionales vigentes, sino también la transgresión a la voluntad y soberanía popular, al encarcelar a los síndicos procuradores que fueron electos por los ciudadanos yucatecos en acatamiento a las leyes. No es gratuito que Quintana lamente esta situación y agregue:

¿Pero cuándo acabaría de referirse las infracciones repetidas de la Constitución, con que estos Señores

³² *Ibidem.*, p. 5.

³³ *Idem*. Esta información es certificada por el Sargento retirado de la 5^a Compañía del Batallón de Milicias disciplinadas de Mérida, y actual alcalde de la cárcel pública de la misma ciudad, Luis Alvarado.

*encargados especialmente de velar sobre su cumplimiento, han dado funestos ejemplos de desobediencia a esta ley fundamental? Si los magistrados, decía un célebre político, son los primeros en quebrantar las leyes, en vano se espera su cumplimiento de los simples ciudadanos. Y bien: si el origen de los desórdenes, de la desorganización de un gobierno es la inobservancia de sus leyes; si en vez de manifestar los principales jefes de América respeto y veneración a las sagradas órdenes de la soberanía han hecho, por decirlo así, un estudio particular en despreciarlas: si al tiempo mismo que con leyes filosóficas procuran los representantes del pueblo español unir los espíritus que han padecido sus extravíos por la commoción general, los delegados del poder ejecutivo de esta gran porción de la monarquía, dan repetidas pruebas de aversión a estas mismas leyes; y si en fin cuando la sana filosofía que ha ocupado el trono español en el siglo 19 declara los imprescriptibles derechos del hombre obscurécidos por el fatal sistema anterior, y quiere reintegrarle de ellos; dos o tres empleados se muestran enteramente decididos en mantener las mismas cadenas; ¿cómo es posible dejar de confesar que estos ingratos a la nación de quien han recibido honores y sueldos, son la causa de nuestras amarguras?*³⁴

Trae a la mente algunos otros casos en donde los honorables ciudadanos han padecido las arbitrariedades de otros malos representantes de la autoridad³⁵; y no

³⁴ *Ídem.* Resaltado nuestro.

³⁵ *Ídem.* Al respecto anota lo siguiente: ¡Ah! Acordándome de los mismos males que padecieron por la arbitrariedad de otros mandarines, otros desgraciados como yo: no puedo menos que exclamar atribulado. ¡Honorable corregidor de Quiebrétaro, preso por vuestras virtudes, benemérito Castillejos indemnizado en Cádiz, y declarado sabio y fiel Americano, y después sumido en la cárcel

puede dejar de señalar el amargo trago que por estas mismas arbitrariedades de la autoridad padeció su propio hijo, Andrés Eligio Quintana Roo, en los últimos meses de 1810, como se verá a continuación.

2. El caso de Andrés Quintana Roo³⁶

La primera mención de los hechos ocurridos en contra de Andrés Eligio aparece en *Clamores*, tomo 1, número 5, lunes 13 de diciembre de 1813 y después continúa en el número 20, del lunes 23 de marzo de 1814.

La Inquisición lo lleva a sus cárceles en 1810 (29 de octubre), pues creen que poseía papeles de Ignacio Allende, *el traidor caudillo de la insurrección*, los cuales le fueron encargados por José Yépez (de oficio sastre), quien vivía en la misma casa que Quintana Roo; el Santo Oficio consideraba a Quintana Roo secretario de Yépez. Se catea su casa y señala Quintana Roo: *Hasta ahora no se me ha tomado confesión; dicen que será hasta el lunes, y yo no sé si reclamar en ella, entre otras ilegalidades, la de no haberse nombrado curador como debió hacerse desde el principio, o dejarlo todo para la declaración*³⁷.

Matías Quintana asegura que el Presidente de la Inquisición, Bernardo Prado y Obejero, es un tirano por acusar a su dócil y virtuoso hijo, y señala:

Este Prado bárbaro, orgulloso y criminal se abroga unas atribuciones que le están prohibidas expresamente

de Puebla, nobilísimo Marques de San Juan de Rallas castigado como ladrón, sin haberse averiguado vuestro delito, ilustre senador Villa Urrutia desterrado como delincuente, sólo porque perfumabais con el olor de vuestras virtudes, de vuestros talentos y de vuestra ilustración, en el jardín Americano!

³⁶ Por razones de espacio no se incluyó la paleografía del documento que da cuenta del caso de Andrés Quintana Roo, pero puede revisarse su versión facsimilar en la edición ya citada de *Clamores de la fidelidad americana contra la opresión*.

³⁷ *Clamores*, no. 6, 20 de diciembre de 1813, p. 21.

por la real cédula de 5 de febrero de 1770 y la ley 38 título 7º libro 1º de la recopilación de Castilla que limitaba a los inquisidores al conocimiento único de las causas de Apostasía y Herejía, y mi católico hijo no había sido acusado como apóstata, ni como hereje; previniéndose en la ley 18 título 1º libro 4º artículo 5º del Código Cismarino que en las causas de conmociones populares no pudiese conocer ni aun cuando los reos fuesen de sus familiares, nunca pudo, ni debió el entrometido usurpador Prado ostentarse juez intruso de una causa cuya lealtad le negaba señaladamente la respetable autoridad de la ley³⁸.

Quintana refiere que Prado reconvino a su hijo para que entregara:

...unos papeles que el delator infame que osó poner su indigna boca sobre su opinión afirmó que su posadero D. José Yépez en cuya casa vivía se los había dado a custodiar por que [sic] con moderación le negó el cargo y le hizo presente el asombro que le causaba el arrojo con que pretendía conocer de una causa que no le tocaba, tanto por que la ley le des-autorizaba cuanto por que [sic] su casero Yépez por quien se le hacía cargo de esta quimera estaba procesado y juzgándosele en el tribunal seguridad en donde lo tenían preso: este Prado estúpido...

Asegura que Prado hizo que a su hijo se le mandara atar de pies y manos, y cercándolo de tropa armada, lo hizo atravesar las calles de México como facineroso el que poco antes había sido abochornado y encarnecido como reo de religión³⁹. La furia de los inquisidores es tal, como lo afirma Quintana, que:

³⁸ Clamores, no. 22. 11 de abril de 1814, p. 93.

³⁹ Ibídem, p. 94.

...sedientos de la sangre americana las fieras de la cueva tigres toman empeño en sacar de su inocencia un delito de muerte; se le vuelve a negar el legal derecho de un curador que protegiese su minoridad; se le hacen preguntas capciosas y sugestivas; se le apremia con palabras amenazadoras y degradantes para que se sometiese al capricho de sus opresores; se le impide el que fundase sus descargos; se le limita a que redujese sus respuestas a solo sí, o no; y se le obliga con los más viles abatimientos a que confesase un crimen que no había cometido, y que solo existía en las infames almas de sus feroces jueces... ¡¡Bataller, Ribero furias destacadas del Averno para desolar a Nueva España...⁴⁰

Quintana señala que Bataller se empeñó en decapitar a su hijo, *cometiendo nulidad sobre nulidad, violencia sobre violencia, e injusticia sobre injusticia*⁴¹. Se esperaba la sentencia de muerte, pero en la mañana del 3 de diciembre de 1810, pronunció Andrés Quintana Roo un discurso, luego de 35 días de prisión, argumentando entre otras cosas, que cómo se podía confiar en un muchacho papeles de tanta gravedad como los que dicen que Yépez guardaba de Allende, y no deja pasar el reclamo de haber sido enviado a una estrecha y oscura celda en donde permaneció 17 días, para luego, por orden del alcalde, ser enviado al coro de la capilla, en donde aún permanece. También refiere el maltrato que se le dio al atárselle de pies y manos, y del abuso que hacen los ministros inferiores *abusando de la confianza que la justicia deposita en ellos y desacreditando a la misma justicia que ni siquiera sabe los excesos que cometen bajo la salvaguardia de su nombre*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Clamores*, no. 23, 18 de abril de 1814, p. 97.

*respetable y casi divino en cuanto es una emanación de la soberana justicia que está en los Cielos*⁴². Sale de prisión el 28 de febrero de 1811 y de inmediato sale de la ciudad de México⁴³, no sin advertir que su hijo:

*logró al fin a fuerza de sufrimientos de angustias, peligros y los más imperdonables trabajos salir libre de su prisión y de sus opresores el día 28 de febrero de 1811, sin haber merecido de sus inicuos jueces, ni que se dignasen publicar su inocencia, para desagravio de su conducta ofendida, ni mucho menos que castigasen a sus acusadores, ni siquiera haciéndoles pagar las crecidas costas de las falsas deposiciones con que lo procesaron sus perversos detractores, que tuvo que lastrar este joven y quien no dieron libertad hasta que no le hicieron pagar el último maravedí*⁴⁴.

Quintana advierte que al salir de prisión su hijo, su alma quedó afligida por separarse de una joven dueña de su corazón, por lo que debió permanecer cerca de la capital esperando tener noticias de su amada⁴⁵.

En el número 26 de *Clamores*, del 9 de mayo de 1814⁴⁶, se habla de que el Gobierno de México interceptan un correo en donde *venía un billete sobre cartado a la Sra. D. María Soledad Leona Vicario*, a quien se interroga sobre quién se lo envía, enviándola al colegio de niñas de Belén⁴⁷; de ahí es rescatada por su amado o por amigos

⁴² *Ibidem*, p. 100.

⁴³ *Clamores*, no. 24, 25 de abril de 1814, p. 101.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Se refiere a la sobrina de don Agustín Pomposo Fernández de San Salvador, doña María de la Soledad Leona Camila Vicario Fernández de San Salvador, mejor conocida como Leona Vicario.

⁴⁶ *Clamores*, no. 26, 9 de mayo de 1814, p. 109.

⁴⁷ *Idem. El gobierno de México hace comparecer en el tribunal a la señorita: le toma juramento de decir verdad sobre el contenido del billete: le interroga sobre quienes [sic] eran los varios que se saludaban: la joven satisface a todas las preguntas, hasta que llegando a uno sobre que lo obligaban a que declarase*

de él, quienes van a sacar a la fuerza a la víctima que la misma fuerza tenía reprimida; y acometiendo una noche al colegio de Belén unos hombres armados dice; que abusando con una pistola al pecho del portero: y otro, otra a la rectora o directora de la casa diciéndoles, que si hablaba le disparaban cinco balas que tenía cada una pidiéndoles entregarse a la señorita presa...⁴⁸

Al término de su publicación, Matías Quintana señala:

Esta es en breve Yucatecos queridísimos[,] la historia de mi hijo y de vuestro compatriota. Yo desafío a mis enemigos y los suyos para que contradigan los hechos, no cubiertos con el velo infame de la alevosía, sino cara a cara como decorosamente lo hace el hombre de honor, que no teme hablar cuando su lengua no excede de los términos de moderación y de la verdad. Mis más allegados amigos, sus consanguíneos y hasta sus queridos condiscípulos me han censurado el que lo haya alabado en el tierno amor que me ha tenido su docilidad, su aplicación y aquel conjunto de virtudes filiales que el escritor sagrado dice forma el carácter de los buenos hijos; y si mi hijo Andrés con respeto a mí no es de los que han llegado a este grado eminente yo confieso sinceramente que ya no se cuales son los hijos que propiamente deban llamarse benditos. He satisfecho á esa objeción diciendo: que a

quién era, contesto varonilmente a sus inicuos jueces diciendo: Señores este sujeto por quien Ustedes me preguntan no lo descubro; ésta en esta ciudad y Ustedes van a acabar con el si digo quién es: vale más que Ustedes acaben conmigo que no el que perezca este hombre por mi declaración. Aquellos jueces que debían edificarse con la fortaleza de esta, heroína, se enfurecieron y embravecieron compeliéndola a que declarase quién era el salvadado; y negándose valerosamente a descubrir la víctima que pretendían sacrificar, se capturó su persona en el colegio de niñas de Belén, y fue presa como infiel la misma fidelidad.

⁴⁸ Ibídem, p. 110.

la manera que la ley natural manda al hijo que honre al padre; esta misma ley inmutable impone al padre la obligación de honrar al hijo bueno⁴⁹.

Y más adelante agrega:

Suplico que cuando se lean mis escritos no les den mas crédito que aquel que influyan los documentos en que los apoyo; pidiendo a todos que limiten sus juicios a los hechos públicos de que me lamento y de ninguna manera a los derivados de que no he hablado: esperando que en la inteligencia de mis papeles se distinga siempre al hombre de su delito: que se me dispensen ciertas expresiones acaloradas que la fuerza del sentimiento me han hecho vertir, y que cuando haya injuriado con ellas alguna autoridad o persona fuera de los límites que permite la verdad, la decencia pública y la santidad de la ley, quiero y es mi voluntad que se borren de mis escritos y que se me tenga por retractado de ellas; pues mi único y solo fin ha sido presentar a los ojos de la soberanía nacional los graves males que aniquilan a nuestra agitada patria para que de Su Majestad dimanen los remedios que deben curarlos⁵⁰.

Por último, Matías Quintana acusa que sus detractores se han acogido al fuero eclesiástico, temerosos de que la ley del talión castigue sus detacciones⁵¹, pues aunque él ha exigido que sean comprobadas todas las imputaciones que le han hecho, pues los ha invitado a que probasen sus acusaciones en el tribunal competente y todos han fugado cobardemente a la vista de la ley! Pantiga, Hurtado, Villegas, Pacheco, García, Manzanilla, Bersunza, Andrade y todos los acusadores del día 16 de marzo de

⁴⁹ *Ídem.*

⁵⁰ *Ídem.*

⁵¹ *Ibidem*, p. 111.

*1813, es verdad que tuvisteis el arrojo de manchar mi honor, fingiendo poderes de vuestros comitentes que nunca obtuvisteis!*⁵²

Asegura que no busca agraviarlos ni vengarse de tales acciones calumniadoras, sino que:

*...solo pretendo que nuestros venideros hagan justicia entre mi y ellos: apelo por último al juicio del día terrible en que no pido misericordia de los crímenes de que me han calumniado, siempre que sale el juez inexorable y ante todos los seres comparezca reo de los delitos de que me han acusado: así como los perdono y pidió a Dios que les perdone las lágrimas que me han hecho derramar; los suspiros que me han hecho exhalar y las amarguras congojas que a mí y a toda mi afligida familia nos han hecho pasar*⁵³.

En estos últimos párrafos podemos notar, de manera muy clara, que el objetivo de Matías Quintana es el cumplimiento de la justicia, que le sean comprobadas las acusaciones que se han vertido en su persona y demostrar los males que aquejan a la patria y a la soberanía nacional. Indudablemente que en estas palabras ya no se refiere Quintana a la Nueva España, sino a la nación mexicana

⁵² *Ídem.* Además agrega: *Pero también los mismos partidos altamente indignados del abuso criminal que hicisteis de su confianza, escogieron para electores sujetos mas dignos que vosotros, y por su expresa voluntad me eligieron en la junta electoral de provincia su primer suplente de la diputación provincial desagraviándome con la plenitud del sus sufragios sin faltarme siquiera un voto.* En este párrafo podemos notar que también hace una manifiesta crítica al abuso criminal del poder que han hecho sus acusadores, es por ello que durante la conformación de los integrantes de la Junta Electoral de Provincia, él obtuvo todos los votos, sin errar uno solo, como una muestra del desacuerdo que los electores muestran hacia el despotismo y atropello de las autoridades en ese momento. Lamentablemente, hacia fines de 1814 es enviado a prisión, pero antes es removido de su cargo de primer síndico constitucional y miembro suplente de la Junta Provincial de Censura.

⁵³ *Ídem.*

que está por nacer y que debe desechar estas viejas prácticas que en nada ayudan a que los ciudadanos confien en las instituciones y en las leyes.

III. *Manifiesto de Matías Quintana*

MANIFIESTO

De las notorias infracciones, con que los Sres. Capitanes Generales de las Provincias de Nueva España y Península de Yucatán Don Félix María Calleja y Don Manuel Artazo, insultan descaradamente la Constitución, y las leyes pisándolas y quebrantándolas, más escandalosa, y criminalmente que los rebeldes Morelos, Toledo, y demás caudillos de la insurrección, con inserción de los documentos que lo califican; para que vistos los hechos, decida el español imparcial, si esta parte de la América septentrional, tiene razón para resentirse de los golpes despóticos, y arbitrarios, con que la tiranizan sus principales mandones.

Para que mis lectores no presuman que un espíritu exaltado, me hace verter expresiones inexactas, haré una sola reflexión para tranquilizarlos. Es verdad innegable, que más obliga la observancia de la ley al que la recibió y juró obedecer, que al que no la adopto, ni juró cumplir: [«]los primeros deben ser reputados como refractarios, traidores, y dignos del último suplicio, según el decreto de 17 de marzo del año pasado: y los segundos como indignos del nombre español, privados de todos los honores, distinciones, prerrogativas, empleo, y sueldos, y expelidos del territorio de las Españas en término de veinte y cuatro horas» según se manda en el decreto de 17 de agosto del año pasado: los insurgentes no han jurado la Constitución, tal vez por la osadía con que la ven infringir los Señores Calleja y Artazo, la juraron, luego

entre unos y otros delincuentes, son más criminales estos que aquellos: apelo al juicio imparcial, y procedo a exponer los hechos que califican esta verdad.

Por el Real Decreto de 28 de febrero de 1789 se concedió a los puertos menores de ultramar, «la absoluta libertad de derechos, tanto de los efectos de Europa, cuanto de los frutos y producciones de Indias». No obedeciendo este decreto, se expedieron por queja de Don Miguel Duque de Estrada, las reales órdenes de 19 de marzo, y 19 de diciembre de 1796 en que se les apercibía a los renuentes sobre el celo mal entendido de los empleados en las Aduanas en perjuicio de la prosperidad del comercio: aun no bastó esta combinatoria para que no solo, no devolviesen lo mal cobrado, pero ni a un para dejar de seguir cobrando: en cuya virtud habiendo visto el rey por los estados del año de 1795 que todavía se continuaban exigiendo en Campeche, los derechos de internación, o primera venta, expidió de oficio la Real Orden de 26 de septiembre de 1796 extrañando la conducta de los ministros de Campeche, y mandando se le hiciese cargo por su contumacia: al cual satisficieron el 15 de febrero de 1798 diciendo: que la cobranza que constaba del estado, no era de la primera venia, sino de la segunda que se hacía en los pueblos: esta fue una falsedad con que se engañó al rey, porque el que compra en Campeche, para introducir en los pueblos, no podía hacer más que una venta; y como primera, ya fuese de efectos de Europa, ó de frutos y producciones de Indias, no debía pagar ningún derecho. Pero la moral de aquel tiempo era de que el rey como señor de vidas y haciendas bien podía quitar a cualquiera lícitamente sus propiedades, como adquiridas en sus dominios: por cuyo principio sus

ministros con la más sana conciencia despejaban á la fuerza á los súbditos, para enriquecer la real hacienda. Siguió el cobro como si no hubiesen sido dispensados, hasta que la Junta Superior de Hacienda de México, en su acuerdo de 11 de enero de 1802 mandó que se liquidase y devolviesen los derechos mal cobrados: se aprobó este acuerdo por real orden que llegó aquí, y tuvo la misma suerte que las demás órdenes, sin servir para otra cosa, que para pasto de la polilla de la secretaría del Gobierno.

Desde esta época empecé a pedir se cumpliesen las reales órdenes y el acuerdo de 11 de enero de 1802 mandado, se restituyese lo mal cobrado, y que cesase el cobro: conseguí lo segundo, sin lograr lo primero: gasté ocho años en sólo pedir cesase el cobro, y se devolviese lo mal cobrado: y después de haber gastado ocho mil novecientos nueve pesos seis reales, que consta en documentos que existen en mi poder, en abogados, procuradores, y escribanos fuera de aquellas crecidas cantidades que no pueden aparecer de papeles, con las que los infelices litigantes compraban su justicia. Después de ocho años de atrasos y perjuicios en mi persona y bienes, porque yo sólo trabajé los recursos como negocio que tocaba al comercio de mi carrera: sufri en estos ocho años de amargura, y lid judicial, lo que no puedo explicar, y cuya recompensa sólo puede igualar a la gratitud pública con que muy a satisfacción mía me hallo colmado. Por último en 23 de febrero de 1810 se declaró el triunfo de la justicia de los Yucatecos y Tabasqueños que me honraron con su poder con el acuerdo siguiente «Junta Superior de Real Hacienda, 23 de febrero de 1810. Vistos: y supuestos que la devolución de derechos que pide la parte de Don Matías Quintana está resuelta en el acuerdo de 11 de

enero de 1802 procédase a ella como conviene el Señor Fiscal de Real Hacienda en su anterior respuesta de diez y nueve del corriente, entendiéndose que aunque se suspenda el pago íntegro se una vez por falta de caudales en las tesorerías, lo que falte se haga en otra, librándose al efecto la orden oportuna al Señor Intendente de Mérida y demás que corresponda, con testimonio de esta superior providencia, y conducente de ella, previa toma de razón en la contaduría mayor de cuentas. Así lo acordaron y firmaron. Catani.- Borbón.- Monterde.- Bachiller.- Monter.- Félix de Sandoval». En su virtud se expedieron las órdenes siguientes «El adjunto testimonio en lo conducente de lo resuelto por la Junta Superior de Real Hacienda sobre devolución de derechos cobrados de efectos introducidos por el puerto menor de Campeche que ha reclamado Don José Matías de Quintana vecino, y del comercio de la ciudad de Mérida de Yucatán, lo acompañó a Vuestra Señoría para los fines que previene el acuerdo de 23 de febrero inmediato. Dios guarde a Vuestra Señoría muchos años. México 23 de febrero de 1810. Señor Intendente de Vera-Cruz Id. de Yucatán.- Señor Gobernador de Tabasco. Señor Teniente de rey de Campeche.» En virtud de este acuerdo se me mandaron entregar siete mil cuatrocientos catorce pesos y medio reales que expusieron debían restituirse los Señores Ministros de Campeche, sin oposición, no contradicción alguna, y diez mil pesos en cuenta de 48399 pesos 1- [sic] reales que tocaban al comercio de esta capital de sólo efectos del país, sin los de Europa, también sin oposición, ni contradicción de esto Señores Ministros principales de la Hacienda Pública; y cuando esperaba se me pagasen los 38399 pesos 1- reales que se me restaban de sólo los efectos

de Europa que por un escrúpulo demasiado, sobre que si de Campeche aquí podía haber más de una venta, me encuentre de repente con la intempestiva orden siguiente, orden arbitraria, y despótica, anti-constitucional, y despreciable, como contraria a las leyes y al artículo 243 de la Constitución dice así:

«Habiendo desaprobado esta Junta Superior de Hacienda Pública que preside el 24 del corriente el pago de 7414 pesos 3 reales hecho a Don José Matías Quintana, vecino y del comercio de esa ciudad, hará Vuestra Señoría que dentro de segundo día, sin admitirle excusa, ni pretexto, por legítimo que parezca, devuelva dicha suma, y los anteriores diez mil pesos que se le entregaron bajo el equívocado concepto, de haberse mandado devolver a varios comerciantes los derechos de alcabala de primera venta de los efectos y frutos del país introducidos en esa provincia, que fue el título con que Quintana percibió los referidos diez mil pesos sin dictamen de asesor, y con oposición de los ministros de esas cajas, y de haber exhibido aquél ambas cantidades, y reintegrándose subsidiariamente en caso de cualquier defecto de Quintana por el juez que las mandó satisfacer sin motivo, ni autoridad, o sus fiadores de residencia, me dará Vuestra Señoría cuenta con recibo de los Ministros para la debida constancia en los autos respectivos. Dios guarde a Vuestra Señoría muchos años. México 31 de julio de 1813.- Calleja.- Señor Intendente de Yucatán.» Este oficio con la excelente mentira de no tener vergüenza de asegurar el Señor Calleja, que se opusieron los ministros a la entrega de los diez mil pesos cuando, del testimonio que encabeza mi pedimento para la entrega de los diez mil pesos no consta tal oposición, sino una data lisa y llana, como demanda de tres

reales órdenes, y de dos acuerdo conformes de la misma Junta Superior de Hacienda de México, y cuando de haber algún obstáculo a buen seguro que el Excelentísimo Señor Don Benito Pérez se hubiese expuesto a este terrible cargo, me fue notificado con todos los aparatos de no permitirme ni hablar, por lo que me vi obligado a presentar un escrito en el que no le doy más tratamiento al dicho Señor Calleja, que el que le corresponde como mariscal de campo, ni lo llamo virrey porque en la Constitución y leyes que han dimanado del nuevo orden de cosas, no he encontrado esta dicción, sino la de capitanes generales de las provincias, en lugar de los que se llamaban virreinatos, hago esta advertencia para que se me disculpe si he errado en no llamarlo virrey porque he jurado obedecer a la soberanía de la nación, y esta ha mandado que se use el idioma de la constitución cuyo tenor es el siguiente:

SEÑOR JEFE SUPERIOR POLÍTICO

Don José Matías Quintana, síndico procurador primero de esta capital, con el decoro que debo hago presente a Vuestra Señoría: que el día de ayer se me hizo saber una providencia del Señor Capitán General de la Provincia de México, de 31 de julio de este año, en que se mandaba devolviese a la hacienda pública en el término de dos días 7414 pesos 3- reales que se me entregaron en virtud de tres reales órdenes, y dos sentencias conformes de la Junta Superior de Hacienda de México, pertenecientes al comercio de Campeche por quien represente: y diez mil pesos en cuenta de 48399 pesos 1- que tocaba al comercio de esta capital, por quien también represente: y no habiéndoseme admitido respuesta, ignorando cuál sea

la facultad del Señor Capitán General de la Provincia de México, para ejercer sobre mis propiedades autoridad alguna, después de publicada la Constitución, y leyes de nueve de octubre del año pasado, 12 de abril, 23 de junio, y 3 de julio de este año; suplico a Vuestra Señoría se sirva tener en consideración todas estas razones para en su vista resolver.

El Señor Capitán General de la Provincia de México, no es jefe político de esta península, sino Vuestra Señoría por el artículo 324 de la Constitución: no es presidente de la Audiencia, sino el regente por el artículo 11, capítulo 1º de la ley de 9 de octubre del año pasado; tampoco superintendente porque se abolió esta plaza por el decreto de 12 de abril de este año, creándose en su lugar la junta denominada dirección general de la Hacienda Pública, y consecuente con este sistema se expidió la ley de 3 de julio de este año en que se suprimió la contaduría general de propios, para que se determinasen en las provincias los negocios que eran de sus atribuciones: y no siendo yo de la de México ¿por qué ley debo ser juzgado por el Señor Capitán General de la Provincia de México? Si Vuestra Señoría me [ilegible], protesto obedecer sumisamente como lo previene el artículo 7º de la Constitución que obliga a todo español a respetar las autoridades establecidas. Por otra parte: aún cuando existiera el antiguo orden de cosas, no podía la Junta Superior de Hacienda de México mandar que devolviese lo que se me había restituído porque yo no recibí una cantidad dudosa, bajo de fianza, ni ninguna otra responsabilidad, sino una propiedad mía, mandada restituir por las reales órdenes de 19 de marzo, 26 de septiembre y 19 de diciembre de 1796, y dos conformes acuerdos de la junta superior en su virtud de 11 de enero de 1802 y

23 de febrero de 1810 ¿y quién ha dado facultad a la junta superior para deshacer sus mandatos, ni menos autorizado para desobedecer al rey? ¿No es ésta Señor Capitán General una arbitrariedad reprobad por el derecho? ¿qué sería de los juicios fenecidos si hubiese autoridad que a su antojo pudiese abrirllos? Léase el artículo 243 de la Constitución, y allí se verá que ni las Cortes, ni el rey pueden mandar abrir los juicios fenecidos.

En cuya virtud no siendo otra la cuestión sino que los ministros de la hacienda pública de Vera-Cruz, Tabasco, Campeche y Mérida cobraron derechos de primera venta contra el real decreto de 28 de febrero de 1789 que lo prohibía de lo que entraba y salía de los puertos menores. Estando estos mandados restituir por las reales órdenes de 19 de marzo, 26 de septiembre, y 19 de diciembre de 1796 y los acuerdos de la junta superior de hacienda de 11 de enero de 1802 aprobado por real orden, y el 23 de febrero de 1810 todas unánimes y conformes en que se liquide y devuelva lo mal cobrado de derechos exigidos por los cargamentos, entrados y salidos de los puertos agraciados: estando liquidado lo cobrado en esta aduana por los cargamentos de efectos del país, sin haberlo querido hacer por lo respectivo a los de Europa, como terminantemente se manda en el mencionado decreto de 28 de febrero de 1789, y reales órdenes posteriores, con estas literales palabras «obsérvese la absoluta libertad de derechos del comercio de los puertos menores con los de la Metrópoli y todos los de América ya de los efectos de Europa o de los frutos y producciones de Indias» ascendiendo los del país a 48399 pesos 1-reales, y no habiéndoseme devuelto más de diez mil pesos sírvase

Vuestra Señoría mandar se me entreguen los treinta y ocho mil trescientos noventa y nueve pesos, uno y medio reales, que se me restan cuando la Hacienda Pública puede satisfacerlos: y que de luego, a luego se proceda a liquidar lo cobrado de derechos: por lo respectivo a efectos de Europa que hasta la fecha no ha sido posible lo verifiquen los Señores Ministros de esta capital por la metafísica duda, de que ignoraban cuál fuese de segunda venta, como si de Campeche aquí pudiese haber más que una venta, y como si aquel puerto agraciado no lo estuviese para todo cuanto se sacase de el tanto de los efectos de Europa quanto de los frutos, y producciones de Indias.- Protestando en debida forma usar contra quien hubiese lugar de los recursos que franquean a todo Español el decreto de 24 de marzo de este año, como es de justicia que pido jurando lo necesario E[t]c[étera]. Mérida y octubre 23 de 1813.

José Matías Quintana.

Pasado este escrito a consulta del Licenciado Don Justo González, S. Salvador estampó el dictamen siguiente.—»Señor Intendente y Capitán General.- Habiéndome entregado el Excelentísimo Señor Virrey Don Benito Pérez, Intendente, Gobernador y Capitán General que fue de esta provincia, las cantidades que refiere el oficio del Excelentísimo Señor Don Félix María Calleja, sin fianza ninguna al síndico procurador de esta ciudad Don José Matías Quintana, censor de esta junta provincial aparece, que en el mismo hecho se hizo responsable el Excelentísimo Señor antecesor de Vuesta Señoría. Si las reales órdenes de 19 de marzo, 26 de septiembre, y 19 de diciembre de 1796, dos uniformes acuerdos en su virtud de la junta superior de 11 de enero de 1802 y 23 de febrero de 1810 no

eran dirigidas directa, ni indirectamente al efecto; agregándose la circunstancia de haberlo mandado sin consulta de asesor, y con oposición de los ministros de estas cajas.

En efecto no constando en este expediente del testimonio con que da principio más que de una carta de pago simple para resguardo de las cajas; y no pudiendo según parece ser fructífera] la providencia de embargo, aunque se le sacrifique su pero [d]a qué objeto se dirige el que Vuestra Señoría consulte? ¿es acaso para ver si la excusa, o pretexto que alega Q[u]intana parece legítimo? Mas ¿qué se conseguiría con esto, particularmente siendo el dictamen de un letrado que no es asesor nato de la Intendencia? El oficio del Señor Virrey de México dice: que sin admitir excusa ni pretexto por legítimo que parezca, esto es, aunque parezca conforme a ley devuelva E[t]c[étera], con que ni Vuestra Señoría lo debe indagar, ni profesor consultar, cuando por esa cláusula lo resiste su excelencia de antemano. Mérida y octubre 27 de 1813. Licenciado González.»

En el dictamen de este abogado se observa que no contiene más que las mismas palabras, con que se expresó el Señor Calleja en su anterior oficio: que quebranta el artículo 243 de la Constitución que alegué en el que se previene que ni las Cortes, ni el Rey pueden mandar abrir los juicios fenecidos, que no hizo caso de las tres reales órdenes que también alegué, ni menos de los dos acuerdos conformes de la Junta Superior de Hacienda de México, y por último que hollando del modo más criminal el decreto nacional de 24 de marzo de este año, tuvo atrevimiento para consultar, que se obedeciese al delincuente Calleja, aunque su mandato se oponga a la Constitución y a

las leyes, pues esto quiso decir con las expresiones que yo devolviese la cantidad aunque la hubiese recibido conforme a la ley ¿y por qué razón? Tiembla la mano al escribirla: que porque lo resiste Su Excelencia: con que según la opinión de este letrado, si el general Calleja nos manda fusilar aunque lo prohíba la Constitución, tendremos que ser víctimas de este tirano, sin otra causa que aquella de ::::::::::::::: porqué así es mi voluntad, porque así lo quiero. Esta es Yucatecos, y españoles que me leéis, la pura verdad de cuanto me ha pasado: el Señor Artazo sin respetar más ley, ni Constitución que la de complacer a su amigo, y compañero de armas el Señor Calleja, nombró un guarda, que con su escribano, y todo aquél aparato de horror con que se nacen más temibles estos lances me mandó embargar, yo no hice más que hacer abandono de todos mis bienes amparándome del divino libro que protege los derechos de los españoles, y contra el cual combaten abiertamente los déspotas mandarines de este seno. Son demasiado públicos, y excesivamente escandalosos, los repetidos hechos con que los Señores Calleja, y Artazo, se han empeñado en anonadar, y hacer nula la Constitución que hemos jurado; y también muy notoria la firmeza, y constancia con que el primer síndico de la península, me he visto en la precisión de oponerme a sus caprichos: el primero pretendiendo hacer imposiciones sobre esta provincia, lo que ni el Rey puede hacer, sin el consentimiento de las Cortes, y dirigiéndome al ayuntamiento hasta el último correo que llegó, un impreso sobre salazones de carnes, en que se decía que fue impreso con su superior permiso. Pedí que no se obedeciera el mandato de las imposiciones sobre casas que había pretendido, y que el impreso

se le devolviese diciéndole, que se abstuviese de insultar a un ayuntamiento constitucional, que se ofendía al ver documentos en que se infringía la ley fundamental que había jurado, y que si otra vez volvía a mandar papeles con la expresión de impresos con su superior permiso no se le contestaría como indigno de corresponderse con una corporación fiel y leal; y el segundo atropellando el decoro de los ciudadanos, prendiendo a los síndicos procuradores de esta provincia con la mayor ignominia, hasta el extremo de haber tenido preso en esta cárcel pública en más de treinta y seis días, a todo el A[yuntamiento] del pueblo de Espita, sin haber querido dar el auto motivado de prisión, contra el artículo 293 de la Constitución, y contra la undécima restricción del artículo 172 en que se previene que «No puede el rey privar a ningún individuo de su libertad::: y el juez que la exente será responsable a la nación, y castigado como reo de atentado contra la libertad individual» como muy por menor consta de la certificación siguiente.-» Luis Alvarado sargento retirado de la 5^a compañía del batallón de milicias disciplinadas de esta capital de Mérida y alcalde actual de esta cárcel pública.

«Certifico en toda forma de derecho que el día 5 del pasado mes de abril recibí del Señor Capitán General Don Manuel Artazo en prisión entrepuertas sin auto motivado: las personas de Don Pablo Luis González, Don Fernando Rosado, Don Manuel Robertos, Don José María Rosado, Don Gregorio Conde, Don Florentino Conde, Don Juan Francisco Piniche, Don Faustino Quiñones, Don Hipólito Conde. El último con fianza de su tío llevado a su casa por enfermo: todos alcaldes y regidores del M.I.L.A del pueblo de Espita, quienes existen en su prisión: y aunque he reclamado a su

señoría el auto motivado me ha contestado: que sólo están detenidos cuya autoridad reconoce la causa; y a pedimento del Señor síndico procurador del M.I.L.A. de esta capital Don José Matías Quintana, libro la presente en esta ciudad de Mérida a los 9 días del mes de mayo de 1813. Luis Alvarado.» - ¿Pero cuándo acabaría de referirse las infracciones repetidas de la Constitución, con que estos Señores encargados especialmente de velar sobre su cumplimiento, han dado funestos ejemplos de desobediencia a esta ley fundamental? Si los magistrados, decía un célebre político, son los primeros en quebrantar las leyes, en vano se espera su cumplimiento de los simples ciudadanos. Y bien: si el origen de los desórdenes, de la desorganización de un gobierno es la inobservancia de sus leyes; si en vez de manifestar los principales jefes de América respeto y veneración a las sagradas órdenes de la soberanía han hecho, por decirlo así, un estudio particular en despreciarlas: si al tiempo mismo que con leyes filosóficas procuran los representantes del pueblo español unir los espíritus que han padecido sus extravíos por la conmoción general, los delegados del poder ejecutivo de esta gran porción de la monarquía, dan repetidas pruebas de aversión a estas mismas leyes; y si en fin cuando la sana filosofía que ha ocupado el trono español en el siglo 19 declara los imprescriptibles derechos del hombre obscurecidos por el fatal sistema anterior, y quiere reintegrarle de ellos; dos o tres empleados se muestran enteramente decididos en mantener las mismas cadenas; ¿cómo es posible dejar de confesar que estos ingratos a la nación de quien han recibido honores y sueldos, son la causa de nuestras amarguras? ¡Almas nobles y sensibles! Yo leo en vosotras estos sentimientos;

pero ¿en qué he ofendido a los Señores Calleja, y Artazo para que contra todos los derechos atropellen con el que tengo a mis propiedades, a mi seguridad individual, y a mi libertad; en tanto cuanto yo no ofenda a los demás derechos de mis conciudadanos con quienes vivo en sociedad? ¡Ah! Acordándome de los mismos males que padecieron por la arbitrariedad de otros mandarines, otros desgraciados como yo: no puedo menos que exclamar atrabilado. ¡Honorable corregidor de Querétaro, preso por vuestras virtudes, benemérito Castillejos indemnizado en Cádiz, y declarado sabio y fiel Americano, y después sumido en la cárcel de Puebla, nobilísimo Marques de San Juan de Rallas castigado como ladrón, sin haberse averiguado vuestro delito, ilustre senador Villa Urrutia desterrado como delincuente, sólo porque perfumabais con el olor de vuestras virtudes, de vuestros talentos y de vuestra ilustración, en el jardín Americano! [i] hablad vosotros, y como más respetables que yo, entonad el canto fúnebre de nuestras desgracias, para que haga coro entre vuestras quejas, la ronca voz de un compatriota vuestro que después de haber perdido al hijo más amado, riega con amargas lágrimas la tierra en que nació, sin otro consuelo que descender al sepulcro con la única compañía de las virtudes morales y sociales con que ha vivido!

José Matías Quintana

Er[r]atas

Página 2, línea 43 dice renta dirá venta. Pág. 2, línea 49 dice tuviera dirá hubiese. Ídem. Dice abuirlos dirá abrirlos. Pág. 4, línea 29 dice 1810 dirá 1802 y 23 de febrero de 1810. Pág. 4, línea 61 dice honor dirá horror. Imprenta Patriótica de Don José Francisco Bates. Año de 1813

IV. Referencias bibliográficas

- Archivo General de la Nación, Instituciones Coloniales, Gobierno Virreinal, Impresos Oficiales (056), Contenedor 13, Volumen 30, Expediente 12, fojas 50-52 (1810). *Bando que transcribe el edicto del Santo Oficio condenando la proclama hecha por José Bonaparte el 2 de octubre de 1809 en Madrid.*
- *Clamores de la fidelidad americana contra la opresión*, prólogo de Ma. Del Carmen Ruiz Castañeda, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Bibliográficas-Hemeroteca Nacional de México, 1984, 25-112 p. con edición facsimilar (Serie Facsímiles).
- Collí Borges, Víctor Manuel y González Oropeza, Manuel: *Rostros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación- Tribunal Superior de Justicia del Estado de Campeche-Gobierno del Estado de Yucatán, 2009, XXIX-131 p.
- *Congreso de Anáhuac*, México, Comisión Nacional para las celebraciones del 175 Aniversario de la Independencia Nacional y 75 Aniversario de la Revolución Mexicana, 1985, (Serie Cuadernos Constitucionales No. 79).
- *Constitución política de la Monarquía Española: Cádiz 1812*, Manuel González Oropeza et al., presentación de José Alejandro Luna Ramos, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012, edición facsimilar, 300 p.
- *Constitución Política del Estado de Yucatán, sancionada el 31 de marzo de 1841*, Mérida, Imprenta de José Dolores Espinosa, 1841.

- *Correspondencia inédita de Manuel Crescencio Rejón*, compilación, notas y comentarios de Carlos A. Echánove Trujillo, 2^a ed., México, Ediciones del H. Congreso de Campeche-LVI Legislatura, 1999, 106 p. (Colección El Congreso, No. 2).
- Echánove Trujillo, Carlos A.: *Rejón: jurista y constituyente*, Jus, 1940.
- González Oropeza, Manuel y López Saucedo, Pedro A.: *Avatares del Primer Congreso Constituyente del Estado de Morelos: La destitución de dos diputados en 1869 y su amparo ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra la Legislatura del Estado*, en prensa.
- _____: *Los amparos primigenios (1848-1865)*, presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, XIV-365 p.
- _____: “Manuel Crescencio Rejón” en: *Cancilleres de México*, 2 vols., México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, 1993. Tomo I (1821-1911).
- Lira, Andrés: *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, 176 pp.
- Martínez Carbajal, Alejandro: “Preparación del Congreso”, en *Memoria del Symposium Nacional de Historia sobre el Primer Congreso de Anáhuac*, México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística-Sección de Historia, 1964, 623 pp.
- Narváez Hernández, José Ramón: *Historia social de la defensa de los derechos en México. El origen del Juicio de Amparo en la Península Yucateca*, México, SCJN, 2007, 92 pp.

Breves reflexiones sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales y el juicio de amparo

*MARÍA ELENA LEGUÍZAMO FERRER**

SUMARIO: Introducción. I. Génesis del Código de Procedimientos Penales Único. II. El Código Nacional de Procedimientos Penales y sus implicaciones en la materia del amparo. III. Las reformas en materia de derechos humanos y amparo y su vinculación con la reforma penal. IV. Relación entre el sistema procesal acusatorio y el juicio de amparo: ¿Tiene algún impacto el juicio de amparo en la funcionalidad de los procesos acusatorios? V. A manera de conclusiones. VI. Bibliografía.

Introducción

1. Nadie puede cuestionar la importancia que tienen las reformas en materia de justicia penal, de derechos humanos y de amparo, que en los últimos años ha experimentado nuestro sistema jurídico, las cuales tendrán, sin duda, implicaciones múltiples en el ámbito de la justicia penal, siendo la más significativa, o la que mayores expectativas ha despertado, la que tiene que ver con la forma de lograr sus propios objetivos. Por ello, considero que el principal campo donde dichas reformas deben encontrar el mayor interés, es el del sistema de justicia penal, cuyos distintos actores son quienes primeramente deben ocuparse de

* Magistrada del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito; miembro de la AMPEC-Méjico y miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

ellas para comprender su razón de ser, sus objetivos, su orientación, sus alcances y sus implicaciones, para que, a partir de su comprensión, cada uno de ellos se plantea sus propios retos y perspectivas y haga lo que a su rol corresponde para alcanzar esos grandes objetivos de la mejor manera.

Pero, además del interés y de las implicaciones intrasistémicas, las reformas también han despertado grandes expectativas sociales, por razón de los graves problemas que las motivan y las grandes bondades que los propios discursos políticos les han atribuido para solucionarlos. En efecto, se ha hecho creer a la gente que con las reformas ahora la justicia penal será más funcional y de mayor calidad, porque con ellas se combatirá de manera más eficaz la delincuencia, la inseguridad pública, la impunidad y la corrupción; asimismo, que con las reformas el sistema de justicia penal se ajustará más a las exigencias del Estado democrático de derecho, porque habrá un mayor respeto de los derechos humanos, entre otros buenos propósitos. Lo anterior tiene que ver, precisamente, con las implicaciones sociales de las reformas, que sin duda son las que explican su principal razón de ser; por lo que, si ellas no trascienden al ámbito social, es decir, si no se traducen en efectivos instrumentos para atender aquellos problemas sociales que motivan la intervención del sistema de justicia penal, entonces ellas pierden su sentido social.

2. Por ello, me parece muy loable que el Instituto Federal de Defensoría Pública me permita publicar esta pequeña aportación en torno al tema de la *nueva justicia penal* y el juicio de amparo.

No hay duda que en torno a una misma cuestión hay diversidad de puntos de vista, de perspectivas o de

enfoques sobre el objeto de análisis; y eso mismo sucede por lo que hace a la relación entre justicia penal y juicio de amparo, o con relación al papel del juicio de amparo en el sistema de justicia penal. Hay quienes piensan que con el nuevo sistema de justicia, donde el proceso penal será acusatorio y oral, ya no habrá necesidad de acudir al amparo, porque todo funcionará con criterios garantistas; mientras que para otros, cuyos puntos de vista coinciden con el criterio que aquí se sostiene, aun cuando el sistema de justicia penal mejore en calidad y haya mayor observancia de los derechos humanos y los principios garantistas en la actuación de los distintos actores del sistema, el juicio de amparo seguirá siendo un instrumento eficaz para la protección de los mismos, sobre todo cuando tales derechos han sido violados y exista la necesidad de repararlos.

Por ello, las breves reflexiones que se hacen en este trabajo no tienen otro propósito que el de contribuir a la discusión en torno a estos grandes temas, para buscar mejores alternativas.

I. Génesis del Código de Procedimientos Penales Único

a) Después de seis años de que entró en vigor la reforma constitucional de 2008, México se está preparando para darle un nuevo impulso al cambio de sistema de justicia penal con la aparición del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, CNPP, que ahora tanto la Federación como los Estados y el Distrito Federal se disponen a implementar.

Recordemos las razones que motivan este cambio, de las cuales mucho se ha escrito ya en el ámbito de la doctrina penal y procesal penal. En esta ocasión, quiero seguir ese desarrollo, que concluyó con la generación del CNPP, pero a partir de las notas aparecidas en los medios

de comunicación escrita¹, en donde constantemente se ha afirmado que los juicios penales son extremadamente lentos, que hay rezagos en dictar las sentencias de los procesados que se encuentran internos en centros de reclusión esperando se defina su situación jurídica² y, en general, que existe la desconfianza de los ciudadanos en cuanto a la forma que se procura y se administra justicia³. Una de las causas de esa lentitud de los procesos en la resolución de los casos, además de la enorme carga de trabajo, según se afirma, lo constituye el sistema de impugnaciones que ha prevalecido en el actual sistema de justicia, dentro del cual se encuentra sin duda el juicio de amparo que, a su vez, genera juicios igualmente lentos y largos. Pero, por otra parte, la forma en que se procura y administra la justicia penal también constituye una de las causas del amplísimo uso del juicio de amparo, ya que en su realización con frecuencia se incurre –al menos eso afirma la defensa– en violaciones a derechos humanos, por inobservancia o inaplicación de ciertos principios y prerrogativas penales consagrados en la Constitución o en instrumentos internacionales aplicables. Todo ello ha conducido al Estado a llevar a cabo acciones para el fortalecimiento del sistema de justicia penal, siendo las más recientes y trascendentales las ambiciosas reformas constitucionales de 2008, las de 2011, la Ley General

¹ Es decir, la reseña que aquí se hace sigue sobre todo los comentarios en los medios de comunicación y sus impresiones.

² Véase la entrevista realizada a Julio Téllez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en *El Universal*: “Ventajas...”, cit.

³ Cfr. la nota publicada en *Reforma*: “Confía...” cit., que en su parte conducente dice: *Solo seis de cada 10 mexicanos confía en el sistema de justicia penal, mientras que el resto lo considera ineficaz, injusto y corrupto, revela la Encuesta Nacional sobre el Sistema de Justicia Penal en México (ENSIJUP-2012), patrocinada por la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Según el estudio, los ciudadanos dan una calificación de 1.8 al sistema de justicia mexicano, en una escala de uno a cinco...*

de Víctimas y, finalmente, la aprobación del CNPP, que también responde a los objetivos del Pacto por México⁴ y a las aspiraciones añejas de penalistas y procesalistas, de que todos los mexicanos se encuentren en los mismos estándares al ser enjuiciados y que gocen de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales⁵.

Es evidente que nuestra sociedad está interesada en que exista un sistema de justicia penal eficiente, para que la protección de sus bienes jurídicos frente al delito esté debidamente garantizada, así como para que no sucedan resoluciones judiciales que dan la sensación de injusticia e impunidad, como la del caso de la ciudadana francesa Florence Cassez, detenida en México bajo la acusación de secuestro y otros delitos, que por meras razones formales tuvo que ser liberada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, al demostrar que existieron irregularidades en el proceso judicial que se le instauró, afirmándose que se le violó el debido proceso legal⁶.

⁴ En el Pacto por México se suscribieron cuatro compromisos relevantes para la modernización del sistema de justicia: a) implantar en todo el país el nuevo procedimiento penal acusatorio y oral, b) configurar un Código Penal y de Procedimientos Penales únicos; c) la reforma a la Ley de Amparo, y d) la reforma integral al sistema penitenciario... Véase nota periodística publicada en *El Universal*: “Nuevo...” cit., por Emilio Rabasa Gamboa.

⁵ Cfr. Boletín de Prensa del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales: “El CNPP...”, cit.

⁶ La Primera Sala de la SCJN resolvió el amparo directo en revisión 517/2011, el 23 de enero de 2013 y determinó que hubo violación directa a derechos humanos en cuanto a la forma en que fue detenida, en que no se le concedió el derecho consular dado a los extranjeros y, finalmente dictó, entre otras tesis, la siguiente: *EFFECTO CORRUPTOR DEL PROCESO PENAL. CONDICIONES PARA SU ACTUALIZACIÓN Y ALCANCES*, publicada en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, Materia Penal, Tesis 1a. CLXVI/2013 (10a.), p. 537, en la que precisa lo siguiente: *Esta Primera Sala considera que el efecto corruptor del proceso penal se actualiza cuando, en un caso concreto, concurran las siguientes circunstancias: a) que la autoridad policial o ministerial realice*

Por ello, la necesidad de contar con un nuevo modelo de justicia penal, que permita, por una parte, que el ministerio público y la policía de investigación ajusten su actuación, sobre todo en casos de realización de detenciones, a los estándares legalmente establecidos y, por otra, que sea el primer juez que conoce del asunto, es decir, el juez de control, el que determine, de manera inmediata, si una detención realizada por la policía o por el ministerio público fue apegada o no a lo que establece la Constitución y la legislación respectiva. Todo esto que se afirma, pareciera indicar que ahora daremos un vuelco al otro extremo, como si todo lo que viene es totalmente nuevo; pero, según lo que se viene observando en el proceso de implementación, aún es prematuro para despreocuparse.

b) Ciertamente, de acuerdo con la información proporcionada por la propia Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal⁷, SETEC, la reforma de 2008 va caminando lentamente, pues a más de 5 años y medio de publicada, aún no opera ni a nivel federal ni en la mayoría de las entidades federativas. Por ello, en febrero de 2013, el presidente Enrique Peña en una reunión con la Conferencia Nacional de Gobernadores, CONAGO, exhortó al Congreso y a los estados a acelerar la instrumentación de la reforma penal y afirmó que:

...se trata de lograr un mayor fortalecimiento institucional en áreas de procuración de justicia y en

alguna conducta fuera de todo cauce constitucional y legal; b) que la conducta de la autoridad haya provocado condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria que conlleven la falta de fiabilidad de todo el material probatorio; y c) que la conducta de la autoridad impacte en los derechos del acusado, de tal forma que se afecte de forma total el derecho de defensa y lo deje en estado de indefensión. Así las cosas, cuando el juez advierta la actualización de estos supuestos, deberá decretar la invalidez del proceso y, al no haber otras pruebas que resulten incriminatorias, decretará la libertad del acusado.

⁷ Véase la información en la página www.setec.gob.mx.

administración de justicia. Por eso, la importancia de lograr lo más pronto posible la debida instrumentación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, que permita tener juicios justos, mucho más prontos y expeditos, como nuestra Constitución lo consagra...⁸.

c) Para entonces, en el Senado de la República existían ya 2 iniciativas de Código Federal de Procedimientos Penales presentadas por senadores de distintos grupos parlamentarios y que empezaban a ser objeto de análisis y discusión en la Comisión de Justicia del propio Senado. Semanas después, ante el impacto de la idea de que lo mejor sería la unificación de la legislación procesal penal, para evitar la dispersión de criterios en la forma de implementar la reforma constitucional de 2008, nuevamente se presentaron en el Senado otras iniciativas de Código de Procedimientos Penales, en total 3, pero ahora obedeciendo a la idea de contar con un Código Único para toda la República. De ahí que, igualmente se planteó la reforma a los artículos 73 fracción XXI y 124 constitucionales, para darle al Congreso de la Unión la facultad exclusiva de legislar en esta materia y quitársela a los estados.

Así, para finales de abril de 2013, el senador Roberto Gil Zuarth, Presidente de la Comisión de Justicia, manifestó que el Senado habría aprobado la reforma del artículo 73 constitucional, que faculta al Congreso federal para crear el nuevo Código de Procedimientos Penales Único, el cual regirá en toda la República tanto en el orden federal como en el fuero común⁹.

⁸ Reforma: “Urge...” cit.

⁹ Véase Reforma: “Avanza...” cit. Y además precisa lo siguiente: *Los cambios a la Constitución fueron avalados por 103 votos a favor y 7 en contra y se turnaron a la Cámara de Diputados para su discusión y aprobación. [...] En el dictamen, los senadores afirmaron que resulta necesario que las instituciones*

En efecto, para que el Congreso tenga facultades para legislar en esta materia, fue necesario que se modificara la fracción XXI del artículo 73 constitucional, la cual fue aprobada y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* hasta el 8 de octubre de 2013¹⁰. A partir de dicha reforma constitucional, el Congreso está facultado para expedir un código único procesal penal y ello ha llevado a que las organizaciones civiles expresaran a través de los medios de comunicación su beneplácito para que la reforma penal de 2008 sea totalmente implementada¹¹.

d) En fecha 7 de mayo de 2013, se realizó el Quinto Foro Nacional sobre Seguridad y Justicia, con la participación de diversas instituciones públicas y organizaciones civiles a efecto de discutir sobre temas del Nuevo Código Federal de Procedimientos Penales: Legislación Óptima, y el Nuevo Sistema de Justicia como Política Pública¹². Por su parte,

de procuración e impartición de justicia cuenten con un sistema de justicia penal acorde con la realidad del país, homogéneo en cuanto al diseño procedural.

¹⁰ Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXI. Para expedir: c) La legislación única en materia procedural penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común...

¹¹ Así, por ejemplo, los integrantes de la Red de Organizaciones Civiles de Apoyo a los Juicios Orales y el Debido Proceso manifestaron lo siguiente: *Los ciudadanos del Estado de México tienen mejores derechos que los ciudadanos del Distrito Federal, y eso que la reforma del Estado de México es una de las reformas que ha ido mejorando en su implementación, que todavía no vemos sus mejores frutos, pero que va encaminada a tenerlos. Hay un mejor sistema de justicia en los estados con reforma que en el Distrito Federal o como Jalisco o Veracruz. Llama la atención que Jalisco y Veracruz, siendo importantes no tome esas medidas, por lo que podemos decir que en estos lugares los ciudadanos tienen menos derechos que los ciudadanos, por ejemplo, de Chihuahua, de Baja California o Nuevo León, que ya cuentan con la reforma penal. Reforma: "Alertan..." cit.*

¹² Reforma: "Analizan..." cit. En este evento, se incluyeron temas como la protección de los jueces, de los testigos protegidos y de las víctimas en la implementación de los juicios orales; en cómo mejorar el acceso a la justicia y lograr combatir la violencia a través del apoyo ciudadano que confie en las instituciones gubernamentales y su colaboración sea mayor. Que el nuevo sistema penal garantice la protección de los derechos humanos y que

el presidente de la Comisión de Justicia del Senado señaló que sería a más tardar el 20 de agosto, la fecha que se fijó como meta para contar con un Anteproyecto de Código Único de Procedimientos Penales¹³.

e) En el Poder Judicial de la Federación, no obstante que todavía no se ha observado importantes avances en este proceso de implementación, no se ha dejado de señalar la urgente necesidad de la implementación de la reforma penal, pues también se menciona que mientras 12 entidades federativas están en etapa de planeación, 7 se encuentran en la etapa de entrada en vigencia, 10 están en operación parcial y sólo 3 operando totalmente, como son Chihuahua, Estado de México y Morelos; aun así, no se le ha dado la importancia que tiene¹⁴. Por su parte, el ministro José Ramón Cossío ha aseverado que, si las autoridades que están obligadas a materializar la reforma no realizan tales funciones, *la sociedad mexicana se ubicaría en el ‘peor de los mundos’, pues tendría frente a sí, por un lado, a un sistema de justicia que se sabe no funciona desde hace mucho y, por el otro, a un modelo que tendría que dejar en libertad a quienes probablemente cometieron un delito dada la falta de profesionalización en la obtención de las pruebas*¹⁵. Pero, además, se puntualiza que esta reforma penal debe ir aparejada con las últimas reformas constitucionales en materia de amparo y de

verdaderamente los elementos de prueba lleguen al juzgador ya iniciados los juicios, de tal manera que no se genere impunidad. Así lo precisaron servidores públicos de los tres poderes públicos e hicieron hincapié en acelerar los trabajos legislativos. Hasta entonces, no obstante la existencia de tres iniciativas del CPP Único, todo parecía indicar que la Red apostaba por un Código Federal de Procedimientos Penales y no por un Código Único.

¹³ *El Universal*: “Congreso...” cit.

¹⁴ El Consejero de la Judicatura Federal Juan Carlos Cruz Razo fue entrevistado el 17 de junio de 2013 en *Excelsior* bajo el rubro “Unificación del Sistema de Justicia Federal”.

¹⁵ Véase en los periódicos *Excelsior*, *La Jornada y la Prensa*: “Urgen...” cit.

derechos humanos, de tal suerte que estén armonizadas para que funcionen adecuadamente, como se analizará más adelante.

f) De la misma manera se ha pronunciado el Secretario de Gobernación, al participar en la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia¹⁶, de que no habrá prórroga para implementar el sistema de justicia penal en los términos en que fue aprobada la reforma, es decir, tanto las entidades federativas como el gobierno federal tendrán que ajustarse a los plazos aprobados en la ley fundamental en 2008, y ello implica un esfuerzo conjunto de los órdenes federal y local para su implementación, apoyado por la Secretaría Técnica, SETEC¹⁷.

El sistema judicial penal que se implemente debe contener una perspectiva integral, que involucre la participación de los tres órdenes de gobierno: la Federación, los Estados y el Distrito Federal y los municipios, con pleno respeto a las atribuciones de los poderes federales, a la soberanía de las entidades federativas y a la autonomía municipal; así lo precisó el Ministro Sergio Valls, en una entrevista en la que también señaló que debe velar por el respeto de los derechos del imputado y de las víctimas, que garantice el debido proceso y se haga efectiva la justicia alternativa; todo sustentado en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e

¹⁶ *El Universal*: “Sin prórroga...” cit.

¹⁷ Bajo la titularidad actual de María de los Angeles Fromow Rangel, es una instancia gubernamental encargada de coordinar las acciones que se realicen en los tres niveles de gobierno para implementar la reforma penal cuyo plazo concluye en junio de 2016. Sus funciones principales son las de apoyar de manera técnica y operativa a los estados en el proceso de implementación, establecer estrategias de difusión y comunicación, reforzar vínculos y coordinar acciones con la academia, organizaciones civiles y gobiernos e instancias internacionales. Asimismo, capacitar a todos los operadores del sistema, incorporar nuevas tecnologías de la información y adecuar la infraestructura a las necesidades del nuevo modelo acusatorio y oral.

inmediación y en la instrumentación de un juicio oral, a efecto de que, entre otras cuestiones, garantice una justicia expedita que, conforme a nuestra idiosincrasia, sea una justicia real¹⁸.

g) Para julio de 2013, la Secretaría de Gobernación estableció un convenio entre la SETEC y el Secretario Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, SNSP, para agilizar la implementación del nuevo sistema de justicia penal y aprovechar de manera óptima los recursos federales destinados para ese efecto¹⁹. Así, el gobierno federal entregó a las 32 entidades federativas la primera parte de los 458 millones de pesos que en ese año fueron presupuestados para apoyar la operación del nuevo sistema de justicia penal, en una reunión que tuvo lugar entre SEGOB, SETEC y magistrados de distintos tribunales del país. Las cantidades asignadas se basaron en la población de cada entidad, en su índice delictivo y en el avance en la implementación que tuviera cada estado²⁰.

h) Por su parte, el Consejo de la Judicatura Federal, CJF, al presentar el presupuesto para comenzar a implementar el nuevo sistema penal, estimó que para 2014 requiere de un aumento del 19%, pues precisó que la *tasa de congestión* de los tribunales es de 125%, y consideró que para ese año –2013– llegará a un millón 227 mil asuntos; luego, requiere de nuevos centros de justicia penal federal y que funcionarán en San Andrés Cholula, Pue.; La Paz, B. C. Sur; Durango, Dgo.; Cancún, Q. Roo, y Mérida, Yuc. El presupuesto para implementar el sistema

¹⁸ Véase la entrevista que se realizó al Ministro Sergio A. Valls Hernández, en el periódico *El Sol de México*: “Implementación...” cit.

¹⁹ *Reforma* y *El Universal*: “Acelera...” cit.

²⁰ Entrevista que se llevó a cabo a la Secretaria Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal SETEC, publicada en los periódicos *Reforma*, *La Jornada*, *La Prensa* y *El Sol de México*: “Entregan...” cit.

penal nuevo es de 4 mil 990 millones de pesos, a los que se sumarían 877 millones para crear 42 nuevos tribunales y juzgados que enfrentan una gran carga de trabajo. Y el resto del presupuesto, esto es, casi 40 millones de pesos, sería para los gastos corrientes; finalmente, también se contemplan mil 821 millones de pesos para un concepto denominado *fortalecimiento institucional*²¹.

i) Por otro lado, en agosto de 2013 los diputados integrantes de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados fueron invitados por el gobierno de Estados Unidos²² para conocer el sistema penitenciario y los juicios orales de ese país. Situación que también se ha suscitado en los poderes judiciales tanto federal como local, en donde los jueces y magistrados han sido invitados también por el Departamento de Justicia de Estados Unidos a efecto de que conozcan su sistema judicial²³.

j) En septiembre siguiente, los medios de comunicación²⁴ dieron a conocer que con la reforma al artículo 73 constitucional, que se le otorga al Congreso de la Unión la facultad de expedir el Código de Procedimientos Penales Único, la ley de mecanismos alternativos de solución de controversias y la ley de ejecución de penas, que regirán en la República en el orden federal y en el fuero común, ya se alista en el Senado un proyecto de dictamen de esa legislación, luego de meses de consultas con juristas, especialistas, académicos, así como representantes de instituciones gubernamentales de administración y procuración de justicia.

²¹ Reforma: “Pide judicatura...” cit. También véase a Alfredo Méndez, en *La Jornada*, p. 16.

²² La Jornada: “Conocerán...” cit.

²³ Como fue el caso de la inauguración del Instituto de Capacitación de Puerto Rico, en donde fueron enviados jueces y magistrados federales en 2012 y 2013.

²⁴ Cf. *La Jornada*, *Milenio*, *Reforma*, *El Sol de México* y *El Universal*: “Alista...” cit.

k) En tanto, el Poder Judicial junto con la SETEC continúan con la tarea de participar en encuentros regionales sobre el nuevo sistema de justicia penal, con el objetivo de brindar a la comunidad jurídica, principalmente a las instituciones de educación superior, los elementos que les permitan conocer con detalle el sistema penal acusatorio, el alcance de la reforma y su impacto en la impartición de justicia. En este sentido, a principios de octubre de 2013, se llevó a cabo el Octavo Encuentro Regional sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal y que estuvo dirigido a instituciones de educación superior de Campeche, Quintana Roo, Tabasco y Yucatán. Hasta esa fecha, según se afirmó en dicho encuentro²⁵, ya se realizaron 14 encuentros. Y el 26 de octubre se realizará el Noveno Encuentro Regional sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal en Chiapas.

l) Para el 18 de octubre de 2013, se publicó en el periódico *Excelsior*²⁶, que la Comisión de Justicia del Senado y la Procuraduría General de la República, PGR, presentaron el proyecto de CNPP, que garantiza el debido proceso, la defensa profesional, protege a las víctimas, garantiza la reparación del daño y dicta el procedimiento de los juicios orales en el país. Este nuevo instrumento jurídico se puso a prueba a través de un simulador en materia procedural con casos reales, para determinar su efectividad, con apoyo del Centro de Investigación y Docencia Económica, CIDE, y de la Agencia de Cooperación Internacional de Estados Unidos, USAID. Y

²⁵ *Diario de Yucatán*: “Paradigma...” cit.

²⁶ Leticia Robles de la Rosa, p. 18, con el rubro “Presenta PGR y Senado el Código Penal Único”. En la misma nota señala la Subprocuradora Jurídica y de Asuntos Internacionales de la PGR que este instrumento jurídico contiene visiones de miembros del Poder Judicial, de las procuradurías, especialistas y senadores.

que para el 6 de noviembre siguiente se darían a conocer las conclusiones de dicha prueba de laboratorio²⁷. Consta de 485 artículos distribuidos en 2 libros y es producto del consenso y propuestas de la PGR, del PJF, de académicos y organizaciones de la sociedad civil²⁸.

Ante este nuevo panorama sobre la discusión y aprobación del código procesal único en la Cámara Alta, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, con la directriz del Dr. Édgar Elías Azar, Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se pronunció porque toda la justicia se oralice y no sólo la penal y, de esta manera, se logre modernizar el sistema de justicia mexicano²⁹.

El senador Roberto Gil, Presidente de la Comisión de Justicia³⁰ de la Cámara de Senadores, comentó ante los medios de comunicación que para el miércoles 27 de noviembre de 2013 se aprobaría en comisiones el dictamen del proyecto del CNPP, para unificar los juicios orales en todo el país. En efecto, al aprobarse por unanimidad el citado dictamen por las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos³¹, hizo que reaccionaran fundamentalmente las autoridades involucradas en la administración y procuración de justicia. En este contexto, el Consejo de la Judicatura Federal declaró que se crearía un fideicomiso con el dinero que no se ejerció en 2013, y que estaría destinado a financiar la infraestructura del

²⁷ Botello, B. E.: “Probarán...” cit., p. 6.

²⁸ Becerra, B.: “Listo...” cit., p. 11.

²⁹ Foro TV, Noticiero de las 12:00 hrs. Ana Lucía Ordoñana, 13:05 hrs. 11 de noviembre de 2013.

³⁰ Guerrero, C.: “Alistan...” cit., p. 2.

³¹ Boletín de Prensa 825 de la Cámara de Senadores. “*Avalan en comisiones Código Nacional de Procedimientos Penales*”. 3 de diciembre de 2013.

nuevo sistema de justicia penal, ya que el presupuesto solicitado no fue autorizado en su totalidad³².

m) En tanto que en la PGR, además de encontrarse en la transición política de convertirse en una Fiscalía General de la República, de acuerdo con la reforma político-electoral, se le instruyó por parte de la SEGOB que se acelerara la capacitación de todos los actores involucrados en el nuevo modelo penal acusatorio.

Por otra parte, el titular de la SEGOB, al presidir la XI Reunión de la sesión ordinaria del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, inició los trabajos y discusión de las estrategias que se emplearán en 2014 para la implementación del nuevo modelo de justicia penal³³. Asimismo, convocó a la titular de la SETEC que apoyara los trabajos de coordinación y estableciera un cronograma con las acciones y plazos a cumplir por el Estado³⁴.

³² Fuentes, V.: “Guardan 600...” cit., p. 14., así expresamente señaló: *Para financiar la infraestructura del nuevo sistema penal acusatorio, el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) destinará a un fideicomiso 600.7 millones de pesos no empleados este año. Ese fideicomiso fue creado el 27 de noviembre, luego que la Cámara de Diputados negó al CJF 4 mil millones de pesos que había solicitado para la construcción de centros de justicia penal en 2014. — La Dirección General de Programación y Presupuesto de la Judicatura redujo 151.3 millones de pesos de partidas que, en teoría, se iban a ejercer este año para el Programa de Implementación de la Reforma Penal, y 449.4 millones de pesos de partidas del gasto de inversión ordinario del CJF. La Contraloría del Poder Judicial emitió dictamen favorable para la operación, por la cual los recursos ya no serán devueltos a la Tesorería de la Federación, sino que pasan al patrimonio del fideicomiso que estará vigente hasta junio de 2016, fecha límite para implementar la reforma penal. Los gastos de fin de año para evitar subejercicios son frecuentes en el Poder Judicial.*

³³ Véase los Acuerdos aprobados en la XI Sesión Ordinaria del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, celebrada el 9 de diciembre de 2013, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 2014. Asimismo, fue publicado en Pérez Silva, C.: “Todas...” cit., p. 10.

³⁴ “Ordena SG acelerar el nuevo sistema penal”. *El Universal*, Alberto Morales, p. 4. *La Prensa*, Alejandro Colón, p. 2, ambos 10 de diciembre de 2013.

n) A finales de diciembre de 2013, aparecieron desplegados³⁵ suscritos por el gobierno de la República, el Congreso de la Unión y el Poder Judicial de la Federación, apoyando la reforma penal.

Todo lo anterior derivó a que, a principios de 2014, las instituciones gubernamentales reflexionaran seriamente no solo en la capacitación que se ha venido dando sin control académico, fundamentalmente en los estados donde todavía no está implementado el nuevo sistema judicial, sino en rubros sobre la infraestructura para su aplicación, es decir, el equipamiento necesario de instalación de salas orales, oficinas adecuadas para el ministerio público, etcétera, e incluso, se planteó por parte del legislativo que la mayor parte de los recursos aprobados para este año 2014, se prevé que más del 80% serán destinados a esa infraestructura. La propia Cámara de Diputados³⁶ señaló que dispuso de un presupuesto de 5 mil millones de pesos para la instauración del nuevo sistema de justicia en las entidades federativas, con la finalidad de que el sistema de justicia penal acusatorio y oral esté operando en junio de 2016.

Conforme al nuevo período ordinario de sesiones de la Cámara Baja, los diputados se comprometieron a revisar y, en su caso, aprobar la minuta del Senado que expide el CNPP, de esta manera, con 22 votos a favor y 3

³⁵ Véase al periódico *La Crónica de hoy*: “DESPLEGADO...” cit., p. 9, y expresamente consignaban lo siguiente: *Nuevo Sistema de Justicia Penal*.

Los procesos serán ágiles, transparentes, rápidos y menos costosos.

La reforma penal opera ya en varios estados, para el 2016 en todo el país.

Una transformación conjunta que genera confianza.

La demanda ciudadana ahora es ley.

Gobierno de la República

H. Congreso de la Unión

Poder Judicial de la Federación.

³⁶ Baranda, A.: “Priorizan...” cit., p. 2.

abstenciones, fue aprobada en lo general y en lo particular por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados³⁷, a finales de enero de 2014.

Para el 5 de febrero de este año –2014–, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó dicha minuta³⁸. Finalmente, el documento fue avalado por 407 votos a favor, 28 en contra y 5 abstenciones. Conforme a los transitorios, el Código entrará en vigor a nivel federal gradualmente y se prevé como plazo de conclusión el 18 de junio de 2016. Se turnó al Ejecutivo para su promulgación y publicación. Ahora, para que inicie su vigencia, el PJF, la SEGOB y la PGR, en materia federal, deben pedir al Congreso que emita una declaratoria de que están dadas las condiciones para aplicar el sistema penal acusatorio y en el caso de la materia local, el órgano legislativo previa solicitud de la autoridad encargada en la implementación de este sistema, hará la declaratoria correspondiente³⁹.

³⁷ Melgar, I.: “Código...” cit., p. 4. Chávez, V.: “Código...” cit., p. 30.

³⁸ Boletín N°. 2916. “Diputados turnan al Ejecutivo nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Su entrada en vigor no deberá exceder del 18 de junio de 2016”. Palacio Legislativo, 05-02-2014 (Notilegis). Nota N°. 5681. “Aprueban diputados, en lo general, dictamen que expide el Código Nacional de Procedimientos Penales y discuten unas 72 reservas de 21 diputados». Palacio Legislativo, 05-02-2014 (Notilegis). Nota No. 5677. «Permitirá Código Nacional de Procedimientos Penales salvaguardar derechos de implicados en procedimientos y enmendar fallas del sistema penal vigente». Pacheco Rodríguez. Palacio Legislativo, 05-02-2014 (Notilegis). 5 de febrero de 2014, en los siguientes términos: *En lo particular, se aprobaron con 304 votos a favor, 105 en contra y 1 abstención, los artículos 3, 4, 10, 13, 15, 17, 19, 45, 55, 56, 58, 64, 66, 86, 108, 109, 113, 114, 117, 128, 131, 132, 137, 141, 146, 147, 150, 152, 155, 157, 158, 165 y 167, en términos del dictamen. Con 289 votos a favor, 0 abstenciones y 98 en contra, se aprobaron en términos del dictamen los artículos 183, 187, 201, 202, 205, 208, 211, 249, 250, 251, 256, 265, 290, 291, 293, 297, 301, 303, 305, 322, 337, 338, 355, 366, 380, 397, 398, 486, 489 y 490. E inició la discusión en lo particular de unas 72 reservas de 21 diputados.*

³⁹ Artículo segundo transitorio del CNPP.

o) El pasado 20 de febrero de 2014 la Secretaría de Gobernación firmó un acuerdo con los presidentes de los congresos locales en el evento denominado *Acuerdo Nacional de Coordinación Legislativa para la Implementación del Sistema de Justicia Penal*, con la finalidad de establecer los lineamientos para la implementación del nuevo sistema de justicia penal y, entre otros aspectos, destacó que en México se tiene que *modificar la concepción de que la justicia es sólo para unos cuantos y que la justicia retardada es una justicia denegada*⁴⁰.

Finalmente, el 4 de marzo de 2014 el Presidente de la República promulgó el nuevo CNPP y el 5 de marzo se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*; con lo que, ha concluido el proceso legislativo y corresponde ahora dar inicio al proceso de su aplicación concreta, el cual se dará de manera gradual en el ámbito federal, sin que su completa entrada en vigor exceda del 18 de junio de 2016.

II. El Código Nacional de Procedimientos Penales y sus implicaciones en la materia del amparo

a) En principio, se precisan de manera clara las bases del sistema de justicia penal y, dentro de ellas, las características del nuevo sistema procesal penal que, ahora será *acusatorio y oral*, conforme al artículo 4º del CNPP, que reproduce lo que el artículo 20 constitucional establece. Asimismo, se señala que el proceso acusatorio y oral estará basado, además, en los principios de *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*, según lo prevén los artículos 5º al 9º del CNPP, y se adicionan los principios de *igualdad ante la ley, igualdad ante las partes, de juicio previo y debido proceso, de presunción de inocencia y de prohibición de*

⁴⁰ Véanse los periódicos *El Sol de México*, primera plana y *Milenio*, en línea, Redacción, 15:59 hrs.

doble enjuiciamiento, previstos en los artículos 10 a 14, *ídem*. Lo anterior da a entender que el nuevo sistema procesal acusatorio se ajustará más a las exigencias del Estado democrático de derecho y será más protector de los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte. Pero, lo anterior también ha hecho que algunos afirmen que el cambio de sistema de justicia penal es *radical*, porque ahora el expediente ya no constituirá el objeto de la tramitación del procedimiento penal sino que el proceso penal acusatorio debe ser *oral*; mientras que otros afirman que el cambio es importante pero no radical, pues muchas de las cosas preexistentes siguen orientando al nuevo sistema de justicia penal.

Ahora bien, todo parecería indicar que, con las reformas constitucionales de 2008 y 2011 y con el nuevo CNPP, según lo señalado en el párrafo anterior, si se admite que el nuevo sistema procesal implica un cambio *radical* y totalmente ajustado a las exigencias del Estado democrático de derecho, la forma de actuación de los órganos encargados de procurar y administrar la justicia penal se ajustaría cabalmente a los principios y garantías previstos tanto en la Constitución como en la ley procesal y, consecuentemente, no habría ya violación a los derechos humanos dentro del procedimiento penal. Por lo que, si las cosas realmente funcionaran así a partir de ahora, ya no habría mayor razón de ser de los recursos o medios de impugnación y, por tanto, tampoco habría que acudir al juicio de amparo. Tal vez algunos de estos medios serían utilizados solo para otras cuestiones –de forma o de fondo– que no tuviesen que ver con inobservancias o violaciones a principios, garantías o derechos humanos.

Pero, es claro que una cosa es la sola existencia de la ley, es decir, el plano meramente *formal*, y otra su

aplicación concreta, esto es, el plano *material*, el de la realidad. Y si bien lo primero es fundamental, porque establece el marco normativo dentro del cual y conforme al cual debe desarrollarse la actuación de sus aplicadores, no debe pasarse por alto que estos con frecuencia se apartan de dicho marco, y de ahí que, también con cierta frecuencia, se afirme la distancia que existe entre ambos planos. En otras palabras, las exigencias de la norma o de la ley no se traducen en una automática respuesta positiva o adecuada de sus destinatarios; y muestra de ello lo da la realidad. Por lo que, siendo *realistas*, ciertamente el cambio de la ley posibilita un cambio de actuación de los operadores del sistema penal, pero ello no garantiza que habrá un respeto absoluto de los derechos humanos dentro del procedimiento penal; y esto es así, al punto que la propia ley reconoce la necesidad de los mecanismos que tratan de garantizarla y de los medios para impugnar inadecuadas formas de actuación o decisiones que resultan contrarias a la Constitución y a los derechos humanos.

b) En efecto, por lo que se refiere al *juicio de amparo*, este no queda excluido del nuevo sistema procesal penal en tanto que en el nuevo sistema, si bien con algunos nombres distintos, se reconocen los mismos actores o sujetos que intervienen en las diferentes etapas del procedimiento y los mismos actos procedimentales que corresponden ser realizados por el ministerio público y la policía de investigación, así como las mismas resoluciones (autos y sentencias) que pueden dictar los jueces. Por lo que, en el nuevo sistema procesal igualmente existirá la posibilidad de que se afecten la libertad o algún otro derecho de las personas involucradas en hechos penalmente relevantes o en procesos penales, quienes también tendrán la necesidad de contar con mecanismos de protección.

c) En el nuevo procedimiento penal las audiencias, sobre todo las del juicio, serán *orales, contradictorias y públicas*, donde se formulará la acusación, la defensa presentará sus pruebas y existirá un contacto presencial y directo con el juez de juicio, quien se supone no ha tenido alguna aproximación previa con los antecedentes del proceso, garantizándose así su imparcialidad⁴¹. De esta manera, cada operador del sistema tiene asignado un rol concreto⁴², con lo que se busca garantizar la organización y funcionamiento del sistema de justicia penal. Como puede apreciarse, las audiencias orales se apoyarán con la nueva tecnología a través de las videogramaciones, sin que exista la necesidad de que estén apoyadas en transcripciones escritas para su estudio, cambiando de esta manera la forma de tramitación de los procedimientos penales y su forma de resolución.

En cuanto al juicio de amparo, y de acuerdo con la legislación actual, se prevé que los amparos presentados y tramitados sean en línea, es decir, por vía electrónica⁴³ y

⁴¹ Al establecer la competencia jurisdiccional en el Capítulo VII, Jueces y Magistrados, en el artículo 133 a cada juzgador se le asigna atribuciones para ejercerlas en cada etapa del procedimiento, de tal manera que ante incumplimientos e incluso parcialidad que pudiera acreditarse, se encuentran a favor de las partes o algún otro afectado, los recursos y medios de impugnación correspondientes.

⁴² Véase el Título V Sujetos del Procedimiento y sus Auxiliares, a partir del artículo 105 del CNPP precisa que los sujetos del procedimiento penal son: la víctima u ofendido, el asesor jurídico, y el imputado, el defensor, el ministerio público, la policía, el órgano jurisdiccional y la autoridad de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso. Pero que tienen calidad de parte en los procedimientos previstos en ese Código, el imputado y su defensor, el ministerio público, la víctima u ofendido y su asesor jurídico, pero además se señalan los roles de cada uno.

⁴³ En el periódico *Reforma*, p. 2, Víctor Fuentes señala que ...*por lo menos 80 millones de pesos invertirá el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) en un nuevo sistema de firma electrónica. El sistema permitirá que todas las demandas de amparo y promociones ante los juzgados federales sean*

la celebración de las sesiones públicas sean videografiadas cuando los tribunales colegiados de circuito resuelvan y aprueban los expedientes en amparo directo así como los recursos que se encuentran a su disposición; de esta manera los juicios penales y los de amparo se adecuan a la nueva tecnología.

d) En el procedimiento penal, las etapas de la investigación inicial y la complementaria están confiadas al ministerio público y a la policía y tienen como finalidad garantizar la existencia de la acusación para incoar el proceso penal; también se cuenta ahora con la presencia del juez de control⁴⁴, que a su vez es diferente del juez de juicio –quien emite la sentencia– y del juez de ejecución penal⁴⁵, que tiene la función de autorizar las medidas cautelares y todo lo relativo a la producción anticipada de eventuales pruebas urgentes y técnicas de investigación

presentadas por internet [...] Para su operación será necesario instalar 62 estaciones en palacios de justicia de todo el país, con cámaras digitales y un sistema biométrico de reconocimiento decodificar capaz de almacenar hasta 2 millones de registros, similar al que utiliza el Servicio de Administración Tributaria (SAT) para registrar a los contribuyentes. El proyecto técnico y financiero fue presentado por la Dirección General de Tecnologías de la Información del CJF en junio de 2013, con un costo estimado de 79.4 millones de pesos...，“Apuestan a firma electrónica en litigios”，23 de febrero de 2014.

⁴⁴ El artículo 16 de la Constitución Federal establece: ...Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos... El 5 de enero de 2009 instauró el Poder Judicial Federal, 6 juzgados de distrito especializados para el dictado de las medidas cautelares, como parte de la implementación de la reforma penal constitucional, y en el CNPP establece en el a. 133 fracción I que el juez de control conocerá y resolverá sobre las actuaciones del inicio de la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio.

⁴⁵ El CNPP no contempla la etapa de ejecución penal, no obstante ser la última etapa del procedimiento penal, según la opinión dominante en la doctrina procesal penal.

que requieran autorización judicial. Lo anterior permite la existencia del *juicio de amparo indirecto*, para aquellos casos en que el ejercicio del poder penal desde la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio se extralimite en perjuicio de los derechos humanos de los individuos involucrados en problemas penales.

e) Por su parte, los jueces de enjuiciamiento –como hasta ahora así ha sido en el sistema penal mexicano– deben concretarse a decidir las cuestiones planteadas por la acusación y la defensa, sin que puedan ya convertirse en acusadores⁴⁶. Su *imparcialidad* debe estar orientada a la *igualdad procesal* de las partes; pero, por supuesto, sus resoluciones también pueden ser objeto de impugnaciones y, por tanto, del *juicio de amparo directo*, en tanto que con ellas también se pueden conculcar derechos humanos.

Y en cuanto al imputado, este gozará del amplio *principio de inocencia*, cuya presunción solo se podrá destruir con la culpabilidad demostrada en el proceso; consecuentemente, las partes inician y delimitan el objeto del proceso y a ellas les compete introducir los hechos y la carga de probarlos así como la de solicitar la práctica de los medios probatorios. Frente a violaciones procesales que se cometieran durante el desarrollo del juicio penal y que trasciendan en la sentencia que se emita, una vez agotado el principio de definitividad, las partes afectadas también podrán recurrir al juicio de amparo directo para solicitar la reparación de los derechos que se le hubieren violado.

f) A diferencia de lo que hasta ahora ha sucedido, de que el ministerio público desahoga medios probatorios y los valora en la averiguación previa y, además,

⁴⁶ Como sucede en sistemas inquisitivos que cuentan con el juez de instrucción, tal como era en México hasta 1917.

esas pruebas constituyen la parte fundamental del proceso, la nueva legislación establece en el artículo 358 (*Oportunidad para la recepción de la prueba*), lo siguiente:

La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá desahogarse durante la audiencia de debate de juicio, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.

Luego, solo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio; sin embargo, se precisa que se trata de la prueba que *hubiere de servir de base a la sentencia*⁴⁷. De acuerdo con lo anterior, entonces, no se excluye que el ministerio público en el desarrollo de su actividad investigatoria recabe, desahogue y valore también medios probatorios; pero es evidente que ello lo hará necesariamente para los efectos del ejercicio de su propia potestad, que es determinar si se reúnen los requisitos para ejercer o no la acción penal⁴⁸ y, en su caso, para acusar o no. Dicha determinación no puede sino sustentarse en medios de prueba, si bien con un estándar menor que el exigido para otras resoluciones como es la sentencia; medios de prueba que servirán para acreditar sobre todo requisitos materiales para la orden de aprehensión o el auto de vinculación a proceso. Pero, además, lo dicho se corrobora cuando la propia reforma constitucional prevé que podrán admitirse en juicio, aunque sea de manera excepcional, *pruebas anticipadas* que, por su naturaleza, requieran *desahogo previo* y bajo el control judicial, cuestión que fue retomada por el CNPP en sus artículos 304 a 306.

⁴⁷ Véase también el artículo 20, inciso A), fracción III, de la Constitución, y el artículo 402 del CNPP.

⁴⁸ Cfr. Moreno Hernández, M.: “Retos...” cit., pp. 546 y siguientes.

g) Ahora bien, para lograr la implementación del sistema de justicia penal, en los términos de la reforma constitucional de 2008, como ya se afirmó, habrá que capacitar a los operadores que intervienen, ya sea como acusadores, juzgadores o defensores, exigiendo en todos ellos, además de amplios y adecuados conocimientos, honorabilidad en sus actuaciones y, en general, un cambio de actitudes de acuerdo con los nuevos roles que cada uno habrá de jugar. Habrá que operar, también, un profundo proceso de *desburocratización* de la procuración y administración de la justicia, sobre todo por lo que hace a la gestión administrativa⁴⁹, para el cambio integral del sistema de justicia penal en todos sus ámbitos, incluyendo tanto los legales como los culturales y operativos⁵⁰.

Por su parte, el *juicio de amparo* como instrumento garantizador de derechos humanos estará presente como medio de impugnación para el imputado, para la víctima o cualquier otro interviniente del proceso penal que se vea afectado en su esfera jurídica, desde la propia investigación inicial hasta concluido el procedimiento penal, y no obstante la regulación de los actos ministeriales ante el juez de control, ello no delimita que algunas resoluciones importantes, como serían la orden de aprehensión, diversas medidas cautelares, el auto de vinculación a proceso, la sentencia definitiva, entre otros, puedan ser además reclamadas a través del juicio de amparo, con el fin de dar mayor seguridad jurídica a quien lo interpone.

⁴⁹ En donde actualmente es incuestionable la existencia de un mayor número de personal administrativo que de personal judicial.

⁵⁰ El especialista Vargas Vianco, J. E., en su obra “La nueva...” cit., precisa cómo se han ido receptando las reformas procesales en diversos países de Latinoamérica y las experiencias que México puede retomar de esas nuevas prácticas en las transformaciones a sus sistemas judiciales.

III. Las reformas en materia de derechos humanos y amparo y su vinculación con la reforma penal

a) En la reciente Ley de Amparo⁵¹ ya se encuentran regulados gran parte de los criterios expuestos por los tribunales federales a través de las tesis de jurisprudencia que no se contenían en la ley anterior, y que ahora permite dar mayor seguridad jurídica a los gobernados, como son los que tienen que ver con la ampliación de la demanda de amparo, la precisión de la competencia de los tribunales de la Federación, la apariencia del buen derecho y del interés social en la materia de la suspensión del acto reclamado, el nuevo procedimiento de ejecución de sentencias de amparo, el concepto ampliado de autoridad, entre otros. Pero, además, surgieron nuevos temas como el amparo adhesivo, el interés legítimo y el interés colectivo, los plenos de circuito, la declaratoria de inconstitucionalidad, las formas de integración de la jurisprudencia, y otros. Todo ello aunado a la reforma constitucional de los derechos humanos del 2011, donde se amplía el ámbito protector del juicio de amparo, pues conforme al artículo 103 fracción I de la Constitución Federal, se amplía la competencia de los tribunales de la Federación para que conozcan de controversias que se susciten, por normas generales, actos u omisiones de la autoridad, que violen *derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución*, así como por los *tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*, conservando la competencia prevista en las fracciones I y II del citado precepto constitucional.

⁵¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013 y entró en vigor al día siguiente.

b) Sobre este tenor, la SCJN ha venido emitiendo resoluciones en donde analiza la importancia del derecho humano que se ha vulnerado y sus repercusiones en las soluciones del juicio de amparo en materia penal.

Así, en el Informe Anual de Labores 2013 del Ministro Juan N. Silva Meza, Presidente de la SCJN, se señala, en el capítulo 2 *Actividad Jurisdiccional*, que en relación al **derecho del respeto de la dignidad humana**, el Pleno declaró la invalidez de una norma que establecía el cobro a los reos para su manutención en los reclusorios, en razón de que se violó el derecho al respeto de la dignidad humana⁵², porque se afectaba el patrimonio de los internos, la efectiva reinserción social, el mínimo vital que requieren, su igualdad y dignidad humana.

En otros asuntos⁵³, la SCJN resolvió sobre el tema de **libertad de expresión frente a los derechos al honor y a la intimidad** y estableció que cuando se divultan aspectos de la vida privada de una persona, solo podría justificarse si existiera interés público para hacerlo. En un caso particular, estimó que la publicación era de máximo interés público, ya que se denunciaba la pederastia y la prostitución infantil, y que era necesario publicitarlo para que las víctimas identificaran al acusado, a pesar de la reserva de datos personales. También la Primera Sala publicó la tesis **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN**⁵⁴, donde precisamente define el criterio de sigilo o reserva de la identificación de los detenidos

⁵² Véase la acción de inconstitucionalidad 24/2012. Informe Anual 2013, p. 18.

⁵³ Amparo directo 3/2011. Mismo Informe, p. 19.

⁵⁴ Publicada en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XX, Mayo 2013, Tomo I, Materia Constitucional, Tesis 1a. CLXXVIII/2013 (10a.), p. 565.

presentados en los medios de comunicación para evitar violación de sus derechos fundamentales referentes a la presunción de inocencia.

En cuanto al **derecho a las garantías judiciales y protección judicial**, el Pleno de la Corte en diversos amparos directos en revisión⁵⁵, reguló el criterio de que la defensa efectiva debía de ser técnica y proveída por un profesional del derecho, es decir, en la declaración rendida ante el ministerio público es indispensable la presencia del defensor particular o de oficio, según elija el acusado, porque de no hacerlo así ello implica de suyo una violación al debido proceso legal. Asimismo, la Primera Sala en la tesis con el rubro **DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. ALCANCES Y MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE ACTUALIZA ESTE DERECHO FUNDAMENTAL**⁵⁶, interpreta la necesidad de contar con un profesional del derecho como defensor en el procedimiento penal.

De igual manera, debe existir para los extranjeros procesados en México, la asistencia consular, para asegurar los derechos de defensa y debido proceso legal⁵⁷. En ese tenor, la Primera Sala igualmente se pronunció, entre otras tesis, sobre el tema, en **DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. FUNCIONES BÁSICAS QUE ESTE DERECHO IMPLICA**⁵⁸.

Finalmente, respecto del **derecho a la presunción de inocencia**, la Segunda Sala de la SCJN, a principios

⁵⁵ Op. Cit. p. 20. Amparos directos en revisión 207/2012, 2885/2012, 2990/2011.

⁵⁶ Localizable en la publicación oficial, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1 Materia Constitucional, Tesis 1a. CCXXVI/2013 (10a.), p.: 554.

⁵⁷ Loc. Cit. Amparo directo 72/2012 y amparos directos en revisión 517/2011 y 886/2013.

⁵⁸ La que aparece en la misma publicación, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo I, Materia Constitucional, Tesis 1^a. CLXX/2013 (10^a.), p. 529.

del año 2013, sostuvo el siguiente criterio en la tesis **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. CONSTITUYE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL APLICABLE EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL**⁵⁹; sin embargo, un año después, el Pleno de este alto tribunal fijó como criterio que el principio de presunción de inocencia también es aplicable al procedimiento administrativo sancionador⁶⁰. Es decir, ahora este principio es aplicable tanto para la materia penal como para la materia administrativa por lo que hace a las infracciones; lo que, sin duda, provocará alguna discusión en la doctrina, dada la diversa naturaleza que tiene cada una de estas materias, sobre todo por lo que hace a los presupuestos de sus consecuencias jurídicas. En materia penal se ha precisado que la *presunción de inocencia* no se destruye mientras no se compruebe de manera plena e indudable los elementos constitutivos del delito que se imputan al acusado⁶¹, es decir, mientras no se acrediten todos y cada uno de los presupuestos de la pena, entre los que se encuentra la culpabilidad del procesado; porque, mientras no haya prueba en contrario, se goza de la presunción de inocencia.

⁵⁹ Publicada en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, Libro XVI, Enero 2013, Tomo 2, p. 1687.

⁶⁰ Por mayoría de nueve votos contra dos, los ministros resolvieron que este se lleve a cabo en forma de juicio, con el fin de aplicar una sanción a un particular o servidor público que incurre en una violación. *El Sol de México* en línea, Hugo Hernández, 06:59 hrs.; *La Prensa* en línea, Hugo Hernández, 08:39 hrs.; *El Heraldo de Puebla*, Redacción, 07:32 hrs.; *El Sol de Torreón* en línea, Notimex, 07:06 hrs., todos del 30 de enero de 2014.

⁶¹ Véase la causa penal 48/2011 resuelta por el Juez Décimo Octavo de Distrito de Procesos Penales Federales del Distrito Federal, publicado en el Informe Anual 2013, p. 21; así como la tesis de la Primera Sala de la SCJ denominada *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA*, que se localiza en el Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, Materia Constitucional, Penal, Tesis: 1a. XCVI/2013 (10a.), p. 966, de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

El nuevo paradigma que enfrentan los juzgadores en la aplicación de estas reformas constitucionales y legales sobre el tema, ha dado como resultado que la SCJN realice nuevas interpretaciones constitucionales sobre derechos humanos, seguidas por los tribunales colegiados de Circuito que revisan aspectos de legalidad, y fundamentalmente aquellos que revisan el sistema acusatorio de entidades federativas que ya lo implementaron parcial o totalmente.

c) Bajo este panorama aparece ahora el CNPP, que tiene como finalidad desarrollar las bases que sobre el nuevo sistema procesal acusatorio y oral establece la Constitución, así como unificar los criterios aplicables en los procesos penales realizados en toda la República, tanto del orden federal como del fuero común, facilitando con ello la tarea tanto de los juzgadores como de los defensores y del órgano acusador, al poder interactuar con una sola legislación en cualquier entidad federativa, es decir, con la nueva legislación procesal penal no habrá necesidad de que aparezcan diversos criterios de cómo valorar las actuaciones, de cómo aplicar los plazos y los recursos y, en general, se propiciará que haya seguridad jurídica para los acusados y víctimas en el proceso. Sin embargo, como la unificación de criterios no es sinónimo de la aplicación de los mejores criterios o de que todos se ajusten a las exigencias del debido proceso penal en un estado de derecho, con el nuevo CNPP es patente la presencia del *juicio de amparo*, como mecanismo de protección y reparador cuando se vulneren derechos humanos durante el procedimiento penal.

Lo anterior quiere decir que, no obstante los cambios en el sistema procesal penal y los cambios en materia de derechos humanos, así como contar con una nueva Ley de Amparo, no se excluye que en el nuevo sistema de justicia penal se sigan dando violaciones a los derechos humanos

durante las distintas etapas del procedimiento penal, a pesar de que se trate de un sistema eminentemente *garantista*; por lo que, aun cuando sea en menor medida, que sería lo deseable, siempre existirá la necesidad de protegerlos y reponerlos y, para ello, uno de los más adecuados mecanismos lo seguirá siendo el amparo.

IV. Relación entre el sistema procesal acusatorio y el juicio de amparo: ¿Tiene algún impacto el juicio de amparo en la funcionalidad de los procesos acusatorios?

a) En razón de que la reforma constitucional de 2008 ha sido caracterizada como una reforma *garantista* del sistema de justicia penal, precisamente por reconocer un amplio catálogo de derechos y de garantías tanto a favor del imputado como de la víctima, puede decirse en principio, que a nadie –pero sobre todo de entre quienes pugnaron fuertemente por dicha reforma– podría ocurrírsele la idea de prescindir del *juicio de amparo* dentro de este nuevo sistema, cuando es claro que él tiene la función de reparar derechos humanos vulnerados por actos de autoridades, en su sentido estricto y ampliado, máxime que la última reforma constitucional de 2011 viene a reforzar la idea de que entre los instrumentos garantizadores de los derechos humanos –entre ellos los derechos fundamentales⁶² del gobernado está el juicio de amparo.

⁶² Sobre el tema de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, la Primera Sala de la SCJN no ha hecho una distinción precisa de lo que debe entenderse por unos y por otros, o si se trata de la misma cosa. En el criterio jurisprudencial 107/2012 que sustenta la tesis *PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE*, al interpretar el contenido del artículo 1º de la Constitución Federal expresa que los derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son *derechos fundamentales*, en tanto los establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, son *derechos humanos*. Pero sigue señalando que cuando existan

Si tomamos en cuenta la experiencia que en materia de impugnaciones han tenido los países latinoamericanos que han reformado sus sistemas de justicia penal en los últimos tiempos, podemos observar que, con excepción de Guatemala, la mayoría de ellos no cuenta con un juicio de amparo como lo tenemos legislado en México. Por ello, la tendencia seguida por ellos al modificar sus legislaciones procesales penales ha sido en el sentido de limitar la doble instancia, es decir, de limitar el uso de los recursos o medios de impugnación. Incluso, en el caso de Chile se ha dicho que la supresión del juicio de amparo es lo que ha permitido el desarrollo de un *eficiente sistema acusatorio y oral*. En Guatemala, en cambio, que tienen un juicio de amparo parecido al nuestro, el sistema procesal penal que se creó hace alrededor de 20 años con una dosis cargada de *garantismo*, para no decir de *hipergarantismo*, hasta ahora no ha podido

interpretaciones diversas entre la Ley Fundamental y los tratados, prevalecerá la que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. Luego, *el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano*. Jurisprudencia publicada en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012 Tomo 2, Materia Constitucional. Desde otra perspectiva, la SCJN también ha señalado que las garantías individuales se conciben como elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público, en tanto que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se precisa que los derechos humanos son atributos de la persona humana, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición y, en ese sentido, el Estado no puede concederlos, sino reconocerlos y velar por su efectivo ejercicio. De cualquier manera que se vean a los derechos humanos, serán los criterios de interpretación de los tribunales colegiados de circuito quienes determinarán con precisión estos conceptos. Boletín Electrónico de las reformas penal, del juicio de amparo y derechos humanos. Número 15, agosto 2013. Consejo de la Judicatura Federal.

funcionar⁶³ como se espera de todo nuevo sistema. Se trata, entonces, de dos experiencias –Chile y Guatemala– que tienen un denominador común, el sistema procesal acusatorio y oral, pero con resultados diferentes; y, al parecer, los resultados del sistema procesal se quieren hacer depender del uso o no del juicio de amparo.

Es clara, entonces, la necesidad de un análisis más detenido de este punto, para determinar cuál es la relación que existe o puede existir entre la funcionalidad o infuncionalidad del sistema procesal penal y el uso del amparo⁶⁴. Pero, aun cuando se cuenta con estas dos experiencias latinoamericanas, y aun cuando se afirme que en el sistema de justicia penal mexicano no se podría prescindir del amparo, no por ello habría necesariamente que concluir que la suerte del sistema penal mexicano sería como la de Guatemala. Considero que tal vez lo más recomendable para México sería que nuestro sistema tenga su propia experiencia y que muestre sus propias capacidades, haciendo uso de las instituciones sólidas y consolidadas con que cuenta; lo que, por supuesto, no quiere decir que tenga que hacer a un lado la consideración de las experiencias externas y del derecho comparado.

b) Por lo pronto, habrá que partir de la premisa de que aun con todas las virtudes que se atribuyen al sistema procesal penal acusatorio, de que será más transparente y más respetuoso de los derechos humanos, no existe garantía alguna de que con el nuevo sistema se excluirán los actos de autoridad que vulneren la integridad física de los gobernados, que lo priven ilegalmente de su libertad, o que afecten sus bienes o derechos con motivo de la investigación de los delitos. Por ello, no hay

⁶³ Véase Barrientos Pellicer, C.: “Evaluación...” cit., pp. 45 y ss.

⁶⁴ Pero ello, por ahora, rebasa los alcances y objetivos de este trabajo.

duda que el juicio de *amparo indirecto* en materia penal seguirá funcionando de la misma manera que hasta ahora, aun cuando su uso pueda verse reducido por los demás mecanismos de control que existen en esta etapa del procedimiento, como por ejemplo, el control judicial de ciertos actos del ministerio público y de la policía de investigación a cargo del *juez de control*; así, cuando se interpone un recurso en el procedimiento penal no se suspenderá la ejecución de la decisión, salvo en las excepciones previstas en el propio CNPP (a. 463), pues en estos casos solo se llegaría al juicio de amparo si la violación trascendiera a la esfera jurídica del gobernado.

Lo propio puede decirse con relación a aquellos actos de las autoridades que intervienen en la ejecución de las sanciones penales, incluyendo a los *jueces de ejecución de sanciones penales*; y lo mismo puede seguir sucediendo por lo que hace a las detenciones, las órdenes de aprehensión y las medidas cautelares, entre otros, incluyendo los autos de vinculación a proceso, en que los actos de autoridad recurribles serían ahora los del *juez de control*. Asimismo, podrá también seguirse admitiendo la recursividad en el propio juicio de amparo indirecto, en el sentido de impugnar en revisión o en queja la resolución del juez de Distrito en materia de amparo; y, de acuerdo con la nueva legislación de amparo, se han establecido plazos para interponerlo contra todo este tipo de actos dentro del procedimiento penal, precisamente obedeciendo a la idea de mayor celeridad en la justicia⁶⁵.

c) Por otra parte, durante el año 2013, la SCJN y los tribunales colegiados de circuito, TCC, generaron diversos *criterios sobre violaciones a derechos humanos en el procedimiento penal*; criterios que ahora deben ser

⁶⁵ Véase el Capítulo III, Plazos, artículos 17 y siguientes de la LA.

objeto de reflexión para determinar su compatibilidad con los contenidos de la nueva ley procesal penal.

* Así, con relación al tema de la **cadena de custodia**, en octubre de 2013, la Primera Sala de la SCJN sostuvo que el conjunto de medidas que deben tomarse para preservar íntegramente las evidencias encontradas en una escena del crimen se le denomina *cadena de custodia*, y que su finalidad es garantizar que todos los indicios recabados sean efectivamente los que se reciban posteriormente en los laboratorios para su análisis debiendo conocer para tal efecto el itinerario de cómo llegaron hasta el juzgador junto con el nombre de las personas que se encargaron de su manejo⁶⁶.

Ciertamente, el éxito o fracaso de una investigación penal suele estar determinado por la protección y análisis de la escena del crimen y sus escenas relacionadas; por ello, en la investigación inicial, los operadores que la manejan deben ser escrupulosos en los indicios encontrados y protegerlos por las vías conducentes. Así la Primera Sala sustentó el siguiente criterio **CADENA DE CUSTODIA. DIRECTRICES PARA QUE LOS INDICIOS RECABADOS EN LA ESCENA DEL CRIMEN PUEDAN GENERAR CONVICCIÓN EN EL JUZGADOR**⁶⁷.

El CNPP, dentro del Capítulo III, *Técnicas de Investigación*, además de definir la cadena de custodia (a. 227), establece de manera concreta la responsabilidad de quienes tengan contactos con los indicios (a. 228) y, para atender el contenido del citado criterio de la SCJN,

⁶⁶ Cfr. Tesis aislada publicada en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, Tesis 1a. CCXCV/2013 (10a.), p.1043, con el rubro **CADENA DE CUSTODIA. DEBE RESPETARSE PARA QUE LOS INDICIOS RECABADOS EN LA ESCENA DEL CRIMEN GENEREN CONVICCIÓN EN EL JUZGADOR**.

⁶⁷ Localizado en la misma publicación y bajo la tesis 1a. CCXCVII/2013 (10a.), p. 1044.

se tendrán que identificar plenamente los servidores públicos que la manejen con sus firmas respectivas. Sobre este tema, en un juicio de amparo resuelto en el Estado de Sonora⁶⁸, el juez de Distrito concedió la protección federal al quejoso que impugnó la cadena de custodia, en donde se determinó un aseguramiento del objeto del delito, en razón de que el ministerio público no se cercioró si los agentes policiacos que participaron en la detención del quejoso y el aseguramiento del objeto material del delito, llevaron a cabo el procedimiento correspondiente a la cadena de custodia, así como la motivación y fundamentación exigida; por tales razones, se concedió el amparo para que la autoridad se ajustara al principio de legalidad y dicho medio de impugnación fue confirmado por el tribunal revisor.

* Referente a la **inviolabilidad de las comunicaciones privadas**, la Primera Sala de la SCJN se pronunció en el año de 2012, al resolver una contradicción de tesis entre los tribunales colegiados de Chihuahua y Morelos, en el sentido de que los datos almacenados en un teléfono, ya sea en forma de texto, audio, imagen o video, no pueden ser utilizados por el ministerio público sin la autorización de una autoridad judicial, porque se violaría el derecho humano de las comunicaciones privadas que gozan todos los gobernados⁶⁹. Paralelamente a esta decisión, a mediados de enero de 2014, el Pleno de la SCJN analizó una acción de inconstitucionalidad planteada por el

⁶⁸ Véase el Amparo en revisión 67/2013, del índice del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito.

⁶⁹ Véase la tesis con el rubro *DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A LOS DATOS ALMACENADOS EN EL TELÉFONO MÓVIL ASEGURADO A UNA PERSONA DETENIDA Y SUJETA A INVESTIGACIÓN POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO*, publicación oficial, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1, Materia Constitucional, Tesis 1a./J. 115/2012 (10a.), p. 431.

Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en la que solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 133 Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales⁷⁰, 16 fracción I, Apartado A⁷¹ y 40 bis⁷² de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en razón de que se autoriza al ministerio público rastrear teléfonos celulares en tiempo real para investigar posibles

⁷⁰ Artículo 133 Quáter. *Tratándose de investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas, el Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue la facultad, solicitarán por simple oficio o medios electrónicos a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren relacionados.— De todas las solicitudes, la autoridad dejará constancia en autos y las mantendrá en sigilo.— En ningún caso podrá desantenderse la solicitud y toda omisión imputable al concesionario o permisionarios, será sancionada en términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal.— Se castigará a la autoridad investigadora que utilice los datos e información obtenidos como resultado de localización geográfica de equipos de comunicación móvil para fines distintos a los señalados en este artículo, en términos de lo establecido en la fracción IV del artículo 214 del Código Penal Federal.*

⁷¹ Artículo 16. *Para llevar a cabo el procedimiento de licitación pública a que se refiere el artículo 14 de esta Ley, la Secretaría publicará en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico de la entidad o entidades federativas cuya zona geográfica sea cubierta por las bandas de frecuencia objeto de concesión, convocatoria para que cualquier interesado obtenga las bases correspondientes. — Las bases de licitación pública incluirán como mínimo:*

— I. Los requisitos que deberán cumplir los interesados para participar en la licitación, entre los que se incluirán: — A. Los programas y compromisos de inversión, de cobertura y calidad de los servicios que se pretenden prestar; ...

⁷² Artículo 40 Bis. *Los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones, están obligados a colaborar con las autoridades en la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas a solicitud del Procurador General de la República, de los procuradores de las entidades federativas o de los servidores públicos en quienes deleguen esta facultad, de conformidad con las leyes correspondientes. — cualquier omisión o desacato a estas disposiciones será sancionada por la autoridad, en los términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal.*

conductas delictivas de secuestro, amenazas, extorsión, contra la salud y delincuencia organizada, sin autorización judicial. Al respecto, se determinó que la geolocalización es un acto de molestia, pero que existe interés público en salvaguardar a la víctima aunque pudiese violar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas⁷³. De esta manera, con la declaratoria favorable de la SCJN, se faculta al ministerio público que intervenga comunicaciones privadas cuando lo estime pertinente en investigaciones sobre tales conductas ilícitas.

En cuanto al CNPP, en el capítulo correspondiente a los *actos de investigación*, entre otros, los particulares podrán aportar voluntariamente a la investigación o al proceso penal las comunicaciones entre particulares, las que deberán estar vinculadas con el delito que se investiga –a.276–; pero, cuando el ministerio público considere necesaria la intervención de comunicaciones privadas, se requerirá la autorización judicial para practicarla –a.291–. Y respecto de la geolocalización de equipos de comunicación, también el artículo 303 se ajusta a los lineamientos de la solicitud que tiene que hacer el ministerio público a los concesionarios o permisionarios o comercializadoras del servicio de telecomunicaciones o comunicación vía satélite, para la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con los hechos que se investigan, bajo su más estricta responsabilidad, sin requerir autorización judicial. Pero, además, conservará la información hasta por un tiempo máximo de 90 días. De esta forma se trata de evitar alguna

⁷³ Véanse, las publicaciones en *Excelsior*, Yuriria Sierra, p. 17; *Reforma*, Victor Fuentes, p. 11, ambas del 15 de enero de 2014; *La Jornada*, Jesús Aranda, p. 10; *El Financiero*, Fernando Ramírez de Aguilar, p. 24, todos del 17 de enero de 2014.

violación de derechos humanos que pudiere trascender en la esfera jurídica del investigado y que, en su caso, se repararía a través del juicio de amparo.

* El **ejercicio de la acción penal**, de conformidad con el nuevo CNPP, se inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, con la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia; pero, no obstante que se haya ejercido acción penal, el ministerio público continuará con la dirección de la investigación, como lo precisa el artículo 211 de la nueva legislación procesal. En efecto, a pesar de las adiciones que sufrió el artículo 21 de la Constitución Federal en 2008, donde se adicionó el supuesto de ejercicio de la acción penal por parte de los particulares, ahora recogido en el artículo 426 del CNPP, el ministerio público sigue conservando la competencia para investigar los delitos, verificar la probable responsabilidad de los involucrados e instar la actuación jurisdiccional mediante la materialización de la acción penal y la remisión de la llamada *carpeta de investigación* a la autoridad competente –véase artículo 127 del CNPP–.

Igualmente encontramos otro caso de excepción del ejercicio de la acción penal, que no es realizado por parte de la autoridad ministerial, que es el previsto en el artículo 107 XVI de la propia Constitución, que establece la *facultad de la SCJN para consignar* a las autoridades omisas en el cumplimiento de una ejecutoria de amparo; pero dicha excepción tampoco trastoca la función esencial encomendada al ministerio público⁷⁴.

⁷⁴ Sobre el tema véase la tesis de la Primera Sala de la SCJ publicada en Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, p. 1049, con la voz: *EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*.

Ahora bien, contra la abstención u omisión del ministerio público de seguir investigando, la reserva o el archivo temporal y el no ejercicio de la acción penal, entre otros actos ministeriales, actualmente procede el *amparo indirecto* para que el juez de Distrito estudie la constitucionalidad o legalidad del acto impugnado, bajo los plazos establecidos en la Ley de Amparo y la legitimación que tienen las partes para hacerlo valer. Con el CNPP también se prevé otra forma de terminación anticipada de la investigación, que se da con la aplicación de algún criterio de oportunidad, artículos 256 y 257, *ídem*. Luego, si en este caso alguna de las partes se ve afectada en un derecho humano que trascienda a su esfera jurídica el *juicio de amparo indirecto* también será procedente para el estudio correspondiente de dicha violación.

En tratándose del **particular que ejerce la acción penal** y que dentro de sus atribuciones llegara a afectar la esfera jurídica del imputado, también podría plantearse la posibilidad de que el afectado pudiera impugnarlo a través del amparo; pero, en este caso el tribunal federal del conocimiento tendría que analizar previamente su legitimación para determinar su procedencia, pues la Ley de Amparo prevé la posibilidad de reclamar no sólo actos de los poderes públicos sino también de particulares –a. 1º–; y entiende por particulares aquellos que tengan la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos humanos –a. 5º–. De esta manera, es factible que contra actos de particulares que se encuentren integrando datos de prueba que sustenten su acción –a. 428 del CNPP– y de ello derive algún acto u omisión que conculque derechos fundamentales del gobernado, el amparo sea la vía procedente para repararlos, independientemente de que la acción penal la ejerza ante el juez de control,

quién determinará sobre su admisión o tenerla por no interpuesta –a. 431, ídem–.

* En **actos que afectan la libertad del imputado**, indiscutiblemente que procede el *amparo indirecto* previo agotamiento del recurso o medio de defensa y dentro de los plazos establecidos en la Ley de Amparo. El CNPP establece dos recursos: a) el de *revocación*, que procede contra resoluciones de mero trámite que se resuelvan sin sustanciación –a. 465–, y b) el de *apelación* que, entre otras resoluciones, es procedente contra la negativa o cancelación de la orden de aprehensión; contra las que se pronuncien sobre medidas cautelares y providencias precautorias; y respecto del auto de vinculación a proceso –a. 467 CNPP–.

Es importante puntualizar que el amparo en materia penal, como instrumento de garantía constitucional y protección de derechos de los gobernados, sigue procediendo contra actos privativos de la libertad personal y aquellos que atenten contra la integridad física de los gobernados; pero, cuando los ataques a la libertad son fuera de procedimiento, o haya incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, desaparición forzada de personas, incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, o cualesquiera de los actos previstos en el artículo 22 de la Constitución Federal, así como los actos que impliquen peligro de privación de la vida, no hay término para la interposición de la demanda de amparo, por estimarse actos urgentes –a. 17 IV–. En cambio, cuando los actos privativos de la libertad sean dentro del procedimiento, como en este caso lo es el proceso penal acusatorio, tratándose de la orden de aprehensión, comparecencia, cualquier medida cautelar restrictiva de la libertad, entre otros, el agraviado tendrá que ajustarse al término de 15 días para la interposición

del juicio constitucional; lo que implica se eviten mayores dilaciones procesales.

* En relación con el **auto de vinculación a proceso**, si bien el CNPP regula el recurso de apelación contra esta determinación –a. 467 II CNPP–, la Primera Sala de la SCJN, al resolver criterios contradictorios entre las legislaciones procesales del Estado de México y del Estado de Oaxaca, en las que ya tienen implementado el nuevo sistema procesal penal, acerca de la procedencia del juicio de amparo indirecto en cuanto al principio de definitividad, determinó que por afectar temporalmente la libertad del imputado se actualiza una excepción a este principio⁷⁵. Como este criterio fue pronunciado antes de la aprobación del Código Nacional procesal, seguramente que el máximo tribunal constitucional de México hará nuevos pronunciamientos al respecto, atendiendo a la interpretación del artículo 1º de la Constitución Federal ante planteamientos de criterios divergentes en los circuitos.

* Sobre el tema de la **suplencia de la queja en materia penal**, se ha cuestionado si ello haría nugatoria algunas reglas del nuevo sistema procesal penal, como la forma en que se analizaría el auto de vinculación a proceso, por ejemplo. Sobre este aspecto, la Primera Sala de la SCJN, al resolver la contradicción de criterios entre los sistemas procesales acusatorios de Oaxaca y Chihuahua, determinó que, siendo la suplencia de la queja deficiente un instrumento jurídico del juicio de amparo en beneficio del reo, aun ante ausencia de conceptos

⁷⁵ Criterio publicado en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, Materia Común, Tesis 1a./J. 101/2012 (10a.), p. 534, con el rubro *AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. AL AFECTAR TEMPORALMENTE LA LIBERTAD DEL INICULPADO SE ACTUALIZA UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO*.

de violación o de agravios, esta figura obliga al tribunal de amparo a estudiar de oficio las posibles violaciones de derechos fundamentales; y para ello tendría que analizar integralmente la demanda de amparo, es decir, los argumentos que se hayan insertos, las razones que expuso la responsable para el dictado del acto reclamado, el valor convictivo de los datos de investigación y lo que haya expresado la defensa en el escrito inicial o haya dejado de precisar en la audiencia en que se emitió el acto reclamado⁷⁶. En este caso, la suplencia es absoluta.

* Otro aspecto es el referente a las **constancias** en vía de **informe justificado o previo** que tendrá que hacer llegar la autoridad ministerial o el juez de control cuando se impugnan sus actos en el juicio de amparo, ya que ellos tienen que aportar los datos de prueba o de investigación para analizar de manera integral el acto que se les atribuye y, en muchas ocasiones, podrían interferir con las etapas del procedimiento, sobre todo en contra de la sentencia definitiva que es procedente el amparo directo, pues actualmente los tribunales colegiados para hacer su estudio requieren de todas las constancias desde la fase de investigación hasta la emisión de la sentencia de apelación. Pero, se entiende que con el nuevo sistema procesal, la sentencia pronunciada en la audiencia de juicio y que es apelable, se fundamenta con las pruebas aportadas en la propia audiencia; luego, al ser reclamada en amparo directo, el tribunal federal deberá adecuarse

⁷⁶ Localizada en la publicación oficial, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 2, Tesis 1^a 94/2011, p. 689, con el rubro: *AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL, EN SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE, DEBE CONSIDERAR TODOS LOS ARGUMENTOS FORMULADOS POR EL IMPUTADO O SU DEFENSOR EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS O EN EL ESCRITO DE EXPRESIÓN DE AGRAVIOS TENDENTES A DESVIRTUAR LAS RAZONES QUE MOTIVARON SU DICTADO, AUN CUANDO NO SE HAYAN PLANTEADO EN LA AUDIENCIA CORRESPONDIENTE.*

únicamente a las constancias que corresponden a dicha audiencia y las subsecuentes de la apelación para analizar la sentencia reclamada. No obstante lo expuesto, existe un criterio jurisprudencial sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, con la voz **CASACIÓN. EL RESPETO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES OBLIGA A QUE EL TRIBUNAL ANALICE DE OFICIO TANTO EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO AL INCLUPADO COMO LA SENTENCIA IMPUGNADA PARA CONSTATAR SI EXISTE VIOLACIÓN O NO DE AQUELLOS QUE TUVO RAZÓN DE REPARAR (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA)**⁷⁷, donde establece la necesidad de analizar de oficio tanto el procedimiento seguido al imputado como la sentencia impugnada, incluyendo los aspectos relativos al delito, responsabilidad penal e individualización de la pena, con la finalidad de constatar si existe violación o no a sus derechos humanos que tuviera que repararse.

En cuanto al CNPP, en el capítulo correspondiente al material probatorio se precisa que los antecedentes de la investigación recabados con anterioridad al juicio carecen de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva, salvo las excepciones previstas en la propia ley; lo que significa que los juzgadores federales en la revisión de las sentencias definitivas, a través del juicio de amparo, tendrán que ajustar su actuación a las reglas procesales señaladas.

Ahora, respecto de los anexos a los informes justificados, un tribunal colegiado en el Estado de México ha reiterado que no es necesario trascibir en la sentencia de amparo el contenido del auto de vinculación a proceso,

⁷⁷ Localizable en el Libro VI, Marzo de 2012 Tomo 2, p. 878, de la publicación oficial.

ni cuestiones de facto que nada tienen que ver con su sentido, como lo son la participación de los auxiliares, los diálogos de los participantes y la adopción de medidas cautelares, entre otros⁷⁸. Luego, se trata de delimitar la materia procesal a estudio.

* En cuanto al **devido proceso**, que debe observarse tanto en el aún vigente sistema procesal penal como en el que actualmente se implementa y que deberá estar plenamente funcionando a más tardar en 2016 en toda la República Mexicana, y su vinculación con el juicio de amparo, los juzgadores federales de amparo están obligados a analizar cualquier violación al *devido proceso* durante la tramitación del procedimiento penal, precisamente por tratarse también de un *derecho humano*. En este sentido, la Corte ha generado una serie de criterios orientadores para determinar si hubo o no violación a ese derecho humano. Así ha precisado que los bienes que protege el artículo 14 de la Constitución Federal, como la libertad, las propiedades y las posesiones o los derechos, a través de las formalidades del procedimiento, dependen del sujeto activo o pasivo que sea afectado; pues, si la violación procesal incide en el *sujeto pasivo*, requiere que le sea notificado el inicio del procedimiento y de sus consecuencias, que tenga el derecho de alegar y ofrecer pruebas, así como de conocer la resolución que haya dirimido las cuestiones debatidas; en tanto que, si se trata del *sujeto activo*, debe contar con el derecho de acceso a la justicia, de tal manera que tenga la posibilidad efectiva de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas

⁷⁸ AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO. LOS JUECES DE DISTRITO NO ESTÁN OBLIGADOS A TRANSCRIBIR SU CONTENIDO EN LA SENTENCIA DE AMPARO NI LAS CUESTIONES DE FACTO QUE NADA TIENEN QUE VER CON SU SENTIDO, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, publicada en el Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2, Materia Común, Tesis: II.2º.P.8 P (10^a.), p. 1783, en la publicación oficial.

en apoyo de sus pretensiones⁷⁹. Pero no toda violación al debido proceso, señala la Primera Sala, implica que en la sentencia de amparo se decrete una nulidad lisa y llana del acto reclamado, en razón de que se deberá evaluar cada caso en concreto, identificando el derecho fundamental que fue conculado⁸⁰ y, de esta manera, determinar el sentido de la sentencia de amparo, precisamente para evitar impunidad.

Ahora bien, ¿qué sucede si la sentencia dictada en el juicio oral no coincide con la sentencia escrita?, es decir, cuando existe una falta de correspondencia entre lo resuelto en dicha audiencia y la sentencia impresa; es evidente que en este supuesto también se trata de una violación al debido proceso⁸¹, porque para que una persona pueda ser privada de su libertad de manera definitiva deben seguirse las formalidades del procedimiento y, en este caso, la sentencia emitida en el juicio oral que también constará por escrito –a.67– no deberá exceder el alcance de la emitida oralmente. Y aunque en la resolución oral no se invoquen los preceptos que la fundamentan, en la escrita sí es necesario hacerlo –a.397–; y, finalmente, la sentencia producirá sus efectos a partir de que es formulada oralmente y no apenas cuando se presenta por escrito –a. 404–. Luego, la defensa tendrá que hacer valer los recursos o medios de defensa en el momento que se explica la sentencia y es contraria a los intereses del imputado.

⁷⁹ Véase la tesis pronunciada por la Primera Sala de la SCJ, con el rubro *DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN*, publicada el 31 de enero de 2014 en la publicación oficial semanal.

⁸⁰ *SENTENCIAS DE AMPARO. LOS EFECTOS ESTÁN DETERMINADOS POR LA VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE CADA CASO EN CONCRETO*, publicada el 7 de febrero de 2014 en la publicación oficial semanal.

⁸¹ Un criterio similar fue sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, en el amparo directo 43/2013.

* Aunado a lo anterior, también está el tema de la **prueba ilícita**, que trasciende al debido proceso, en tanto que comprende el derecho a no ser juzgado por este tipo de medios probatorios, y ha sido un tema recurrente en cualquier sistema procesal penal. Sin entrar a mayores consideraciones acerca de cómo se valoran y cuáles se actualizan en dicha hipótesis, lo cierto es que una prueba que ha sido obtenida de manera irregular, ya sea por contravenir el orden constitucional, lo establecido en los instrumentos internacionales o el orden legal, no puede ser considerada válida; por tanto, carece de valor probatorio, y el tribunal revisor tendrá además que determinar si dicha prueba vicia a las subsecuentes o solo a la que se define como ilícita, para determinar el tipo de concesión del amparo. En el CNPP la prueba ilícita está regulada en el artículo 264 y expresamente señala que cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, será motivo de exclusión o nulidad. En esas condiciones, habrá que realizar una ponderación sobre la forma en que se obtiene dicho medio de convicción y sus consecuencias respectivas para así establecer la forma en que el juicio de amparo maneja la concesión.

V. A manera de conclusiones

* Las estrategias que comprenden la implementación del sistema de justicia penal no solo consisten en desarrollar la infraestructura necesaria por parte de las autoridades judiciales y administrativas, para llevar a cabo los juicios orales –parte estructural–, sino implica además todo un programa sistemático y ordenado en donde las actuaciones de las autoridades y de los operadores de justicia estén apoyadas en la normatividad existente, que los criterios derivados del conocimiento de estos juicios

sean uniformes y confiables, para que la población esté en condiciones de respetar y confiar en las instituciones encargadas de la administración y procuración de justicia; ello, sin dejar de reconocer que el juicio de amparo es un instrumento garantizador, por excelencia, para reparar los excesos o defectos producidos por las actuaciones de las autoridades cuando vulneran derechos humanos del gobernado.

* El nuevo sistema de justicia penal unificado permitirá la elaboración de criterios con mayor certeza jurídica, así como también habrá una justicia accesible y expedita al haber incluido los procedimientos abreviados y las formas de terminación de los juicios penales; pero, ello dependerá, por una parte, que en la aplicación irrestricta que se hagan del CNPP por parte de los operadores del sistema, se adopten los mejores criterios que permitan una aplicación racional y coherente de los distintos mecanismos introducidos, para mantenerse dentro de las exigencias del Estado democrático de derecho.

* Por su parte, la Ley de Amparo vigente a partir del 3 de abril de 2013 prevé una nueva técnica para la tramitación de los juicios de amparo, pues ya se están implementando juicios virtuales en línea a través de la internet, de tal manera que los abogados podrán accesar desde una computadora y participar con su firma electrónica sin necesidad de estar presente en el local del juicio, salvo las audiencias que se lleguen a realizar y requieran la presencia del interesado. De esta manera, la LA establece avances tecnológicos importantes que permiten agilizar la tramitación y resolución de los juicios de amparo, al igual que en el procedimiento penal acusatorio se han introducido mecanismos cuya finalidad es lograr una justicia pronta y expedita de las causas penales. No obstante, habrá que ser muy cautos para

evitar que la celeridad no se privilegie en perjuicio de la justicia material.

* La vinculación que desde ahora existe entre el nuevo CNPP y la nueva LA se observa con mayor precisión por lo que hace a los temas relativos al auto de vinculación a proceso y a la suspensión de los actos reclamados que regula el juicio de amparo, en lo previsto en el transitorio décimo⁸² de la LA que sobre el particular establece que, una vez que entre en vigor el sistema penal acusatorio y oral, tendrán lugar la aplicación de las reglas previstas en esta legislación.

* La LA ha recogido innumerables criterios jurisprudenciales nuevos dictados por la SCJN, pues ellos obedecen a la idea de mejorar la impartición de justicia, e incluso ha ampliado el campo de acción y de tutela de los derechos del gobernado para hacerlos valer a través de este juicio; por lo que, al ser más protector y tutelador, beneficiará a los gobernados que se encuentren involucrados dentro del procedimiento penal y sean afectados por actos de autoridad violatorios de sus derechos fundamentales y humanos.

* Por lo que hace a los medios de impugnación previstos en el CNPP, ellos se deben hacer valer antes de acudir al juicio de amparo, lo que permitirá que el amparo

⁸² DÉCIMO. *Las referencias que la presente Ley realice al concepto de «auto de vinculación a proceso» le serán aplicables a los autos de formal prisión emitidos en aquellos órdenes normativos en que aún no hayan entrado en vigor en cumplimiento de los artículos transitorios del Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII el artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008. En los casos donde no haya entrado en vigor el nuevo sistema de justicia penal a que se refiere la reforma constitucional referida en el párrafo anterior, la suspensión en materia penal seguirá rigiéndose conforme a la Ley de Amparo a que se refiere el artículo segundo transitorio de este Decreto.*

sea considerado como la última *ratio legis* para impugnar actos dentro del procedimiento judicial penal. En tanto que con relación a los actos fuera de procedimiento penal que afecten derechos y libertades, la tramitación del amparo es más expedita y directa ante los tribunales federales.

* El juicio de amparo y el procedimiento penal acusatorio-oral van de la mano para proteger a las partes que sufran actos de autoridades violatorios de sus derechos humanos, en razón de que la privación o afectación de los bienes, derechos y libertades, que ejercen las autoridades judiciales y administrativas –de naturaleza penal– en contra del imputado y de la víctima, deben ser reparados como lo señala la Constitución Federal y los tratados internacionales que protegen derechos humanos para lograr un estado de derecho.

VI. Bibliografía

- Baranda, Antonio: “Priorizan obras en justicia penal”, *Reforma*, 6 de enero de 2014.
- Barrientos Pellicer, César: “Evaluación de la reforma procesal penal en Guatemala”, en *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 15, número 21, Octubre 2003.
- Becerra, Bertha: “Listo el anteproyecto del Código Nacional de Procedimientos Penales”, *El Sol de México*, 21 de octubre de 2013, p.
- Blanca Estela Botello: “Probarán Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales con casos reales”, *La Crónica de hoy*, 19 de octubre de 2013.
- *Boletín de Prensa 825 de la Cámara de Senadores*: “Avalan en comisiones Código Nacional de Procedimientos Penales”, 3 de diciembre de 2013.
- *Boletín de Prensa del Centro de Estudios de*

Política Criminal y Ciencias Penales: “EL CNPP UN LOGRO HISTÓRICO; EL RETO AHORA ES DE LOS APLICADORES DE LA LEY: CEPOLCRIM”, 11 de febrero de 2014.

- Chávez, Víctor: “Código procesal único pasa en comisiones”, *El Financiero*, 29 de enero de 2014.
- *Diario de Yucatán*: “Paradigma en la justicia”, 6 de octubre de 2013.
- *El Sol de México*: “Implementación del sistema de justicia penal”, 8 de agosto de 2013.
- *El Universal*: “Congreso instalará mesas para ley penal”, 15 de mayo de 2013.
- _____: “Nuevo escenario de la Justicia en México”, 17 de enero de 2013.
- _____: “Sin prórroga, aplicación de nuevo sistema de justicia penal: SEGOB”, 1 de junio de 2013.
- _____: “Ventajas de las nuevas tecnologías en los procesos judiciales”, 3 de enero de 2013.
- *Excelsior, La Jornada y la Prensa*: “Urgen a reformar el sistema de justicia”, 18 de mayo de 2013.
- *Excelsior*: “Unificación del Sistema de Justicia Federal”, 17 de junio de 2013.
- Fuentes, Víctor: “Apuestan a firma electrónica en litigios”, *Reforma*, 23 de febrero de 2014.
- Fuentes, Víctor: “Guardan 600 mdp para juicios orales”, *Reforma*, 13 de diciembre de 2013.
- Guerrero, Claudia: “Alistan en el Senado Nuevo Código Penal”, *Reforma*, 25 de noviembre de 2013.
- *La Crónica de hoy*: “DESPLEGADO. Nuevo Sistema de Justicia Pena”, 30 de diciembre de 2013.
- *La Jornada, Milenio, Reforma, El Sol de México y El Universal*: “Alista el Senado proyecto de Código Penal Único”, 7 de septiembre de 2013.

- *La Jornada*: “Conocerán diputados juicios orales en Estados Unidos”, 24 de julio de 2013.
- Melgar, Ivonne: “Código procesal único pasa en comisiones”, *Excélsior*, 29 de enero de 2014.
- Morales, Alberto: “Ordena SG acelerar el nuevo sistema penal”, *El Universal*, 10 de diciembre de 2013.
- Moreno Hernández, Moisés: “Retos del sistema procesal penal en México. Algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal”, en *Conferencias Magistrales 8*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.
- Pérez Silva, Ciro: “Todas las entidades deberán aplicar el nuevo sistema de justicia en 2016: Osorio Chong”, *La Jornada*, 10 diciembre 2013.
- *Reforma*, “Alertan por rezago en los juicios orales”, 6 de mayo de 2013.
- *Reforma y El Universal*: “Acelera SEGOB la oralidad”, 22 de julio de 2013.
- *Reforma, La Jornada, La Prensa y El Sol de México*: “Entregan recursos para reforma penal”, 23 de agosto de 2013.
- *Reforma*: “Analizan en Foro reforma penal”, 7 de mayo de 2013.
- _____: “Avanza el Código Único”, 30 de abril de 2013.
- _____: “Confía sólo 6% en sistema penal”, 13 de enero de 2013.
- _____: “Pide judicatura subir gasto 19% por juicios orales”, 23 de septiembre de 2013.
- _____: “Urge Peña a sacar la reforma penal”, 19 de febrero de 2013.
- Vargas Vianco, Juan Enrique: “La nueva generación de reformas procesales penales en

Latinoamérica”, en Panorama Internacional sobre justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. Coordinadores García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.

Un derecho no consagrado en la Constitución Federal Mexicana: la doble instancia

*ROGELIO EDUARDO LEAL MOTA**

RESUMEN: El presente artículo hace referencia al derecho humano a la doble instancia, el cual consiste en la oportunidad que se le debe dar a toda persona sujeta a un procedimiento de recurrir ante un tribunal o juzgador de alzada a impugnar lo resuelto en la primera, a efecto de que pueda revisar la resolución de este último.

En el artículo se parte de la problemática existente en relación a diferenciar si se trata de un derecho humano o de una garantía, partiendo de la base de que las garantías son los medios para efectivizar los derechos humanos.

Posteriormente, se vierten algunas definiciones del derecho humano a la doble instancia, así como las posturas que existen en relación a los beneficios que trae la instauración o no de ese derecho, puesto que hay autores que opinan que éste tiende a entorpecer la celeridad de los procesos, citando la frase *justicia tardada no es justicia*; así como que solo se dedica a reanalizar lo ya dicho por un juzgador de primer grado sin que a su consideración ello se justifique.

* Juez Primero de Distrito en el Estado de Quintana Roo.

Siguiendo el citado debate, se establecen las razones por las que se considera que sí es procedente y debe respetarse el derecho a la doble instancia, señalando las bondades de la misma, así como las características esenciales que debe contener ese derecho.

Luego, se hace referencia a los artículos que en el derecho internacional contemplan la doble instancia y por qué en algunos numerales de la Constitución Federal se considera que no se encuentra previsto dicho derecho humano. Analizando brevemente cada uno de ellos, que son los que se estiman, son los más involucrados en temas procesales.

Asimismo, al concluirse que ese derecho no está contemplado en la Constitución Federal, se realiza una ponderación de por qué se considera que no puede suplirse ese derecho, que por autonomía corresponde a la apelación, con la instauración del juicio de amparo, estableciéndose las diferencias entre uno y otro de manera general, destacando sus características propias que evidencian la pertinencia de agotar el recurso ordinario y así respetar a cabalidad el derecho humano multicitado.

Y finalmente, se hace referencia a dos artículos de la legislación procesal penal del Estado de Quintana Roo que coartan ese derecho fundamental, aduciendo al respecto que ante la evidente inconvencionalidad de los mismos, se hace necesario un control convencional para llegar a su inaplicación.

Un derecho no consagrado en la Constitución Federal Mexicana. *La doble instancia*

¿Qué es la doble instancia?, ¿es un derecho humano o una garantía? Para obtener la respuesta a dichas interrogantes, en principio, debemos de partir de la definición de qué es un derecho humano y lógicamente de qué es una garantía.

Respecto del primero de los conceptos, es dable mencionar que en la doctrina jurídica existen una gran variedad de definiciones por distintos autores, de naturaleza descriptiva, otras que apelan a ciertos valores, algunas de derecho positivo y otras más de derecho natural.

Por ejemplo para Antonio E. Pérez Luño, los derechos humanos son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

En tanto que J. Jesús Orozco Henríquez y Juan Carlos Silva Adaya sostienen que los derechos humanos son todos los derechos que tiene cada hombre o mujer por el simple hecho de serlo y formar parte de la sociedad en que vive.

Por su parte las garantías se han conceptualizado, según Luigi Ferrajoli como una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.

Por su parte, Sergio García Ramírez, refiere que en rigor, la garantía suprema de los derechos proviene del conjunto de la vida social y política, que es el cimiento para la cultura de los derechos humanos; empero, es verdad que se necesita contar con garantías

específicas, de las que cualquier persona pueda echar mano para proteger o restablecer sus derechos, ellas son instrumentos, medios o remedios al alcance de cualquier persona.

Asimismo, J. Jesús Orozco Henríquez y Juan Carlos Silva Adaya dicen que se puede establecer que la garantía individual es la medida jurídica bajo la cual el Estado reconoce y protege un derecho humano.

De lo que se sigue que ha existido una confusión entre el empleo de los términos de derechos humanos y garantías individuales, debido más que nada a que el Capítulo I, del Título Primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos anteriormente llevaba la denominación *De las garantías individuales*, y pasó, al ser modificada el 10 de junio de 2011, a *Derechos Humanos y sus garantías*; los veintinueve artículos a los que se hace referencia en ese capítulo de la Constitución, que plasman diversos derechos, ya no pueden ser conceptualizados como garantías sino como derechos humanos.

No obstante ello, hasta la fecha, en un sinfín de resoluciones judiciales de toda índole se siguen tratando como si fueran sinónimos –indebidamente–, de tal manera que es necesario plasmar su diferenciación a efecto de no entrar en confusiones; y por tanto, para efectos del presente, se entenderá que los derechos humanos son aquellos intrínsecos al ser humano, a la persona, los cuales únicamente son reconocidos por el Estado y no otorgados por el mismo, en tanto que las garantías son los medios previstos en los ordenamientos positivos para hacer efectivos esos derechos humanos.

Ahora bien definidos esos dos primeros conceptos, pasaremos al análisis de qué es *la doble instancia* (derecho o garantía).

La doble instancia, en su más ordinaria concepción se podría entender como lo dice Wilder Tuesta Silva: Es el derecho al *pataleo*, es decir, a cuestionar una decisión, es una conducta esencialmente humana¹.

Como cuando un hijo menor recurre a la autoridad superior, sea la madre o el padre, en contra de lo ordenado por el hijo mayor.

Ya en el ámbito jurídico, la doble instancia es un derecho del justiciable de acudir ante una diversa autoridad, por lo general de mayor jerarquía, a cuestionar el mandato de otra inferior.

Asimismo, se conoce dicho concepto como el juicio del juicio. Y así propiamente lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al utilizar por primera vez tal concepto, expresando que a pesar de que el imputado había cumplido la pena impuesta, los perjuicios que encierra una condena todavía estaban presentes, por lo que ordenó que el Estado cumpla con la tarea de asegurar el doble conforme².

En la resolución del caso Ulloa vs. Costa Rica, se sostuvo que la Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios

¹ Vescovi, E.: *Los recursos...* cit., p. 25.

² Corte IDH: *Caso Barreto Leiva vs Venezuela*, párrafo 129, 2009.

y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de la persona.

Asimismo, en dicha resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, determinó que:

...Esta garantía concurre a integrar el debido proceso legal, extendido por la Corte a todos los supuestos de enjuiciamiento, no solo a los de carácter penal, y que en mi concepto puede proyectarse también al sistema de protección judicial previsto en el artículo 25 del Pacto de San José, si se entiende que este recurso, con entidad propia que le distingue del procedimiento al que se refiere el artículo 8, debe ajustarse igualmente al régimen del debido proceso legal, con lo que esto implica³.

De ahí que se puede definir la doble instancia como el derecho de toda persona sometida a un proceso o procedimiento judicial a recurrir ante un órgano jurisdiccional ordinario de mayor jerarquía a fin de que la decisión adoptada por aquél sea analizada o revisada por este último.

De donde podemos concluir que la doble instancia es un derecho humano, que si bien conforme a los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales, se encuentra estrechamente interrelacionado con el de debido proceso y defensa adecuada; también lo es, que no se estima que sea una garantía –bajo la definición antes analizada– ya que no se trata de un medio para hacer efectivo un derecho fundamental, sino que es un derecho humano en sí mismo.

³ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, párrafo 28.

Del cual cabe señalar que no todos están de acuerdo con el mismo, pues en esencia existen dos posiciones al respecto: aquellos que la atribuyen como una función nociva para el proceso y otros que reconocen su existencia como un derecho indispensable para el desarrollo del debido proceso y de defensa adecuada.

A continuación, pasaremos a exponer algunos argumentos de opositores a la doble instancia:

Los cuales refieren en esencia que esta no es beneficiosa para el proceso, en razón de que implica una desvalorización del juicio de primer grado, además de que produce una dilación en la administración de justicia, señalando que tan injusta es una decisión incorrecta como una tardía; además de que si se parte del hecho de que tiene mayores conocimientos el juzgador de alzada o estudia con mayor amplitud el asunto al tratarse por lo general de un órgano colegiado, tan es así que por ello es el que revisa al inferior; entonces, para evitar una dilación mayor, la primera resolución la debería dictar el órgano de superior jerarquía.

De igual manera señalan los detractores de la doble instancia, que si existe la posibilidad de que el juzgador de primer grado se equivoque, qué asegura que los que lo revisan no lo vayan a hacer; o bien, que si el primero, debido a la inmediación, dictó una resolución más apoyada a los hechos y a la conducta procesal que mostraron las partes, la cual pudo advertir durante el desarrollo del proceso al tener contacto directo con las partes; entonces, los juzgadores de segunda instancia, no tendrán esa posibilidad debido a que estos por lo regular no tienen contacto directo con las partes litigantes sino solo revisan lo resuelto por el inferior, por lo que sostienen que se transgrede el principio de inmediación.

Argumentos que no se comparten en forma alguna, pues tal y como lo establecen, quienes opinan que sí debe otorgarse y respetarse el derecho a la doble instancia, existen varias razones de peso para sostener esa postura; entre las cuales, se exponen las siguientes:

La doble instancia presta un entorno hipotéticamente más favorable a la justicia de la solución del caso.

En efecto, el otorgar la posibilidad de que lo resuelto sea revisado por otros ojos críticos constituye y otorga mayor certeza de que lo resuelto se encuentra apegado a derecho, o cuando menos, reduce la posibilidad del error y también de la arbitrariedad.

Si bien podría constituir un retraso momentáneo en la solución definitiva del asunto en litigio, también lo es que ello se justifica dado que se privilegia el derecho a la defensa adecuada sobre el de celeridad procesal, el cual está por encima de este último, como al efecto se dispone en el siguiente criterio jurisprudencial que al efecto se cita:

DEFENSA, GARANTÍA DE. TIENE PREFERENCIA SOBRE OTRAS GARANTÍAS DEL REO.- Si bien es cierto que la fracción VIII del apartado A del artículo 20 constitucional, señala que los acusados de algún delito serán juzgados antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión y antes de un año si la pena máxima excediera de ese tiempo, también lo es que si la defensa de un procesado ofrece en favor de éste diversas pruebas cuyo periodo de desahogo hace imposible que se dicte sentencia en los plazos que señala la mencionada fracción, es claro que deberán desahogarse las probanzas ofrecidas y admitidas, aun cuando se rebasen los términos ya señalados, dado que al estar frente a dos garantías consagradas

por la Constitución en favor del gobernado, como son las establecidas en las fracciones V y VIII del ya mencionado apartado A del artículo 20 de la Carta Magna, y debiendo anteponer unas a las otras, lógicamente deberán prevalecer las que favorezcan más a dicho gobernado, es decir, las de audiencia y defensa sobre la de pronta impartición de justicia, pues lo contrario acarrearía graves perjuicios en contra de este, al verse compelido a ajustar su defensa al corto tiempo de que dispondría para ello, de acuerdo con la mencionada fracción VIII del apartado y artículo constitucional aludidos, lo que implicaría una verdadera denegación de justicia⁴.

La doble instancia, también debemos entender que responde a necesidades históricas y técnico-jurídicas, de las cuales una de las más importantes es la de considerar las resoluciones judiciales no solo en cuanto al derecho aplicado por el inferior, como verdad absoluta, sino también, sobre la buena formación del supuesto o material fáctico que formó parte de la sentencia o resolución recurrida, al permitir que el asunto pueda ser revisado por una segunda vez y por un diverso órgano judicial.

En efecto, como lo señala Wilder Tuesta Silva al citar a Juan Montero Arroca, el derecho al recurso parte precisamente de reconocer el error humano, de tal manera que si el juez es uno de ellos, entonces un simple silogismo nos permitiría concluir que el sistema necesita de mecanismos de control del error, que tengan por fin reducir la posibilidad del error, sin que ello signifique que la doble instancia solo tenga como

⁴ Jurisprudencia, Tesis: III.1o.P. J/13, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo XV, Mayo de 2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Página: 980.

finalidad la eliminación del error, pues esta no garantiza ello de manera absoluta o de la arbitrariedad, pero sí es necesaria aunque nunca suficiente para controlar el error o la arbitrariedad⁵.

De ahí que se pueda concluir que no es de ninguna manera factible eliminar dicho derecho fundamental a la doble instancia, pues al margen de que en algún momento se pueda ver afectada la celeridad procesal, lo cierto es que ello se justifica ante la posibilidad de que lo decidido en un primer momento pueda ser revisado por un órgano judicial de mayor jerarquía, es decir, se privilegia el derecho de la defensa adecuada y debido proceso por encima del de celeridad procesal.

Asimismo, de eliminar la doble instancia, se verían afectados los derechos fundamentales interrelacionados con la misma, acabados de citar en la parte final del párrafo anterior.

Además de la debida motivación de las decisiones judiciales y el derecho a un proceso orientado a la tutela racional de los derechos y no al mero ejercicio de la voluntad totalitaria de una sola instancia.

Aunado a lo anterior, es innegable que la doble instancia reduce en gran medida la posibilidad del error y arbitrariedad en la que humanamente se puede incurrir; que si bien, como se ha venido sosteniendo, no nos otorga una certeza plena de la eliminación del error y la arbitrariedad, sí nos otorga la posibilidad jurídica de cuestionar y evidenciar dichos aspectos ante un diverso órgano, que al ser de mayor jerarquía podrá en su momento revocar o modificar la resolución del inferior de observarse un error o un abuso de poder por parte del inferior; sin perder de vista que dicha determinación

⁵ Tuesta Silva, W.: *La Racionalidad...* cit., p. 46.

también puede confirmarse e incluso enriquecerse con mayores argumentos legales que convenzan más a quien tuvo la necesidad de acudir a una segunda instancia.

Ahora bien, establecido el derecho fundamental a la doble instancia y la necesidad de la misma, es dable señalar que esta debe tener ciertas características para que cumpla debidamente su función.

En efecto, el derecho a la doble instancia, aparte de ser un derecho primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso, también exige que dicho recurso sea efectivo, esto es, que el mismo cumpla con el objetivo para el que se previó.

Para lo cual, debe facultarse a quien lo resuelva a fiscalizar y corregir todo error en la sentencia primigenia, incluyendo aquellos que sean consecuencia de la actuación de la defensa técnica.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe entenderse que el recurso debe ser ordinario y eficaz, dando respuesta a la finalidad para la cual fue concebido⁶, requiriéndose que el mismo sea accesible, evitando que se torne ilusorio⁷, con independencia de su denominación, permitiendo el examen integral de la decisión recurrida⁸, sin limitar la revisión a aspectos formales o legales⁹.

De lo que se observa que, de forma atinada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece, en resumidas cuentas, que el recurso previsto para efectivizar el derecho a la doble instancia, debe ser un medio de impugnación de tipo ordinario, accesible, eficaz y que tienda a la revisión amplia e integral de lo

⁶ Corte IDH: *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 161, 2004.

⁷ *Ibidem* párrafo 164, 2004.

⁸ *Ibidem* párrafo 165, 2004.

⁹ *Ibidem* párrafo 166, 2004.

resuelto en la resolución de primer grado; para lo cual debe dar oportunidad de presentar nuevos motivos de agravios que busquen subsanar los errores de la sentencia e incluso de la defensa, luego de interpuesto el recurso y con antelación a que el juicio de amparo lo resuelva, resguardando así el derecho de defensa, posibilitando la justicia del caso.

El que como se ha venido sosteniendo debe ser revisado por un órgano jurisdiccional superior, ya que solo así, podrá este modificar, revocar o en su caso confirmar, lo resuelto por su similar pero de menor jerarquía.

Lo que también así ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al culpado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia¹⁰.

De donde se sigue que no es suficiente la existencia del recurso sino también que éste cumpla las características de funcionabilidad, acceso fácil, eficacia y sencillez, para considerarlo como un recurso práctico y efectivo, que es lo que va a efectivizar la doble instancia.

¹⁰ Corte IDH: *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* párrafo 159, 2004, concepto reiterado en *Caso Petruzzi y otros vs. Perú*, párrafo 161, 1999.

Pues bien, expuestos los anteriores conceptos y razones de la existencia de la doble instancia, pasaremos a analizar en dónde se contempla este derecho.

Internacionalmente, este se encuentra previsto en los artículos 8.2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2.3.a) y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a la letra expresan:

Artículos 8.2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 8. Garantías judiciales.

...2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:....

h) derecho de recurrir el fallo ante Juez o Tribunal Superior.

Artículo 25. Protección judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los Jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por su parte, los numerales 2.3.a) y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponen:

Artículo 2. ...

3. Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

Artículo 14. ...

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Del análisis de los citados preceptos legales se desprende claramente que estos consagran el derecho humano a la doble instancia, al disponer en forma puntual la posibilidad de toda persona que se ha visto sometida a un proceso judicial a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, previéndose que dicho recurso debe ser sencillo, rápido y efectivo ante una autoridad judicial competente, aun cuando la resolución primigenia haya sido dictada en el pleno ejercicio de las funciones oficiales encomendadas.

Que si bien, de primer momento, se podría pensar que solo hacen referencia a la materia penal, en atención a que el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no especifica garantías mínimas en materias concernientes a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra materia; también lo es que en una interpretación amplia y *pro persona*, debe entenderse que

el numeral 2 de dicho dispositivo legal se puede hacer extensivo a todos esas materias en las que se instaure una controversia judicial, puesto que en el mismo se encuentran inmersos los derechos fundamentales de defensa adecuada y debido proceso, del que gozan en general todas las personas sujetas a un juicio de la naturaleza que sea.

Y como características primordiales de ese derecho se destacan que de éste debe conocer un juez o tribunal distinto al que dictó la primera resolución, de superior jerarquía orgánica y que el mismo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada.

Derecho humano que, como se intitula el presente, se estima que no se encuentra consagrado en nuestra Constitución Federal, ya que ninguno de sus primeros veintinueve artículos, de su parte dogmática, se encuentra contemplado.

En efecto, los artículos que esencialmente prevén derechos fundamentales inmiscuidos en la tramitación de los procesos judiciales, son el 14, 17 y 23 de la Carta Magna, dentro de los cuales se estima que no aparece contemplado el derecho de referencia.

Pues como acertadamente lo sostuvo el Pleno del Decimoctavo Circuito, en su ejecutoria que resolvió la contradicción de tesis 1/2013, entre las sustentadas por el Segundo y el Cuarto Tribunales Colegiados, ambos del Décimo Octavo Circuito, de la cual se retoman diversos argumentos que en el presente se citan.

En efecto, en el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone:

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante

juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El segundo párrafo del artículo 14 constitucional, salvaguarda el derecho humano de audiencia y consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga *se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento*.

Esas formalidades son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y, 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

Tal y como lo ha sostenido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia de texto siguiente:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.

La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga ‘se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento’. Estas

son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado¹¹.

Asimismo, en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, se observa que las formalidades esenciales del procedimiento son aquellas que permiten garantizar una adecuada y oportuna defensa previa al acto definitivo de privación de la libertad o derechos; sin embargo, no se establece una base objetiva que permita sostener que en esa norma constitucional, se tutela el derecho humano a recurrir ante un Tribunal Superior la sentencia de primera instancia, por lo que no se puede determinar que los derechos consagrados en dicho numeral tengan el alcance de establecer la protección a la doble instancia; de tal precepto constitucional tampoco se desprende alguna base que permita considerar que el Poder Reformador de la Constitución estableció una restricción constitucional o una permisión para que los juicios pudieran estar limitados a una sola instancia.

Por su parte, el artículo 17 constitucional, segundo párrafo, dispone:

¹¹ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis número P./J. 47/95, Novena Época, Tomo II, diciembre 1995, página 133, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

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.

Del que se desprende que en éste se tutelan distintos derechos humanos y principios, como son el acceso a la impartición de justicia, también llamada tutela judicial efectiva, el de imparcialidad, celeridad procesal y de la mano con el diverso 14 constitucional ya citado, el de seguridad jurídica y cosa juzgada, al disponerse en el mismo el derecho de los particulares a que se les 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.

En efecto, dicho dispositivo se conforma de distintos principios que integran el derecho fundamental relativo al acceso a la justicia a favor de los gobernados, que son: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una

resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.

Asimismo, en el artículo 17 constitucional, se estableció el derecho que tienen los particulares a que se les administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, así como tener un efectivo acceso a la justicia, que se traduce en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, al establecer que las leyes federales y locales dispondrán los medios necesarios para garantizar la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones, la cual solo se logrará en la medida en que la cosa juzgada se instituya en el ordenamiento jurídico como resultado de un juicio regular que ha concluido en todas sus instancias, llegando al punto en que lo decidido ya no es susceptible de discutirse, salvaguardándose así el derecho de acceso a la justicia.

En consecuencia, tampoco el artículo 17 constitucional puede servir de base para determinar que en el mismo se contempla el derecho humano a la doble instancia.

Por su parte, el artículo 23 de la Constitución General de la República, establece:

Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos

veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

De ese precepto se advierten diversos derechos fundamentales consagrados, entre ellos, el no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; así como la prohibición de dejar abierto indefinidamente un proceso penal, ya que no podría existir una impartición de justicia eficaz, justa y expedita si los juicios se prolongaran indefinidamente. Esto es particularmente importante en los procesos penales, porque son determinantes en la vida del ser humano, pues su libertad, honra y patrimonio pueden ser limitados o perjudicados por el *ius puniendi* del Estado; empero, tal precepto no regula la restricción del derecho humano a la doble instancia ni prevé las bases para establecer que, en todo juicio del orden penal, debe existir más de una instancia o para establecer que solamente sea factible que el condenado cuente con una sola instancia.

De donde se sigue que tampoco en ese precepto se establece el derecho humano a la doble instancia, pues en todo caso, lo único que podría establecerse es que en el mismo se prohíbe la multiplicidad de instancias, pero ni aun realizando una interpretación en sentido contrario o de algún otro tipo o naturaleza, podría sostenerse que se encuentra consagrado el derecho de referencia.

De ahí que podamos concluir que el citado derecho a la doble instancia no se encuentra consagrado en nuestra Carta Magna y, por tanto, resulta necesario acudir al derecho internacional a fin de hacer valer y respetar dicho derecho fundamental.

Pues es en los citados preceptos internacionales en los que se prevé y regula el derecho humano a la doble

instancia que al agotarse en sede ordinaria, permite considerar que toda persona sujeta a un procedimiento, puede cuestionar eficazmente la resolución que la condena a un hacer o no hacer, o bien, la declara culpable o en su caso presunta o probablemente responsable de un delito, en los términos exigidos por los Pactos de San José de Costa Rica e Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho fundamental a la doble instancia, como ya lo hemos dejado establecido, exige brindar al perdidoso o inculpado la posibilidad de recurrir el fallo. Y el recurso previsto para tal efecto, debe entenderse como un medio de impugnación amplio, que permita un reexamen, a petición del recurrente, de la primera instancia; por lo que ello constituye un derecho humano consagrado en los pactos citados que constituye el derecho a la segunda instancia, porque el doble examen del caso es el valor garantizado en esos pactos internacionales: la doble instancia de jurisdicción.

En efecto, esa posibilidad de impugnar ante un tribunal de alzada lo resuelto en primer grado, implica la renovación integral del juicio por parte de un juez o tribunal distinto sobre la cuestión sometida a su decisión. Ese doble examen debe efectuarlo un juez o tribunal distinto al que dictó la sentencia condenatoria y de superior jerarquía orgánica, porque consiste en un reexamen de la materia del juicio, con la posibilidad de evaluar en forma diversa las pruebas obtenidas en la primera instancia, de resumir nuevamente las pruebas viejas y asumir pruebas nuevas o ulteriores.

De donde se sigue que dicho derecho es de vital importancia que se respete en todos los ordenamientos legales, tanto locales como federales y de no observarse el mismo, las autoridades jurisdiccionales deben estar

atentas a fin de salvaguardar el mismo, realizando un control convencional a efecto incluso de desaplicar el precepto que lo coarte en alguna forma.

Sin que sea válido establecer que el juicio de amparo deba considerarse como una garantía que efectivice ese derecho, sustituyéndose a los recursos ordinarios, como lo es la apelación, ya que en principio el juicio de amparo no puede considerarse como un recurso, al no tratarse de una instancia más, dado que es un juicio autónomo con características propias y que vela porque en las resoluciones dictadas por las autoridades responsables no se transgredan las disposiciones constitucionales, y si bien es verdad, que también atiende aspectos de legalidad, debe entenderse que ello se realiza de manera accesoria y como una consecuencia del análisis constitucional de la resolución que se somete a su análisis; de ahí que existen varias diferencias entre un recurso ordinario y el juicio de amparo, que hacen imposible jurídicamente que éste pueda reemplazar a aquél.

Por tanto, se puede establecer que las diferencias más destacadas entre el juicio constitucional y los recursos –apelación específicamente– estriba esencialmente en que este último tiene por objeto confirmar, revocar, anular o modificar la resolución recurrida. Por ello, el tribunal que conozca de la impugnación examinará los motivos y fundamentos de la resolución combatida, su conformidad con la ley aplicable, la apreciación que contenga acerca de los hechos a los que se refiere y la debida observancia, en su caso, de las normas relativas a la admisión y valoración de la prueba, así como en su caso, las violaciones procedimentales que se hubiesen podido cometer.

El juzgador, en este tipo de recurso, que por autonomásia le corresponde al de apelación, por lo

general de acuerdo a cada legislación que lo regula, dependiendo de la materia de que se trate, resolverá conforme a cada uno de los agravios que haga valer el recurrente y cuando sea procedente, deberá suplir la deficiencia de los agravios.

Al igual que ante el tribunal de alzada que lo conozca se podrá presentar pruebas, que no necesariamente deben ser supervenientes, las cuales una vez desahogadas en la audiencia prevista para tal efecto, serán valoradas al momento de emitirse la resolución final que dé por concluido el recurso de mérito.

Determinación que, como se anticipó, tendrá por objeto que el tribunal de alzada revoque, modifique o confirme la resolución del inferior, teniendo la posibilidad de reasumir jurisdicción, si fuera el caso, de revocar la de primer grado, al no existir por lo general en ese recurso el reenvío, provocando con ello, que de una vez sea resuelto el controvertido de manera definitiva, salvo claro está, que se trate de una reposición de procedimiento al advertirse una violación procesal.

Situación que varía en tratándose del juicio de amparo, ya que en este no se puede reasumir jurisdicción ni tampoco valorarse pruebas ajena a la litis, es decir, aquellas que no fueron atendidas por la autoridad responsable al existir la disposición legal que el acto reclamado debe atenderse tal y como se encuentra probado ante la autoridad responsable; permitiéndose únicamente una excepción, en amparo indirecto, al valorarse en materia penal, pruebas que sean de carácter superveniente, o que el imputado no haya podido presentar oportunamente por desconocerlas antes del dictado del acto reclamado.

De lo que se observa que la apelación es un juicio sobre el hecho y consiste en un reexamen que versa

sobre la primera instancia o bien sobre la materia entera del juicio, con la posibilidad de evaluar en forma diversa las pruebas obtenidas en la primera instancia, reasumir nuevamente la valoración de las pruebas viejas –de la primera instancia– y asumir pruebas nuevas o ulteriores –ofrecidas, admitidas y desahogadas en la segunda instancia–, con lo cual se tutela el derecho humano a la doble instancia, consagrado en los numerales 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Lo que se entiende así, dado que el recurso de apelación constituye un medio de impugnación ordinario, a través del cual el apelante manifiesta su inconformidad contra la determinación dictada por el juez inferior, lo que origina que los integrantes de un tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, realicen un reexamen de la materia correspondiente del juicio, con la posibilidad ya de evaluar en forma diversa la prueba obtenida en la primera instancia, ya de resumir nuevamente las pruebas viejas y asumir pruebas nuevas o ulteriores; hecho lo cual dictan una nueva resolución judicial revocando, confirmando, modificando o anulando aquella que fue impugnada.

En cambio, el juicio de amparo indirecto no es el medio de impugnación establecido en los numerales 8.2.h) y 14.5 de los citados pactos, porque como ya se dijo, es un medio extraordinario de defensa y en él se puede realizar un reexamen, que está limitado al juicio natural, con la posibilidad de analizar si el juzgador valoró correctamente las pruebas obtenidas en la causa penal y reasumir la valoración de las mismas, pero no tiene el alcance de renovar en forma integral el juicio, menos aún de resumir nuevamente

las pruebas viejas –obtenidas en el juicio natural– y asumir pruebas nuevas o ulteriores, salvo que se trate de supervenientes o de aquellas que el quejoso no haya tenido oportunidad alguna de ofrecer durante la instrucción por desconocerlas o por serle materialmente imposible allegárselas en ese momento.

Por tanto, verbigracia, en los asuntos de carácter penal, en el juicio de amparo indirecto, la litis constitucional se constriñe a analizar el auto de formal prisión a la luz de la etapa de instrucción y lo actuado en averiguación previa, correspondiéndole el ejercicio de la facultad jurisdiccional al juez penal, y por tanto, la actuación del juez de amparo se circunscribe a la valoración del juicio de prueba llevado a cabo por el juzgador responsable en la referida etapa procesal y resolver respecto de la constitucionalidad del acto.

De tal manera que al juzgador constitucional le está prohibido analizar pruebas que no hayan sido previamente valoradas por el juzgador natural, ya que el juicio de derechos fundamentales no constituye una segunda instancia, sino que es un medio extraordinario de defensa a través del cual el órgano judicial federal controla la constitucionalidad de los actos de las autoridades señaladas como responsables, y al ser así, únicamente puede resolver si la autoridad de mérito transgredió o no las normas que regulan la recepción, desahogo y valoración de las pruebas ofrecidas por las partes en el juicio natural.

De ahí que se puede sostener que el juicio de amparo no es una instancia más, sino un juicio autónomo, que cuenta con diferentes elementos subjetivos y objetivos a los de la primera instancia, porque en ésta los elementos subjetivos son las partes actor y demandado, o bien, en el caso de la materia penal, el imputado, el ofendido o

víctima del delito y el órgano acusador, en tanto que la litis sometida a la decisión del juzgador se traduce en determinar la procedencia de la acción o excepciones opuestas, o la existencia del delito imputado y la plena responsabilidad de aquél en su comisión; mientras que en el juicio de amparo los elementos subjetivos son el quejoso, la autoridad responsable y el tercero interesado, y el objetivo es la constitucionalidad del acto reclamado, mas no la renovación integral del juicio por parte del Juzgado de Distrito. Pues ni siquiera tiene por objeto revocar, confirmar, modificar o anular la sentencia reclamada, sino su análisis se constríñe a examinar si el fallo reclamado es constitucional o no, en el supuesto de ser inconstitucional, la decisión del Juzgado Federal se limita a conceder el amparo para reparar las violaciones procesales de imposible reparación advertidas y/o para que se dicte una nueva resolución que purgue los vicios formales o de fondo encontrados por el juzgado de amparo.

En consecuencia, es evidente que con el juicio constitucional no se obtiene la doble conformidad del fallo condenatorio. Además, atendiendo a los elementos de ese juicio puede afirmarse que el amparo no es una instancia más sino un nuevo juicio, uno que, dada su naturaleza es estrictamente constitucional; por tanto, al no poder considerarse como una instancia, menos aún puede servir de parámetro para establecer que, a través de él, se tutela el derecho humano a la doble instancia, consagrado en los numerales 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De ahí que, pese a los alcances prácticos del juicio de amparo, como lo sostuvo el Pleno del Décimo Octavo Circuito, no constituye el recurso a que se refieren los artículos 8.2.h) y 14.5 de los pactos citados, pues tales

dispositivos exigen que la revisión de la sentencia del proceso penal, se lleve a cabo por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.

Lo que permite concluir que los artículos 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagran el derecho humano a la doble instancia, el cual, como garantía, debe estar consagrado por autonomásia en el recurso de apelación, por ser el medio idóneo del cual conoce un tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica al que dictó la sentencia en primer grado; además de ser un recurso de fácil acceso, rápido y eficaz.

Ahora bien, lo anteriormente señalado resulta de vital importancia en el quehacer jurisdiccional, en atención a que en diversas legislaciones como lo es el abrogado Código de Procedimientos Penales para el Estado de Quintana Roo, específicamente en sus artículos 69 y 287, fracción IV, que a la letra establecen:

Artículo 69.- Los autos de formal prisión o los de sujeción a proceso no son recurribles.

*Artículo 287.- Son irrevocables y causan ejecutoria:
...IV.- Las resoluciones dictadas por los Jueces del Estado competentes, en delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, que contemplan los artículos 474, 475, 476 y 477 de la Ley General de Salud y relativos del Código Federal.*

De los que se desprende claramente que en estos se veda la posibilidad de interponer el recurso de apelación, el primero de los citados, respecto de los autos de formal prisión, y el segundo, de todas las resoluciones que se dicten en la modalidad de narcomenudeo, esto es, tanto los autos de formal prisión, de libertad así como las resoluciones de primer instancia que den por concluida la causa.

Bajo este contexto, si los numerales 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tutelan el derecho humano a la doble instancia y el legislador local en los artículos 69 y 287, fracción IV del Código de Procedimientos Penales del Estado de Quintana Roo, abrogado, dispone que los autos de formal prisión y los autos de sujeción a proceso no son recurribles, al igual que las resoluciones dictadas en los juicios penales relativos a la materia de narcomenudeo. Es incontrovertible que el legislador local vedó la posibilidad de que ese tipo de fallos fuera apelable, es decir, los hizo irrecurrentes a través del recurso de apelación; por lo que es evidente que tal precepto secundario veda el derecho del sentenciado a recurrir ante el Tribunal Superior en jerarquía orgánica, dichas resoluciones de primera instancia antes de que adquieran la calidad de cosa juzgada y, por ende, transgrede el derecho humano a la doble instancia en materia penal, consagrado en los artículos 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De ahí que atentos a los razonamientos antes expresados, resulta de obvia constatación que los artículos 69 y 287, fracción IV, del abrogado Código de Procedimientos Penales para el Estado de Quintana Roo, son inconvenionales y, por tanto, en términos de lo previsto en los artículos 1º y 133 de la Constitución Federal, nace la obligación para todas las autoridades jurisdiccionales de velar por el derecho humano a la doble instancia, que al ser contravenido por dichos ordenamientos hace indispensable realizar un control de convencionalidad a efecto de que no se transgreda el mismo.

Ejercicio jurisdiccional que compete a todas las autoridades, tanto de primer grado como de segunda instancia y del orden federal, al momento de advertir esa cuestión, pues resulta indispensable respetar ese derecho a favor de los inculpados y procesados, según sea el caso, a fin de cumplir con los mandatos establecidos en la Constitución General de la República y de los Tratados Internacionales de los que México es parte.

Bibliografía

- Tuesta Silva, Wilder: *La Racionalidad Funcional de la Garantía de la Doble Instancia*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima-Perú, 2010.
- Vescovi, Enrique: *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*

*GENARO GONZÁLEZ LICEA***

*Para Don Guillermo Cuadra:
gran amigo y bondadoso maestro*

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve comentario sobre derechos humanos. III. El marco internacional de los derechos humanos. IV. Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Hablar en nuestro país de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, así como se escucha, en plural, significa hablar, a mi entender, de las reformas que ha tenido la Constitución misma. Lo considero así, esencialmente, por el espíritu eminentemente social y democrático que contiene, su orientación igualitaria y pleno reconocimiento a la dignidad humana. Todo ello, por supuesto, visto en su historicidad y comportamiento de permanente transformación y cambio.

* Lo sustantivo del tema fue expuesto por el autor en la *Charla de sobremesa. Las reformas constitucionales en derechos humanos*, llevada a cabo en la Casa de la Cultura Jurídica “José Miguel Guridi Alcocer” en el Estado de Tlaxcala, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación, México, 26 de septiembre de 2014.

** Responsable del Programa de Contradicciones de Tesis pendientes de resolver en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Estimo, sin embargo, que temáticamente hablando, tales reformas las podemos enmarcar en cuatro grandes rubros. La que responde a la materia penal, la referente al juicio de amparo, la propiamente de derechos humanos y, finalmente, todas aquellas reformas constitucionales en materia económica, social y cultural, con la aclaración de que en este último rubro incorporo también las referentes a las reformas civiles y políticas, ya que éstas revisten un contenido eminentemente social. La interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales, me parece que está fuera de toda duda.

Lo sugerente del tema me llevó a la imposibilidad de rechazar la invitación de la maestra Laura Vargas Amores, Directora de esta Casa de Cultura Jurídica *José Miguel Guridi Alcocer* en Tlaxcala, para hablar sobre las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, aunque, como es obvio deducir, la amplitud del tema me lleva a que, por ahora, mi intervención constituya, en realidad, solamente una introducción al mismo.

El tema así visto reviste para mí una gran relevancia, en particular y así lo remarcaré, porque las reformas en derechos humanos comprenden, en esencia, el todo armónico de la Constitución Federal y no, como se ha llegado a pensar, únicamente la de juicio de amparo, materia penal y la reforma propiamente de derechos humanos de dos mil once¹. Sobre esta, incluso,

¹ Véase: *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de junio de 2011. *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo Único. Se modifica la denominación del Capítulo Primero del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1º; el segundo párrafo del artículo 3º; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del*

erróneamente, a mi parecer, se puede concluir que es la única reforma en la materia que nos ocupa, toda vez que subsume a las que sobre la materia se han expedido.

El tema también comprende al cúmulo de reformas constitucionales de aquellos derechos humanos que, a pesar de estar contenidos en la Carta Magna, es hasta los últimos años cuando han sido reconocidos explícitamente, me refiero, por supuesto, a los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos que, efectivamente, no han sido explicitados en nuestra Constitución paralelamente a los derechos de civilidad y respeto de las personas, sin embargo, no por ello dejan de ser derechos humanos.

En este sentido, un aspecto de primordial importancia tiene para mí la influencia y pleno reconocimiento de la normatividad internacional de derechos humanos en nuestro país. Como lo he mencionado en otros espacios, el alto grado de reconocimiento positivo de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro sistema jurídico, se debe en gran medida a la influencia de dicha normatividad. Incluso, se ha llegado a pensar que el reconocimiento de estos derechos en el citado sistema son producto suyo, más que del propio Estado mexicano. Hay cierta razón en ello, sin embargo, estimo que lo más justo sería decir que lo realmente trascendente del marco normativo

artículo 33, la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102, y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adicionan dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1º, recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11; los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo, décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102, Apartado B; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

en cuestión fue sacar del letargo, del adormecimiento en que estaban, los derechos económicos, políticos y sociales en sistema jurídico nacional.

Lo tardío de su reconocimiento constitucional es el resultado de *elementos como la forma de organización política, el Estado moderno y el Estado social. Su naturaleza jurídica ha sido determinada por los propios Estados al incluirlos en las constituciones, con el estatus en la jerarquía de las normas que se ha creido conveniente, ya sea como derechos fundamentales, derechos constitucionales, garantías o principios*².

Es de recordar que los derechos humanos no son solamente los inherentes a la persona, aquellos que el ser humano posee en forma intrínseca por el solo hecho de ser persona, sino que también lo son aquellos que protegen y permiten el desarrollo social de las personas en un Estado constitucional y democrático, como es el caso de los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos humanos que, como todos sabemos, están reconocidos como tales en el marco constitucional y en los tratados internacionales y, por lo mismo, el Estado debe fomentar, respetar y cumplir, al mismo tiempo que velar por su respeto y cumplimiento.

Por lo genérico del tema, insisto, en plural, reformas constitucionales en materia de derechos humanos, aquí remarcaré la importancia de hacer explícitos en el marco constitucional los llamados derechos económicos, sociales y culturales, más que particularizar en cada uno de ellos y su reforma constitucional respectiva, por ejemplo, seguridad social, derecho a la protección de la familia, derecho a un nivel de vida adecuado (alimentación, vivienda, vestido, etcétera), al agua, salud, educación o a participar en la vida cultural, entre otros.

² Lugo Garfias, M. E.: "Los derechos..." cit., p. 130.

II. Breve comentario sobre derechos humanos

Si el reconocimiento explícito de los derechos humanos en general, y en particular de los derechos económicos, sociales y culturales, depende en gran parte de la actitud y determinación jurídica que sobre ellos asuma cada Estado, entonces, bien se puede decir, parafraseando a Bobbio, que el problema central de los derechos humanos es político, más que filosófico³. Su punto central de definición como Estado es cuándo, cómo y bajo qué circunstancias efectuar determinado reconocimiento de protección jurídica de estos. Cuándo reconocer derechos humanos, con sus respectivas garantías de protección, de primera, segunda o tercera generación, como se han llegado a clasificar⁴.

Los derechos humanos así vistos constituyen, en realidad, un reflejo de la madurez de una determinada formación social e incluso, de una determinada necesidad del propio Estado. Sin embargo, debemos dejar claro lo siguiente: el que un específico derecho humano no se encuentre explícito en un marco constitucional, aunque sí implicitamente contenido en él, no significa, de ninguna manera, su inexistencia, pues estos tienen plena existencia en la condición intrínseca de la persona, por el solo hecho de ser persona, así como de su propia personalidad. Entendiendo por esta última: *la fundamental indisponibilidad del ser del hombre por*

³ Véase: Bobbio, N.: *Presente...* cit., p. 9. Esta idea de Bobbio se encuentra también en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, España, Editorial Gedisa, 2000.

⁴ Dicho en forma genérica, los derechos humanos de primera generación, bien pueden ser todos aquellos derivados de las relaciones jurídicas en general, derechos personales, reales y subjetivos. Los de segunda generación, los que tienen un sentido político e ideológico y los de tercera, los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se interrelacionan en un contexto colectivo.

parte de los demás y, con ello, a la vez, la fundamental disponibilidad del ser del hombre para sí mismo⁵.

Kant lo diría de la siguiente manera: el ser humano, en virtud de su condición humana, en sí mismo, por el hecho de serlo, encierra un derecho innato de igualdad y libertad⁶. Concepción filosófica que, como constata Werner Maihofer, es encarnada en la norma jurídica que regula deliberadamente al comportamiento del individuo en sociedad. *El ideal global es más que evidente, edificar un orden de la máxima e igual libertad y seguridad de todos, individuos y naciones, sujetos en particular y en sociedades, en el conjunto de la humanidad. ¿De dónde alentamos la confianza de que esta imagen rectora de la sociedad liberal, o sea, civil y cosmopolita, representa una posibilidad objetivo-real, en otras palabras, una concreta y productiva utopía política, y no una utopía abstracta e improductiva, una mera imagen mental, una para ilusión de la mitad de la humanidad?*⁷

En este contexto, hay razón más que justificada para sostener que en materia de derechos humanos, esta búsqueda de libertad y seguridad igualitaria, es donde cobra su real dimensión y contenido, uno de los más grandes ideales de protección de cualquier Estado democrático plasmado en su marco constitucional, como es la inviolabilidad de la dignidad de la persona, ese valor intrínseco y peculiar que le asiste, como ser vivo que es, entre todos y cada uno de los seres vivos existentes y, como correlato, que los derechos fundamentales de una persona no son solamente aquellos que la constitución contempla explícitamente como tales, sino aquellos que están contenidos en la

⁵ Maihofer, W.: *Estado...* cit., p. 13.

⁶ Véase: Kant, I.: *Fundamentación...* cit., p. 43.

⁷ Maihofer, W.: *op. cit.*, p. 161.

persona misma y están comprendidos en el espíritu de la Constitución que, a su vez, condensa una determinada formación de Estado.

En este sentido, los principios de igualdad, libertad, equidad y justicia, se corresponden con el respeto, protección, garantía y promoción de los principios de la dignidad de la persona, la inviolabilidad de sus derechos intrínsecos que le asisten en su calidad de persona que es, sus derechos de respetar y fomentar su personalidad.

Sobre el particular, y a efecto de proporcionar mayor abundamiento del tema, cabe decir que Carlos Santiago Nino estudia la complejidad de derechos del ser humano en tres grandes principios: el de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona⁸. Sin embargo, como él mismo lo señala: *la mera enunciación de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona (y eventualmente el principio hedonista) no resuelve, por supuesto, los problemas más importantes que se presentan en la implementación de los derechos individuales básicos. Esos problemas consisten, por un lado, en la solución de situaciones de conflicto entre derechos de diferentes individuos, y, por otro lado, en la determinación del alcance de los derechos en cuestión (que está constituido por los deberes que ellos fundamentan). El primer problema se plantea, por ejemplo, cuando debemos decidir entre la vida de un individuo y la vida, la integridad corporal o la libertad de otro. El segundo problema se presenta cuando debemos decidir si, por ejemplo, el derecho a la vida de los individuos es satisfecho por el Estado cuando establece y hace cumplir la prohibición de matar, o si exige, adicionalmente, que*

⁸ Véase: Santiago Nino, C.: *Ética...* cit.

se prevean condiciones que favorecen la preservación de la vida, como son la alimentación, el abrigo, la asistencia médica, etcétera. Aunque el primer problema depende en parte, como veremos, de la resolución del segundo⁹.

Obviamente la solución del conflicto, refiere el mismo autor, puede ir desde implementar el sentido común, el respeto de moral convencional y la búsqueda de la igualdad al reconocer el alcance de los derechos de las personas: que los alcances de los derechos de una persona *no se haga a costa de una menor autonomía de otros*, como diría Santiago Nino¹⁰. Todo lo cual conlleva a una determinada forma de ser y comportamiento de las instituciones del Estado, a un *liberalismo conservador y liberalismo igualitario*¹¹. Entre estos marcos ideológicos y de comportamiento oscila la interpretación de los alcances de los derechos fundamentales.

Bajo esta óptica de operatividad y solución del conflicto, debe entenderse y con ello concluyo el presente apartado, que cuando el constituyente establece *derechos fundamentales es porque considera que para el funcionamiento del sistema jurídico que desea implantar es especial dar la máxima protección jurídica a determinadas pretensiones y expectativas de autodisposición de los individuos e incluso de los grupos en las que estos se organizan*. Para ello las *inserta en la norma más alta del ordenamiento jurídico y las regula como ámbitos jurídicos cuya existencia es indisponible por el legislador, lo que las hace jurídicamente fundamentales*. Además –y por esto son *derechos*–, las articula jurídicamente no solo como *bienes constitucionalmente protegibles; sino también*

⁹ *Ibidem*, p. 305.

¹⁰ *Ibidem*, p. 348.

¹¹ *Ibidem*, p. 305.

como apoderamientos a los sujetos de tales expectativas para que puedan hacer valer frente a todos esos ámbitos protegidos, cuando menos su núcleo esencial; se garantiza así una potencial disponibilidad inmediata de los derechos fundamentales por su titular¹².

III. El marco internacional de los derechos humanos

Me es difícil efectuar un estudio de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos en el ámbito local, sin tener en cuenta el comportamiento normativo de estos derechos a nivel internacional. Este comportamiento se enmarca, en principio, en todos los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano que, por lo mismo, le son vinculantes. Dentro de este marco de influencia, podemos decir que tanto el sistema Interamericano como el Universal en derechos humanos sobresalen¹³.

El primero, el sistema Interamericano de Derechos Humanos, su aportación central se relaciona con *el alcance de las nociones de acceso a la justicia y derecho a un recurso judicial efectivo cuando los derechos en juego son derechos económicos, sociales y culturales. Estos aportes vienen a poner en cuestión la concepción dominante en México durante mucho tiempo sobre la idea de que las llamadas “garantías sociales” eran puramente programáticas, es decir, que eran normas dirigidas a habilitar la actuación de los legisladores y de la administración, pero que no facultaban a los titulares de esos derechos a formar un reclamo ante la justicia en caso de incumplimiento¹⁴.*

¹² Bastida Freijedo, F.: “Concepto...” cit., pp. 33 y 34.

¹³ Véase: Courtis, C.: “El aporte...” cit., pp. 29 a 42.

¹⁴ Ibídem, p. 31.

Esta aportación es más que trascendente, ya que rompe por completo con *la idea de que no existe interés jurídico por parte de titulares individuales o colectivos de derechos sociales para reclamarlos, o la negación de la vía del amparo para ejercer acciones de tutela en materia de derechos sociales*¹⁵.

Por otra parte, otra aportación a resaltar de este sistema es *una cierta claridad sobre el contenido de un derecho y de las obligaciones que de él se derivan, es una precondición de la justiciabilidad de los derechos sociales y de cualquier derecho humano*¹⁶. Se aleja la discrecionalidad de la autoridad para calificar la violación o no de los derechos humanos y, en contrapartida, se establecen las herramientas para garantizar los procesos a fin de respetar los derechos del gobernado y, al mismo tiempo, se hace presente un mayor reclamo de hacer valer con ellas sus derechos.

En cuanto al sistema Universal, se tiene que *existen al menos tres contribuciones importantes. La primera es la doctrina desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de la necesidad de proveer recursos judiciales u otros recursos efectivos que permitan a los titulares de derechos presentar quejas en casos de alegada violación*¹⁷.

La segunda, *es la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que va a permitir, una vez entrado en vigor, la presentación de quejas ante el respectivo comité por alegadas violaciones a los derechos contenidos en el pacto, una*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Ibidem*, p. 32.

¹⁷ *Ibidem*, p. 33.

vez cumplidos ciertos requisitos como el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. El protocolo Facultativo vino a romper esta falta de protección judicial, o casi-judicial de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional¹⁸.

Finalmente, la tercera contribución del sistema Universal está vinculada con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Aunque el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es reciente y todavía no ha entrado en vigor, existen otros instrumentos universales que incluyen derechos sociales o que incluyen derechos estrechamente vinculados con derechos sociales, que ya ofrecen la posibilidad de presentar quejas o comunicaciones ante los respectivos Comités. De hecho existe jurisprudencia de otros Comités que hicieron justiciables derechos sociales, generalmente por vía de su interconexión con otros principios o derechos. Estos ejemplos demuestran la aceptación de dimensiones de justiciabilidad de derechos sociales derivadas a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos¹⁹.

Por supuesto, adicionalmente a las contribuciones hasta aquí referidas, hay que tener en cuenta las interpretaciones que ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre diversos casos puestos a su consideración.

Lo necesario de las líneas anteriores es porque, a mi entender, estimo que el marco internacional constituyó el detonante principal para despertar del letargo en el que se encontraban los derechos humanos reconocidos por México, en especial aquellos de

¹⁸ Ibídem, p. 34.

¹⁹ Idem.

carácter económico, social y cultural, en relación con su objetivación en su sistema jurídico. Es en él donde se genera el mayor número de criterios, como puntos de referencia metodológica y vinculante, en el ámbito de los derechos humanos en general y, en particular, de los derechos económicos, sociales y culturales que hoy en día contamos. Sobre estos últimos, es en el contexto internacional donde se percibe la mayor lucha por lograr su recuperación e instalación en el nivel que nunca debieron haber perdido: su explicitud en los marcos constitucionales locales.

El artículo 133 constitucional, desde 1917, ha estado presente y, por lo mismo, *todos los tratados internacionales, y desde luego los de derechos humanos, celebrados de acuerdo con el procedimiento previsto por el artículo 133 c son parte del derecho interno de México. Entonces, los derechos humanos protegidos en México son: a) los que la Constitución de 1917 y sus leyes federales y las Constituciones locales y sus leyes reconocen; b) más todos aquellos que no se encuentren en dichas normas, pero sí en los tratados internacionales ratificados por México, con lo cual se refuerza el reconocimiento y la defensa de los derechos humanos en nuestro país, y las características de progresividad, universalidad, indivisibilidad, irreversibilidad y eficacia directa; c) las resoluciones de la SCJN; d) la jurisprudencia de la Corte IDH, y e) los derechos humanos implícitos. De esta forma, el derecho internacional de los derechos humanos es una de las fuentes del derecho constitucional mexicano, en cuanto amplía los derechos humanos reconocidos en nuestro orden jurídico interno, y en cuanto la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales –la Corte IDH– nos es obligatoria, sin desconocer los informes y*

recomendaciones de otros órganos creados en tratados internacionales de derechos humanos que México ha ratificado²⁰.

En este sentido, sobre la reforma constitucional de 2011, en especial de su artículo 1º, comparto el señalamiento referente a que una de sus aportaciones, quizá la más importante, es que *explicó lo que la Constitución ya incorporaba. Desde luego que estoy de acuerdo con la nueva redacción. Lo único que me parece curioso es el cúmulo de manifestaciones del sector político y académico de que dicha reforma es muy importante y que la defensa de los derechos humanos va a tener un viraje positivo en el país. Dicha reforma vino a decir lo que la Constitución ya decía y, como en otras ocasiones, su significado cabal es: ahora sí se va a aplicar la Constitución como siempre debió de haberse hecho. Esta es una peculiaridad del derecho constitucional mexicano, y por cierto no es para sentirse orgulloso de ella²¹.*

Efectivamente, a México le costó trabajo ratificar algunos de los tratados más importantes de derechos humanos, debido a la idea tradicional de soberanía que prevaleció durante muchos años en los medios políticos, jurídicos y académicos²².

No obstante lo anterior, es de reconocer que la conjugación sistema jurídico local, tratados, convenciones y criterios, emitidos tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como por la Corte Interamericana, ha permitido contar hoy en día con doctrina judicial nacional e internacional de capital importancia, sobre la aplicación, por ejemplo, del principio de igualdad y la prohibición de la discriminación en temas como

²⁰ Carpizo, J.: “La Constitución...” cit., p. 816.

²¹ Ibídem, pp. 818 y 819.

²² Ibídem, p. 823.

seguridad social, derechos culturales y educación de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, violencia doméstica y equidad de género²³.

Por supuesto, también están los criterios referentes al acceso a la justicia, el derecho a la tutela judicial efectiva en materia de derechos sociales, el debido proceso, la presunción de inocencia, o bien la interpretación de los derechos civiles y políticos. Insisto, para entender de una mejor manera el comportamiento de los derechos humanos en nuestro país, es indispensable no perder de vista las disposiciones normativas internacionales que sobre la materia le son vinculantes.

IV. Las reformas constitucionales en derechos humanos

Como lo he señalado, hablar de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos en México, es hablar, en realidad, de las reformas que ha tenido la misma Carta Magna, tanto en la parte correspondiente a los derechos de la persona, de las personas en comunidad y del ciudadano mismo (la dogmática), como la referente a la organización y funcionamiento de los poderes públicos (la orgánica). En su conjunto, es más que evidente el contenido social que históricamente manifiesta, así como su sentido de protección de los derechos humanos.

Como lo remarca don Sergio García Ramírez, puede comprobarse que *desde los Sentimientos de la Nación hasta la Constitución de 1917 –pasando por el Decreto de Apatzingán, la Constitución de 1824, las 7 Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1843, el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847,*

²³ Véase: Courtis, C.: *op. cit.*, pp. 34 a 38.

la Constitución de 1857–, se ha ido fortaleciendo una visión protectora de los derechos humanos²⁴.

Por supuesto, ese sentido social de ninguna manera ha sido un obsequio divino, por el contrario, está marcado por luchas y contratiempos sociales. De ahí que don Sergio mismo agregue: *ha sido larga y azarosa la historia de los derechos humanos en nuestro país, siempre acosado por ejercicios autoritarios que niegan libertades a cambio de retener privilegios. La tensión entre los derechos del individuo y las exigencias del gobernante viene de siglos atrás: la etapa precolonial, la colonial, la insurgente; atraviesa el siglo XIX –pese a las reivindicaciones libértales y a las proclamaciones democráticas–, cruza el XX y llega hasta el siglo que ahora comienza. En cada etapa el autoritarismo ha tenido expresiones propias, y en cada una se han alzado voces y brazos para impugnar al tirano y rescatar la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Así, desde fray Bartolomé de las Casas hasta los defensores modernos de los derechos del ser humano, que libran una ardua batalla en procuración del bienestar y la justicia de los mexicanos, y entre ellos, sobre todo, de los más vulnerables, de los débiles, de los desvalidos, que son mayoría, a despecho de los discursos oficiales y de las leyes que anuncian la felicidad del pueblo²⁵.*

Dentro de este batallar de los derechos humanos, dije también que, temáticamente hablando, ubico cuatro tipos de reformas constitucionales en materia de los derechos en cuestión: la penal, la del juicio de amparo, la de los derechos humanos propiamente dicha y la que comprende, dicho en bloque, lo económico, social y cultural.

²⁴ García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J.: *La reforma...* cit., p. 48.

²⁵ *Ibidem*, p. VII (página correspondiente a la presentación del libro).

De las tres primeras me parece que se ha dicho lo necesario como para solo agregar aquí lo siguiente: de las últimas reformas constitucionales en materia penal, la referente al sistema acusatorio oral tiene un gran impacto en los derechos humanos, en particular porque, me parece, rompe con el viejo paradigma de que es el Estado el que acusa y la persona acusada la que debe probar su inocencia.

Este principio, como garantía constitucional, se convierte en la piedra angular del sistema acusatorio, toda vez que impide atribuir responsabilidad jurídica y, en consecuencia, restringir los derechos de una persona si no se acredita debidamente y conforme a la ley, su participación objetiva y subjetiva en un hecho ilícito. Lo cual comulga plenamente con la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11), respecto a que toda persona acusada por un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, hasta en tanto se pruebe su culpabilidad en un proceso legal.

Con el afán de delinear la trascendencia de esta garantía, es de señalar algunos de los principios que la conforman, entre ellos: que es inaceptable la responsabilidad objetiva en materia penal y, como regla general, en materia civil; que no es suficiente con acreditar la responsabilidad subjetiva, cuando no existe una relación de causalidad directa entre la conducta y la producción del hecho ilícito; que no cabe atribuir responsabilidad penal a una persona por los actos dolosos o culposos de sus familiares o terceros; que descarta la responsabilidad jurídica sin la prueba fehaciente y directa del dolo o culpa del autor; que no se admiten las simples presunciones para fundar la responsabilidad jurídica; que la presunción de inocencia sólo cede en un debido proceso legal donde se prueba la autonomía del hecho y la culpa

o dolo del autor y, finalmente; que en caso de duda se impone preservar el principio de presunción de inocencia. Regla que, en derecho penal, equivale al precepto *in dubio pro reo* (ante la duda a favor del reo).

Entre paréntesis, es de comentar que la presunción de inocencia también tiene cabida, por ejemplo, en la materia fiscal y en la disciplinaria. En el entendido de que bajo ciertas condiciones, algunas leyes permiten la culpabilidad, a menos que el imputado pruebe su inocencia. Esto acontece mucho en los delitos que admiten prueba en contrario (*juris tantum*), a diferencia de la presunción de pleno y absoluto derecho (*juris et de iure*), la cual no admite prueba en contrario. Es el caso del delito de enriquecimiento (que trae como consecuencia, entre otras, la inhabilitación correspondiente), del funcionario o ex funcionario público que, al ser requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de su cargo público y hasta dos años después de haber cesado en el mismo. Se presume que hay enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se incrementa con bienes, sino también cuando se cancelan deudas y obligaciones.

Concluido el paréntesis, permítaseme retomar el principio de presunción de inocencia en relación con los tratados internacionales y, en particular, con las reservas que el Estado mexicano aprueba respecto a una determinada porción normativa contenida en los mismos. Es el caso de la reserva al artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²⁶,

²⁶ Esta señala: *Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas solo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos*

adoptada en la ciudad de Belem da Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. El impacto del principio en cuestión llevó al Estado mexicano al retiro de dicha reserva en dos mil trece, con lo cual, a mi parecer, el pueblo mexicano, las personas que habitamos en él, recuperamos la seguridad de no ser privados de nuestra libertad por persona alguna, en este caso militares, sino por mandamiento judicial.

Por su parte, las instituciones mexicanas militares en general, en cuanto al tema del delito de desaparición forzada de personas, tienen la posibilidad de recuperar su dignidad institucional, ya que hayan participado o no en el cometido de dicho delito, la sola reserva de la cláusula de protección a los militares, es de suyo ofensiva para el comportamiento castrense. Téngase en cuenta que, según mi punto de vista, la reserva a la cláusula en cuestión era contraria al propio mandato constitucional, ya que todo indica que respondía a un lamentable patrón de comportamiento tolerado por el Estado mexicano.

Además, agrego dos cuestiones que considero muy importantes. La primera es que al eliminar la protección de prácticas (como la de desaparición forzada de personas) que pudieron llevar a cabo elementos militares y que el Gobierno mexicano tuvo a bien proteger, se restringe el fuero de guerra que inconstitucionalmente se prolongó. La segunda es capital. Se genera la posibilidad de abrir procesos judiciales para esclarecer hechos y lograr impartición de justicia de todas aquellas víctimas afectadas por el delito de desaparición forzada de personas, donde

de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares. No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

presumiblemente participaron elementos militares. Recuérdese que dicho delito es de lesa humanidad y, por lo mismo, imprescriptible.

En estos momentos, eliminada la cláusula de reserva a favor de los militares (reserva al Artículo IX de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas), el problema ya no se reduce a cumplir órdenes, sino también impera el marco constitucional de libertad de conciencia y el actuar con estricto apego a la ley. El delito de desaparición forzada de personas es de lesa humanidad, pues, de acuerdo al Estatuto de Roma, constituye un acto inhumano que causa intencionalmente grandes sufrimientos o atenta gravemente contra la integridad física o la salud mental de la víctima al colocarla en un estado de completa indefensión y, por lo mismo, propicia una violación múltiple de derechos humanos. Derechos que, recuérdese siempre, están protegidos por la Constitución Federal y las normas internacionales correspondientes.

Eliminar la reserva a la citada Convención, se debe ver, me parece, como parte del comportamiento de un todo. De una reforma constitucional en materia de derechos humanos, recomendaciones formuladas por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, y criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ninguna actuación militar ni por encima ni al margen de la Constitución Federal. Los delitos de desaparición forzada de personas, de ninguna manera prescriben, son de lesa humanidad. En aquellos que dado el caso se argumente la participación de militares, eliminada la cláusula de reserva que aquí traté, es totalmente viable abrir el proceso correspondiente y, en su momento, obtener una sentencia.

En cuanto a la reforma constitucional en materia de amparo²⁷, aquí es suficiente decir que esta cambió sustancialmente los alcances de dicha institución jurídica, más aún si la vemos relacionada con la reforma en derechos humanos de dos mil once, pues significó, entre otros impactos, que a la *ampliación del conjunto de derechos humanos justiciables, y a la caracterización de las obligaciones estatales se suma la expansión de la titularidad de los derechos a partir de las nociones de interés legítimo y colectivo que son de gran importancia para la protección más amplia de los derechos sociales*²⁸, de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano.

En resumidas cuentas, cabe referir que mediante esta reforma se consignó la procedencia del amparo para impugnar normas generales, así como actos u omisiones que violen los derechos humanos; se prevé que el amparo sea el medio idóneo para hacer valer los derechos correspondientes al interés legítimo, lo que permite un avance incalculable en materia de derechos fundamentales, particularmente en lo que respecta a los derechos sociales, económicos y culturales; se atempera el principio de relatividad de las sentencias de amparo; se instituye la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad; se fijan nuevas reglas para la producción y la sustitución de la jurisprudencia por reiteración. Se introduce también la figura del amparo procesal adhesivo; se puntualizan las reglas para la definitividad de los actos administrativos; se introducen

²⁷ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, mediante el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁸ Fix-Fierro, H.: “Mensajes...” cit., p.10.

algunos lineamientos específicos en tratándose de la suspensión de los actos reclamados, de la suplencia de la queja deficiente y otros para mejorar lo relativo al cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo. Por supuesto, como figura novedosa, se instituyen los Plenos de Circuito, con la función de definir los criterios prevalentes en caso de que diversos tribunales colegiados emitan opiniones contradictorias²⁹.

Por lo que se refiere a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de dos mil once, por ahora solo agregaría que previamente a ella están las referentes al mismo concepto de derechos humanos. En ocasiones, los derechos humanos volvían a la escena constitucional bajo su nombre tradicional y propio. Así ocurrió cuando se agrego un apartado B al artículo 102 constitucional –sede normativa del Ministerio Público de la Federación y del procurador general de la República, a partir de 1917– para instalar en ella los órganos de promoción y defensa de los derechos humanos, que conocemos como «comisiones» de derechos humanos. Y a sí aconteció cuando varió –y se relocalizó– el texto del artículo 2º, a propósito de los derechos de miembros de comunidades indígenas. En ambos casos fue rescatada la expresión, y con ella la idea, de los derechos humanos nuevamente instalados en el texto constitucional³⁰.

Por otra parte, es de resaltar que a partir de la reforma constitucional en derechos humanos de 2011 y diversos criterios emitidos sobre su contenido por el Pleno de la Suprema Corte, ahora todas las autoridades del país, en sus respectivos ámbitos de competencia, están obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por

²⁹ González-Loyola Pérez, F.: “Reformas...” cit., p. 105.

³⁰ García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J.: *op. cit.*, p. 51.

aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona³¹.

Esta nueva disposición es conocida, doctrinal y jurídicamente, como control de constitucionalidad y convencionalidad de una determinada norma. Dicho control se refiere a la actuación valorativa de normas nacionales e internacionales por parte de la autoridad y, como resultado de ella, ésta, la autoridad, federal, estatal o municipal, debe optar por la norma más favorable al derecho humano de que se trate. Esto último es lo que se conoce como principio *pro homine* o persona.

Esta nueva forma de actuar de la autoridad al analizar problemas jurídicos puestos a su consideración y que trastocan derechos humanos, comprende en realidad un todo homogéneo y congruente en el estudio de la norma. Ello es así, ya que, dicho sucintamente, el control de constitucionalidad comprende el estudio de las normas que la propia Constitución dota del mismo rango al incorporarlas a su texto y contenido, pongamos por caso los tratados internacionales.

El control de convencionalidad, por su parte, es el que da cuenta del deber del juzgador de efectuar una interpretación armónica del derecho, lo que significa, analizar la compatibilidad entre las disposiciones internas que aplicará en un caso concreto, en relación con los citados tratados. Finalmente, en cuanto al privilegio del principio *pro persona*, significa la

³¹ Véase: Tesis aislada emitida por el Pleno, de rubro: *CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD*. Tesis P. LXVII/2011 (9^a), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro 111, diciembre de 2011, tomo 1, página 535.

aplicación de la norma, lo remarco, la norma, más favorable a la persona, o bien, si de lo que se trata es de establecer límites a su derecho ejercido, debe elegirse la más restringida³².

En relación al control de constitucionalidad tenemos que éste se ejerce en el sistema jurídico mexicano de dos formas, por medio del sistema concentrado y por el llamado sistema difuso de la aplicación de la Constitución³³.

El sistema concentrado lo constituye el estudio de la constitucionalidad de actos y normas de carácter general, a través de los órganos del Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte y Tribunales de la Federación) con vías directas de control, como son: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto. Vías, por cierto, contenidas en los artículos 103, 105 y 107 constitucionales³⁴.

³² Véase: Tesis I.4º.A. 464 A, así como tesis I.4º.A. 441 A, de rubros: *PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA* y *PRINCIPIO PRO HOMINE, SU APLICACIÓN*, ambas emitidas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, respectivamente XXI y XX, febrero de 2005 y octubre de 2004.

³³ Véase: Tesis aislada emitidas por el Tribunal Pleno, P. LXX/2011 (9^a), de rubro: *SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXIANO*, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2001, tomo 1, expediente Varios 912/2010, resulito el 14 de julio de 2011, p. 557.

³⁴ El artículo 103 constitucional se refiere a las controversias competencia de los Tribunales de la Federación, el 105 a las controversias competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como son: fracción I. *De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:... y II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:...,* en tanto que el 107 se refiere al juicio de amparo.

En cuanto al segundo sistema, el difuso, tenemos que éste se lleva a cabo, incidentalmente, por el resto de jueces y autoridades del país, en todos aquellos procesos que son de su competencia. El control difuso, por lo mismo, bien puede definirse como una excepción en el estudio de la constitucionalidad de normas y consiste en otorgar a los jueces en general y no a un juez en particular, el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes.

El control de constitucionalidad difuso, por tanto, es un método propio del derecho procesal constitucional que permite asegurar la supremacía de la Carta Magna por parte de los jueces en general. Su objetivo es, ante un problema concreto puesto a su consideración, consolidar la supremacía constitucional y lograr una interpretación conforme de la norma de acuerdo al bloque de constitucionalidad y, en su caso, elegir el más acorde a dicho bloque, o bien, inaplicar, en el caso concreto, la disposición que oriente el sentido de la premisa normativa, cuando sea indefendible un determinado sentido, en oposición al pretendido constitucionalmente³⁵.

³⁵ Véase: Tesis aislada I.4º.A.18K (10^a), de rubro: *CONTROL DIFUSO. RASGOS DISTINTIVOS DE SU EJERCICIO*, emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito al resolver la revisión fiscal 623/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo 3, p. 1762. Así como, la tesis emitida por el Tribunal Pleno P.V/2013 (10^a), de rubro: *CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA CUYA INCONVENCIONALIDAD SE DECLARA SÓLO TRASCIENDE A UNA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL ACTO RECLAMADO AL NO EXISTIR LA DECLARATORIA RELATIVA*, emitida al resolver el amparo en revisión 134/2012, el 30 de agosto de 2012, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo 1, página 363 y la aislada de Pleno P. LXIX/2011 (9^a), de rubro: *PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*, expediente varios 912/2010, 14 de julio de 2011, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo 1, página 552.

Así las cosas, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto podemos decir que lo establecido en el artículo 1º constitucional debe ser analizado por las autoridades federales, estatales y municipales, en forma conjunta con lo dispuesto en el artículo 133 del mismo ordenamiento y, de esta manera, determinar el campo específico de estudio de lo que se ha dado en llamar control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, y preferir los derechos contenidos en la constitución y tratados internacionales, *aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior*³⁶.

Finalmente, en relación con el control de constitucionalidad y de convencionalidad, es de concluir que a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, *los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales,*

³⁶ Véase: Tesis del Tribunal Pleno: P. LXVII/2011(9^a), de rubros: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. Expediente Varios 912/2010, 14 de julio de 2011, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo 1, página 535.

mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos³⁷.

Por lo que se refiere a las reformas constitucionales en materia económica, social y cultural, como bloque conceptual que, además, incluye las reformas civiles y políticas, precisamente por la interdependencia e indivisibilidad de los derechos que contienen en relación con aquéllas, me parece que es aquí donde se refleja en mayor impacto de la normatividad internacional en derechos humanos, pues éstos vivían, en realidad, un adormecimiento en el sistema jurídico mexicano. Ello es así, ya que *aunque la constitución mexicana fue pionera en la incorporación de derechos sociales, y aunque en la historia constitucional mexicana se haya verificado una gradual ampliación en el reconocimiento de estos derechos, más allá del reconocimiento original de derechos en materia laboral y agraria como los derechos a la salud, a la educación o los derechos de los pueblos indígenas, la doctrina dominante en México ha sostenido siempre que estos derechos o ‘garantías’ sociales no son directamente operativos sino meramente programáticos*³⁸.

Idea que se complementa con la que señala que: *no se puede olvidar que si bien es cierto que nuestra Constitución de 1917 fue la primera en el mundo en consagrar derechos sociales a favor de campesinos y*

³⁷ Tesis jurisprudencial 1a./J. 18/2012 (10a.), emitida por la Primera Sala de la SCJN al resolver la contradicción de tesis 259/2011 el 30 de noviembre de 2011, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo 1, diciembre de 2012, página 420.

³⁸ Courtis, C.: *op.cit.*, p. 31.

trabajadores, la verdad es que durante mucho tiempo esto sirvió de fundamento a políticas públicas y sociales de carácter corporativo, que aun cuando se tradujeron en avances innegables, dejaron a millones de personas y ciertas comunidades en situación de indefensión cuando dichas políticas no cumplían su cometido y los derechos que debían garantizar no podían reclamarse en tribunales³⁹.

Lo anterior, ciertamente, ha dificultado conformar un Estado social de derecho en el amplio sentido del término, puesto que era notoria la ausencia de instrumentos tutelares efectivos de tales derechos. No basta el reconocimiento del derecho, sino también es indispensable contar con los instrumentos para su aplicación. Cuestión más que preocupante, toda vez que en las citadas reformas se ubican los derechos humanos más recurrentes en cualquier comunidad, entre ellos, los derechos laborales, agrarios, de propiedad privada, agua, medio ambiente sano, salud, educación, vivienda, seguridad social, por referir algunos, los cuales requieren de un estudio y valoración de control de constitucionalidad y convencionalidad⁴⁰.

En este sentido, lo primero a tener presente al abordar las reformas constitucionales en materia económica, social y cultural, así como los derechos que en ellas se contienen, es que los derechos fundamentales de una persona no son solamente aquellos que la constitución contempla explícitamente como tales, sino también aquellos que están contenidos

³⁹ Fix-Fierro, H.: *op. cit.*, p. 11.

⁴⁰ Véase: Conferencia pronunciada en el *Primer Seminario de Actualización Jurídica para Miembros Dirigentes de las Organizaciones Campesinas*, 20 de agosto de 2014, Procuraduría Agraria, Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, publicada en el blog del autor: *Estado, sociedad y derecho*.

en la persona misma y, al mismo tiempo, en el espíritu de una constitución. De esta manera, los principios de igualdad, libertad, equidad y justicia, se corresponden con el respeto, protección, garantía y promoción de los principios de dignidad de la persona, inviolabilidad de sus derechos intrínsecos que le asisten en su calidad de persona que es, y sus derechos de respetar y fomentar su personalidad y la personalidad del otro.

Empero, a la par de estos derechos intrínsecos al ser humano, están también aquellos que con la misma importancia y jerarquía se encuentran contenidos en la propia condición humana y marco constitucional. Ellos son, precisamente, los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos que *siempre han sido objetados como derechos, ya que históricamente no fueron reconocidos en las constituciones a la par de los civiles y políticos porque su cumplimiento implica gasto público, sin embargo, diversos elementos permitieron que fueran establecidos en las Leyes Fundamentales de los países, e incluidos en la universalización de los derechos humanos, como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y al elaborar tratados internacionales obligatorios se vigiló que fueran considerados, si bien en documentos separados, simultáneos en tiempo para efectos de reconocimiento*⁴¹.

Por lo expuesto, si hablamos de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, por dar un ejemplo, del derecho a la salud y educación, es claro que: *a pesar de su consagración textual en la Carta Magna, estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante sobre la acción de ciudadanos*

⁴¹ Lugo Garfias, M. E.: "Los derechos..." cit., pp. 129 y 130.

y poderes públicos. Se ha entendido que su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, en cuya esencia los jueces constitucionales no podrían hacer mucho⁴².

Ahora, en cambio, se parte de la premisa de que aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el juez constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales⁴³.

El detonante de este nuevo papel, tanto de juzgadores en general, como de autoridades gubernamentales y administrativas, es, entre otros, la reforma constitucional en materia de derechos humanos, juicio de amparo y su ley reglamentaria, y en materia penal. Lo cual significa que a la ampliación del conjunto de derechos humanos justiciables, y a la caracterización de las obligaciones estatales se suma la expansión de la titularidad de los derechos a partir de las nociones de interés legítimo y colectivo que son de gran importancia para la protección más amplia de los derechos sociales⁴⁴.

Las reformas constitucionales en derechos humanos, vistas como un todo orgánico y congruente en nuestro sistema jurídico nacional, han incorporado

⁴² Pardo Rebolledo, J. M.: “El papel...” cit., p. 129.

⁴³ Ibídem, p. 139.

⁴⁴ Fix-Fierro, H.: *op. cit.*, p.10.

gradual y paulatinamente diversos derechos y garantías a la constitución, lo cual es plenamente congruente con el espíritu originario de la propia Constitución. Empero, a renglón seguido, conviene recordar que: *tal y como se deriva de la Carta Política Mexicana vigente, la protección efectiva de los derechos, ya por sí sola, es un fin del Estado constitucional moderno como consecuencia de que ‘todo poder público emana del pueblo y se instituye para beneficio de este’ (artículo 39, 2^a frase de la CPM). Sin embargo, una protección efectiva es también condición necesaria para la supervivencia de nuestras democracias que dependen de la participación activa del ciudadano; tanto como las libertades fundamentales son prerrogativas para la participación política, al igual que los derechos económicos, sociales y culturales que velan por las condiciones de una vida en dignidad son constitutivos de nuestros sistemas políticos y económicos libres*⁴⁵.

Es fácil decir que vía las reformas constitucionales en derechos humanos el sistema de justicia mexicano arribó al sistema de protección nacional e internacional de los mismos, empero para dar firmeza a esta aseveración es necesaria, efectivamente, la participación activa de los ciudadanos. Como dije, la Carta Magna, de suyo manifiesta una evidente protección a los derechos humanos, de la misma manera que sus 216 decretos de reforma, desde el primero de ellos, llevado a cabo el ocho de julio de mil novecientos veintiuno, mediante el cual se reformó, además de un artículo transitorio, la fracción XXVII del artículo 73, relativo a planteles de instrucción pública, hasta el decreto de diez de febrero de dos mil catorce, mediante el cual se llevó a cabo la reforma constitucional en materia político-electoral.

⁴⁵ Steiner, C.: “Presentación”, cit., p. XVI.

Obviamente, entre estos dos parámetros sucedieron el restante número de reformas constitucionales que sin duda contienen derechos humanos, por mencionar algunas: la que fija el salario mínimo; la reforma agraria, laboral, educativa y de salud; la del derecho político a la mujer; la de protección a la infancia y familia, igual entre el hombre y la mujer ante la ley; la de protección a los pueblos indígenas; la de telecomunicaciones; la que reconoce las candidaturas independientes; la de transparencia y el derecho a la calidad del agua que asiste a toda persona; entre otras.

V. Conclusiones

Efectivamente, podemos decir que hablar de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos es referirnos a las reformas que ha tenido la Constitución misma. Ello en virtud de su espíritu eminentemente social y democrático que contiene, su orientación igualitaria y pleno reconocimiento a la dignidad humana.

Por otra parte, temáticamente hablando, también podemos decir que tales reformas se enmarcan en cuatro grandes rubros: la de materia penal, la referente al juicio de amparo, la propiamente de derechos humanos y todas aquellas reformas constitucionales en materia económica, social y cultural. Rubro genérico en el cual están comprendidas las referentes a las reformas civiles y políticas, ya que estas revisten un contenido eminentemente social.

En relación con el marco normativo internacional de los derechos humanos, es evidente que este constituyó el detonante principal para despertar del letargo en el que se encontraban los derechos humanos contenidos en la Carta Magna y, por lo mismo, pivote

básico para su objetivación en la misma e, incluso, para dejar sin efecto diversas cláusulas de reservas que incidían directamente en el comportamiento de posibles violaciones a los derechos humanos, es el caso de la eliminación, en dos mil trece, de la cláusula de reserva a favor de los militares en relación con el artículo IX de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, la cual aquí se comentó.

Finalmente, si bien las cuatro materias que comprenden las reformas constitucionales deben verse como un todo integral, la referente a la materia económica, social y cultural, requiere una atención especial, ya que por mucho tiempo los derechos que comprenden han sido *entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos*.

Cosa que, aunque no con la rapidez requerida, está en pleno cambio. En ese sentido, se puede decir que ha sido revalorada la importancia de estos en un Estado social de derecho, empero, en tanto no se instalen en la conciencia de la ciudadanía, en el comportamiento cotidiano de esta, como derechos y deberes a llevar a cabo al mismo tiempo, me atrevo a decir que tales derechos serán de normatividad muerta, de escritorio, de papel en el discurso y, obviamente, de calidad mucho muy inferior a la deseada.

VI. Bibliografía

- Bastida Freijedo, J. Francisco: “Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales”, en Varios autores, *Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Ed. Tecnos, Madrid, España.

- Bobbio, Norberto: *Presente y porvenir de los derechos humanos*, No. 1, Madrid, España, 1981, p. 9. Esta idea de Bobbio se encuentra también en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, España, Editorial Gedisa, 2000.
- Carpizo, Jorge: “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, volumen XII, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.
- Courtis, Christian: “El aporte de los sistemas internacionales de derechos humanos a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, en *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, editado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Fix-Fierro, Héctor: “Mensajes inaugurales”, *¿Hay justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. Editado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta: *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, publicado por Editorial

Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, e Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.

- González Licea, Genaro: Conferencia pronunciada en el *Primer Seminario de Actualización Jurídica para Miembros Dirigentes de las Organizaciones Campesinas*, 20 de agosto de 2014, Procuraduría Agraria, Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, “Control de constitucionalidad y convencionalidad”, *Estado, sociedad y derecho*, disponible en: <http://maestrogonzalezliceagenaro.blogspot.mx/>. Consultado el 25 de septiembre de 2014.
- González-Loyola Pérez, Francisco: “Reformas constitucionales y el cambio en las reglas de aplicación del derecho”, disponible en www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/34/gonzalez.pdf. Consultado el 25 de septiembre de 2014.
- Kant, Immanuel: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, edición de Voländer (publicada por Meiner), 3^a edición, 1947.
- Lugo Garfias, María Elena: “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos”, en *Derechos Humanos en México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos México*, año 4, número 12, 2009, páginas 129 y 130, editada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2009.
- Maihofer, Werner: *Estado de derecho y dignidad humana*, Traducción del Dr. José Luis Guzmán Dalbora, Estudio preliminar del Dr. Agustín Squella Narducci, Editorial B De F, Buenos Aires, Argentina, 2008.

- Pardo Rebolledo, Jorge Mario: “El papel de las cortes constitucionales en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *¿Hay justicia para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. Editado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.
- Santiago Nino, Carlos: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2^a edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Steiner, Christian: “Presentación”, en *Derechos humanos en la constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. Tomo I, publicado por Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Konrad Adenauer Stiftung-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, México 2013.

Legislación consultada

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Fecha de adopción, 10 de diciembre de 1948.
- *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011.

- *Diario Oficial de la Federación* de fecha 6 de junio de 2011. *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, órgano de difusión del Poder Judicial de la Federación.

Presencia de la Defensoría

**El derecho a un juez o tribunal imparcial:
análisis del artículo 8.1 de la Convención
Amerciana sobre Derechos Humanos
(A la luz del Caso *del Pueblo Indígena
Mapuche Vs. Chile*)^{*}**

EDUARDO FERRER MAC GREGOR^{**}
MANUEL VENTURA ROBLES^{***}

SUMARIO: Introducción. I. Objeto de la disidencia. II. El derecho a un juez o tribunal imparcial de acuerdo con la jurisprudencia internacional. III. La falta de imparcialidad de los jueces que conocieron las causas penales de las víctimas del presente caso. IV. Conclusión. V. Bibliografia.

Introducción

1. Emitimos el presente voto disidente para fundamentar los motivos por los cuales discrepamos con lo decidido en el punto resolutivo 10 de la Sentencia de 29 de mayo de 2014 en el *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile* (en adelante *la Sentencia*), dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante *la Corte o el Tribunal Interamericano*), en el cual se

* El presente texto reproduce el voto conjunto disidente que formulamos en el *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2014*.

** Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*** Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

declaró que *[n]o procede emitir un pronunciamiento sobre la alegada violación del derecho a un juez o tribunal imparcial, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o el Pacto de San José de Costa Rica)*, en lo que respecta a lo señalado en el párrafo 229 de la Sentencia.

2. A través del presente voto, expondremos las razones por las cuales estimamos que la Corte debió establecer que Chile incurrió en una violación del artículo 8.1 de la Convención Americana por la falta de imparcialidad de los tribunales que condenaron penalmente a las víctimas del presente caso, particularmente porque estas condenas están basadas en estereotipos y prejuicios étnicos negativos, incidiendo de forma determinante en el análisis de elementos de la responsabilidad penal.

3. Para una mayor claridad dividiremos el presente voto en los siguientes apartados: (1) Objeto de la disidencia (párrs. 4 a 11); (2) el derecho a un juez o tribunal imparcial de acuerdo con la jurisprudencia internacional (párrs. 12-32); (3) la falta de imparcialidad de los jueces que conocieron las causas penales de las víctimas del presente caso (párrs. 33-41); y (4) Conclusión (párrs. 42-45).

I. Objeto de la disidencia

4. En primer término, estimamos insuficiente la razón dada por el criterio mayoritario en el párrafo 229 de la Sentencia al considerar *que no es necesario pronunciarse sobre la alegada violación del derecho a un juez imparcial*. La razón brindada en la Sentencia consiste en que las alegaciones de violación *están estrechamente relacionadas con la presunción de la*

intención terrorista de ‘producir temor en la población en general’ (elemento subjetivo del tipo), que según ya se ha declarado (supra párrs. 167 a 176) vulnera el principio de legalidad y la garantía de presunción de inocencia previstos, respectivamente, en los artículos 9 y 8.2 de la Convención. Con base en ese motivo, el criterio mayoritario sostiene que *l/la alegada violación del artículo 8.1 debe considerarse subsumida en la ya declarada violación de los artículos 9 y 8.2.*

5. Al respecto, nos parece preciso recordar que la Corte examinó si la presunción legal del elemento subjetivo del tipo establecida en el artículo 1 de la Ley Antiterrorista (Ley N° 18.314) entrañaba una violación al principio de legalidad y al principio de presunción de inocencia, al establecer que *[s]e presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que const[ara] lo contrario*, cuando el delito se cometiera mediante el uso de los medios o artificios indicados en esa misma norma (entre ellos *artificios explosivos o incendiarios*)¹. La Corte concluyó que la referida presunción de que existe la intención *de infundir temor en la población en general* cuando se dan determinados elementos objetivos es violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana y de la presunción de inocencia prevista en su artículo 8.2; y concluyó que su aplicación en las sentencias que determinaron la responsabilidad penal de las ocho víctimas de este caso vulneró tales derechos protegidos en los artículos 9 y 8.2 de la Convención.

6. *El motivo de la disidencia, en lo que respecta al referido párrafo 229 de la Sentencia, consiste en que no contiene un razonamiento de cómo esa presunción*

¹ Párrs. 168 a 177 de la Sentencia.

legal, que ni siquiera se alega que fuera discriminatoria, habría influido negativamente en la imparcialidad de los jueces. Por el contrario, estimamos que la imparcialidad de los jueces que conocieron estas causas penales innegablemente se puso en entredicho en relación con lo resuelto en las sentencias condenatorias respecto de las cuales la Corte declaró violado el artículo 24 de la Convención Americana.

7. En efecto, debe recordarse lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante *la Comisión*) en su Informe de Fondo, relativo a que la violación a la imparcialidad se produjo debido a que los jueces que dictaron las sentencias condenatorias de las ocho presuntas víctimas *efectua[ron] una valoración y calificación de los hechos con base en conceptos preconstituidos sobre el contexto que los rodeó, y al haber adoptado su decisión condenatoria aplicando dichos prejuicios*. Según la Comisión *los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal guardaban nociones preconcebidas sobre la situación de orden público asociada al así llamado ‘conflicto Mapuche’, prejuicios que los llevaron a dar por probado que en la IX Región se desarrollaban procesos de violencia dentro de los cuales se ‘insertaban’ los hechos investigados, y asimismo a reproducir, en forma casi textual, el razonamiento que ya se había aplicado a la valoración de la conducta individual en otro proceso penal previo*².

8. En similar sentido, en su escrito de solicitudes y argumentos la Federación Internacional de Derechos Humanos (en adelante la *FIDH*) argumentó que *existió una imparcialidad (sic) subjetiva en las sentencias de condena del caso de los Lonkos y del caso Poluco Pidenco*

² Informe de Fondo No. 176/10, párrs. 282 y 283.

y que se adhería a la conclusión de la Comisión en su Informe de fondo, a lo cual agregó que “la aplicación de una pena indebida a los lonkos también demuestra el prejuicio”³. En sus alegatos finales la FIDH sostuvo que *la recurrencia a conceptos como ‘hecho público y notorio’, ‘es de público conocimiento’ como elementos de base a fin de justificar un grave conflicto entre la etnia mapuche y el resto de la población, contenidos en ambas sentencias, Caso Lonkos y Caso Poluco Pidenco, dejan establecido que las víctimas no fueron juzgad[a]s por un tribunal imparcial, ya que se aproximan al caso con un prejuicio o estereotipo*. Asimismo, sostuvo que *[l]os pre conceptos [...] quedan plasmados, además, en la copia que hace el Tribunal Oral de Angol de la sentencia que dictó en el primer juicio en contra de los Lonkos Pichún y Norín, en la que dictó sentencia absolutoria y luego en la sentencia condenatoria con el caso Poluco Pidenco, en contra de las víctimas, de 24 de agosto de 2004], copia hecha precisamente de aquella parte referida a por qué consideraba que los hechos de que estaba conociendo eran delitos terroristas.*

9. Por tanto, consideramos que resulta contradictorio que la Corte no entrara a pronunciarse sobre los referidos alegatos de violación al derecho a un juez imparcial, pero sí se pronunciara –en los párrafos 226, 227, 228 y 230 y en el punto resolutivo segundo de la Sentencia– sobre *las expresiones particularmente señaladas como discriminatorias [...] que con algunas variantes aparecen en las distintas sentencias condenatorias*; concluyendo que *la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio*

³ Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de la FIDH (expediente de Fondo, Tomo I, folios 497 y 498).

de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento⁴, en perjuicio de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequeo Pichún Paillalao, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe (énfasis añadido).

10. Estimamos que en igual sentido correspondía examinar las alegaciones de que la conducta de los jueces conllevó una falta de imparcialidad, analizando si esas expresiones y razonamientos de las sentencias condenatorias que la misma Corte calificó que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraban también en el presente caso una violación a la garantía de imparcialidad judicial. Este análisis resulta particularmente importante tratándose de procesos penales en que los imputados resultaron condenados. Además, en la Sentencia no se expone un razonamiento de cómo la referida presunción legal pudo haber influido de manera negativa en el aspecto de la imparcialidad de los jueces en que se centra la alegada violación, máxime que ni siquiera se alega que fuera discriminatoria⁵.

⁴ Párr. 228 de la Sentencia.

⁵ En su Informe de Fondo No. 176/10 la Comisión Interamericana afirmó, tanto en el párrafo 283 como en su séptima conclusión (párr. 289.7), que Chile incurrió en una violación al derecho a un juez o tribunal imparcial en perjuicio de las ocho presuntas víctimas de este caso. A pesar de que la Comisión Interamericana no expone argumentos en dicho párrafo 283 que sustenten la alegada violación respecto del señor Víctor Ancalaf Llaupe y de que el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (en adelante *CEJIL*) –representante del señor Víctor Ancalaf– no alegó que se hubiese vulnerado la garantía de la imparcialidad de su representado en relación con la toma de decisiones basadas en prejuicios, estimamos que su análisis habría sido

11. Así, consideramos que en el presente caso, al declarar la violación al principio de legalidad y la garantía de la presunción de inocencia, la Corte se pronunció sobre aspectos distintos a los que motivan la alegada falta de imparcialidad judicial, ya que se alega que la misma se produce por la supuesta exteriorización de prejuicios sobre el denominado *conflicto mapuche* que priva en las sentencias penales en contra de las

procedente en aplicación del principio *iura novit curia*, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional. Dicho principio permite estudiar la posible violación de las normas de la Convención Americana que no han sido alegadas por la Comisión ni las víctimas o sus representantes, siempre y cuando éstas hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan. En este sentido, la Corte ha utilizado dicho principio desde su primera sentencia de fondo y en diversas oportunidades, para declarar la vulneración de derechos que no habían sido directamente alegados por las partes, pero que se desprendían del análisis de los hechos bajo controversia, por cuanto dicho principio autoriza al Tribunal Interamericano, siempre y cuando se respete el marco fáctico de la causa, a calificar la situación o relación jurídica en conflicto de manera distinta a como lo hicieran las partes. A manera de ejemplo en los siguientes casos, *inter alia*, se declaró la vulneración de derechos no invocados por las partes, en aplicación del principio *iura novit curia*: i) en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* se declaró violación del artículo 1.1 de la Convención; ii) en el caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela* se declaró la violación del artículo 9 de la Convención Americana; iii) en el caso *Bayarri Vs. Argentina* se declaró la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; iv) en el caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* se declaró la vulneración del artículo I de la Convención sobre Desaparición Forzada, en relación con el artículo II de dicho instrumento; v) en el caso *Kimel Vs. Argentina* se declaró la violación del artículo 9 de la Convención Americana; vi) en el caso *Bueno Alves* se declaró la vulneración del artículo 5.1 de la Convención Americana en perjuicio de los familiares del señor Bueno Alves; vii) en el caso de las *Masacres de Ituango Vs. Colombia* se declaró la violación del artículo 11.2 de la Convención, y viii) en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* se declaró la vulneración del artículo 3 de la Convención Americana. *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 163; *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, párr. 55; y *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 70.

víctimas. De esta forma, es posible constatar que las alegadas causas de la falta de imparcialidad no se refieren a la existencia de la presunción legal ni a su aplicación en las sentencias condenatorias, sino a la exteriorización de prejuicios étnicos negativos y sobre el denominado conflicto mapuche para fundar su decisión en las sentencias condenatorias.

II. El derecho a un juez o tribunal imparcial de acuerdo con la jurisprudencia internacional

12. Resulta conveniente enfatizar la importancia de que en una sociedad democrática los jueces inspiren confianza y particularmente tratándose de procesos penales, la inspiren a los acusados⁶. Resulta entonces necesario analizar en el presente caso los cuestionamientos sobre si en los procesos penales en que fueron condenados las víctimas se violó el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, garantía fundamental del debido proceso protegida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, que dispone: *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

13. A partir de lo señalado por esta disposición, la Corte ha determinado que el derecho a contar con un

⁶ Entre otros, TEDH, Caso *Gregory Vs. United Kingdom*, Judgment (Merits), Court (Chamber), Sentencia de 25 de febrero de 1997, Application No. 22299/93, párr. 43; y Caso *Sander v. United Kingdom*, Judgment (Merits), Court (Third Section), Application No. 34129/96, Sentencia de 9 de mayo de 2000, párr. 23.

juez o tribunal competente, independiente e imparcial, posee varias facetas. Cuando el Estado se ha visto obligado a proteger al Poder Judicial como sistema, se tiende a garantizar su independencia externa. Cuando se encuentra obligado a brindar protección a la persona del juez específico, se tiende a garantizar su independencia interna.

14. De ahí que la independencia e imparcialidad no solo se traduce como un derecho a favor de la persona que es sometida a un proceso, sino también como una garantía para los juzgadores, es decir, para que los mismos tengan las condiciones tanto institucionales como personales para hacer cumplir ese mandato. Así, en su jurisprudencia, el Tribunal Interamericano ha analizado el tema de la independencia e imparcialidad judicial desde dos perspectivas: la *institucional* y la *personal*.

15. Respecto a la *faceta institucional*, la Corte ha señalado que para lograr la independencia e imparcialidad de los jueces es necesario que los mismos cuenten con garantías institucionales. Entre esas garantías se encuentran la inamovilidad del cargo, una remuneración intangible, el modo y forma de nombramientos y de cese en sus funciones⁷. De la misma forma, se debe señalar que la independencia judicial es consustancial al principio de división de poderes consagrado en el artículo 3º de la Carta Democrática Interamericana. De ahí que la separación e independencia de los poderes públicos, sea un elemento fundamental en todo estado de derecho.

16. La Corte ha establecido que *uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos*

⁷ Ernst, C.: “Independencia...” cit., pág. 236.

*es la garantía de la independencia de los jueces*⁸. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en la ya mencionada faceta *institucional*, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, como también en conexión con su *vertiente individual*, es decir, con relación a la persona del juez específico⁹. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación¹⁰.

17. Estrechamente ligado a lo anterior va aparejado el *principio de imparcialidad*, que *exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad*¹¹. El Tribunal

⁸ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 73, y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 188.

⁹ Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. párr. 55.

¹⁰ Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. párr. 55, y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párrs. 188 y 198.

¹¹ Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 43, párr. 56, y Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 182.

Interamericano a partir de lo anterior, ha señalado que *los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial*¹². Sobre el particular, la Corte ha conocido casos de Perú¹³, Venezuela¹⁴ y más recientemente de Ecuador¹⁵. La Corte ha destacado que la imparcialidad personal se presume *a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes*¹⁶. Ha sostenido que *[el] juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho*¹⁷.

¹² Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 67.

¹³ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

¹⁴ Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197; y Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

¹⁵ Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266; y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.

¹⁶ Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56; y Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile. *Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254, párr. 189.

¹⁷ *Supra nota 16.*

18. La Corte en casos concernientes a la actuación del fuero militar ha explorado *la garantía de independencia e imparcialidad judicial como una obligación del Estado y un derecho de las personas*¹⁸. En dichos casos se ha determinado que tanto el juzgamiento de civiles por tribunales castrenses, así como el juzgamiento de personal militar y policial por violaciones a los derechos humanos viola el derecho al juez natural consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana. En tales casos, el Tribunal Interamericano ha centrado su análisis tanto desde el enfoque de la independencia e imparcialidad de los jueces que intervienen, como desde la óptica de la carencia de competencia de los mismos en razón de la materia para abordar ese tipo de casos¹⁹.

19. En el mismo sentido, Tribunal Interamericano se ha pronunciado sobre alegadas violaciones a la independencia e imparcialidad judicial más allá de los cuestionamientos referidos al juzgamiento por tribunales del fuero castrense. Esto lo ha hecho la Corte en años recientes en los casos: *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, Barreto Leiva Vs. Venezuela, Atala Riffó y Niñas Vs. Chile, de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, del Tribunal*

¹⁸ Cfr., entre otros, Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220; y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

¹⁹ En particular véase el “Prólogo” de Diego García Sayán, donde se hace un recorrido por la jurisprudencia más importante en esta materia de la Corte Interamericana, en la obra Ferrer Mac-Gregor, E. y Silva García, F.: *Jurisdicción...* cit.

Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador y J. Vs. Perú²⁰.

20. La Corte ha enfatizado que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces, el cual radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. El Tribunal Interamericano ha entendido la independencia del Poder Judicial como *esencial para el ejercicio de la función judicial*. Conforme a su jurisprudencia reiterada, la Corte Interamericana ha considerado que las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas. El Tribunal se ha referido al derecho a un juez independiente consagrado en el artículo 8.1 de la Convención tanto en lo que respecta al justiciable (derecho de ser juzgado por un

²⁰ *Cfr. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párrs. 189 a 192 y 234 a 238; *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 94 a 99 y punto resolutivo sexto; *Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 54 a 67; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párrs. 143 a 180 y punto resolutivo tercero; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párrs. 219 a 222 y puntos resolutivos segundo y tercero, y *J Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párrs. 181 a 189 y punto resolutivo tercero.

juez independiente), como también se ha referido a las garantías con que debe contar el juez –como funcionario público– que hagan posible la independencia judicial²¹.

21. En la jurisprudencia europea, existe una estrecha relación entre las garantías de un Tribunal *independiente* y de un Tribunal *imparcial* y en algunos casos se han tratado ambos conceptos casi como fungibles²². Es así que los conceptos de independencia e imparcialidad de un tribunal, sin llegar a ser análogos, son para algunos especialistas manifiestamente complementarios, por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante *el TEDH*) ha aceptado esta estrecha vinculación al grado de examinarlas conjuntamente²³.

22. El TEDH ha reconocido que la imparcialidad judicial tiene dos dimensiones: una de carácter *personal* vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto; y otra *funcional*, predictable de las garantías que debe ofrecer el órgano encargado de juzgar

²¹ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párrs. 188 a 196. Asimismo, ver: *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrs. 66 a 85; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 145 a 161; *Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55; *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr 67 a 81; *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2011, párrs. 95 a 111, y *Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 186.

²² García Roca, J. y Vidal Zapatero, JM.: “El derecho...” cit., p. 377.

²³ Casadevall, J.: *El Convenio...* cit., p. 279.

y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales²⁴. La primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario. La segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad²⁵.

23. En el caso del *carácter personal* de la imparcialidad, en definitiva se trata de que el juez tenga la capacidad de tomar la distancia necesaria y que se resista a sucumbir a cualquier influencia de carácter subjetivo²⁶. Al respecto, el TEDH ha llegado a señalar que incluso los juzgadores deben cuidar las expresiones que puedan dar a entender una apreciación negativa de la causa de una de las partes²⁷. La noción de tribunal imparcial, interpretada en el sentido de la ausencia de prejuicio o de toma de posición, contiene en primer lugar un análisis subjetivo para delimitar la convicción y el comportamiento personal de un juez en un caso concreto y, seguidamente, un análisis objetivo que permita asegurar que se dan las garantías suficientes para que el justiciable pueda excluir cualquier duda legítima²⁸. La imparcialidad personal se presume salvo

²⁴ En el texto hacemos uso de los siguientes términos cuando se hace referencia a los dos ámbitos de la imparcialidad que analiza el TEDH. Así, utilizamos el término de *imparcialidad funcional (functional in nature)* y el término *imparcialidad personal (personal character)*. A su vez, para analizar estos ámbitos de imparcialidad se hace uso de dos test: el *test objetivo* y el *test subjetivo*. Realizamos esta aclaración ya que en la doctrina existen posturas que señalan que los términos aplicables serían los de *imparcialidad subjetiva* y de *imparcialidad objetiva* para referirnos al ámbito de la imparcialidad. En esta ocasión, decidimos apartarnos de esta traducción de los términos. Cfr. Valldecabres Ortiz, MI.: *Imparcialidad...* cit., pp. 148 a 150.

²⁵ García Roca, J. y Vidal Zapatero, JM.: *op. cit.*, p. 378.

²⁶ Casadevall, J.: *op. cit.*, p. 282.

²⁷ Cfr. TEDH. *Caso Lavents Vs. Latvia*, Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (First Section), Application No. 58442/00, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 118.

²⁸ Cfr. TEDH. *Caso Piersack Vs. Belgium*, Judgment (Merits), Court (Chamber), Application No. 8692/79, Sentencia de 1 de octubre de 1982, párr. 30.

prueba en contrario, lo que en algunas ocasiones desbarata su aplicación ante la gran dificultad de obtener dicho tipo de prueba²⁹, circunstancia que a nuestro criterio no sucede en el presente caso.

24. Mientras que respecto al *carácter funcional* de la imparcialidad, hay que verificar si, con independencia de la actitud personal del juez, existen circunstancias objetivas verificables que pueden hacer sospechar de su imparcialidad. El punto de vista de la persona interesada, sin que constituya el motivo esencial, debe tenerse en cuenta; pero el elemento determinante consiste en valorar si la reticencia del justiciable al juzgador se puede considerar objetivamente justificada³⁰. En materia de imparcialidad, incluso las apariencias pueden revestir cierta importancia y por consiguiente *se debe inhibir todo juez respecto de quien exista una razón legítima para temer su falta de imparcialidad*³¹.

25. En la jurisprudencia europea los límites de ambas nociones no son cerrados, dado que un determinado comportamiento de un juez –desde el punto de vista de un observador exterior– puede provocar dudas objetivamente justificadas respecto a su imparcialidad, pero también puede provocarlas respecto a su convicción personal. Es así que para distinguirlas se debe atender a que la primera situación (la objetiva) es de carácter funcional e incluye los supuesto en lo que la conducta personal del juez, sin ser puesta en entredicho, muestra indicios que pueden suscitar dudas

²⁹ García Roca, J. y Vidal Zapatero, JM.: *op. cit.*, p. 381.

³⁰ Casadevall, J.: *op. cit.*, p. 282.

³¹ TEDH *Caso Piersack Vs. Belgium*, Judgment (Merits), Court (Chamber), Application No. 8692/79 8692/79 Setencia de 1 de octubre de 1982, párr. 30; y *Caso Castillo Algar Vs. Spain*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber) Application No. 28194/95 28194/95, Sentencia de 28 de octubre de 1998, párr. 45.

justificadas sobre la imparcialidad del órgano que ha de juzgar³². En este sentido, las apariencias pueden tener importancia, por la confianza que los tribunales de justicia deben inspirarle al justiciable³³.

26. Las apariencias son importantes para valorar si un tribunal es *imparcial* o no. Así, el TEDH ha acuñado su famosa expresión *no solo debe hacerse justicia, sino advertirse que se hace*³⁴.

27. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General sobre *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, sostuvo que:

21. El requisito de imparcialidad tiene dos aspectos. En primer lugar, los jueces no deben permitir que

³² Casadevall, J.: *op. cit.*, p. 286.

³³ TEDH, *Caso Castillo Algar Vs. Spain*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber) Application No. 28194/95 28194/95, Sentencia de 28 de octubre de 1998, párr. 45.

³⁴ TEDH, *Caso Morice Vs. France*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Fifth Section), Application No. 29369/10, Sentencia de 11 de julio de 2013, párr. 71; y *Caso De Cubber Vs. Belgium*, Judgment (Merits), Court (Chamber), Application No. 9186/80, Sentencia de 26 de octubre de 1984, párr. 26. *justice must not only be done, it must also be seen to be done*. La existencia de imparcialidad, a los fines del artículo 6.1, debe ser determinada de acuerdo con un *test subjetivo*, esto es, sobre las bases de una convicción personal de un Juez concreto en un caso particular y también de acuerdo con un *test objetivo*, esto es, averiguando si el Juez ofrece garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto. La imparcialidad personal debe presumirse salvo prueba en contrario. Bajo el *test objetivo*, debe considerarse si, al margen de la conducta personal del Juez, hay ciertos hechos que podrían plantear dudas sobre su imparcialidad. A este respecto incluso las apariencias podrían ser de cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática en la ciudadanía y, sobre todo, en la medida en que se trate de procedimientos penales, en el acusado. Esto implica que para examinar si un Juez concreto carece de imparcialidad, el punto de vista del acusado es importante pero no decisivo. Lo determinante es si el temor puede considerarse *objetivamente justificado*. García Roca, J. y Vidal Zapatero, JM.: *op. cit.*, pp. 382 y 383.

su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra. En segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. Por ejemplo, normalmente no puede ser considerado imparcial un juicio afectado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado³⁵.

28. Por otra parte, el TEDH ha destacado que para acreditar si existe o no vulneración del derecho al juez imparcial no sirve un análisis en abstracto y *a priori* y, en definitiva, general sino que es menester analizar cada caso concreto³⁶.

29. Igualmente, a nivel europeo se ha determinado que los Estados parte se encuentran obligados a garantizar una adecuada gestión de su sistema judicial de manera que se le permita responder a las exigencias de las obligaciones del Artículo 6.1 del Convenio Europeo³⁷.

30. En resumen, el análisis de una alegada falta de imparcialidad judicial puede comprender, por un lado, el ámbito de la imparcialidad funcional que se refiere a aspectos tales como las funciones que le son asignadas al juez dentro del proceso judicial³⁸. Por otra

³⁵ Comité de Derechos Humanos, 90 período de sesiones Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007 OBSERVACIÓN GENERAL N° 32 Artículo 14. *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia.*

³⁶ García Roca, J. y Vidal Zapatero, JM.: *op. cit.*, p. 385.

³⁷ TEDH. Caso *Guincho Vs. Portugal*, Judgment (Merits and Just Satisfaction, Court (Chamber), Application. 8990/80, Sentencia 10 de julio de 1984, párr.38.

³⁸ Véase en este sentido: TEDH, Caso *Kyprianou Vs. Chipre*, Judgment

parte, se encuentra la imparcialidad personal, que se refiere a la conducta del juez respecto a un caso específico. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que el cuestionamiento a esos ámbitos de la imparcialidad puede ser analizado desde el punto de vista subjetivo (*subjective test*) o desde el punto de vista objetivo (*objective test*). Un cuestionamiento al aspecto personal de la imparcialidad puede ser evaluado desde ambos test y un cuestionamiento al aspecto funcional de la imparcialidad puede ser analizado desde un punto de vista objetivo. La Corte Interamericana ha precisado que la recusación es un instrumento procesal que permite proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial e independiente³⁹. También ha sostenido que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida, salvo prueba en contrario⁴⁰.

(Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), Application No. 73797/01), Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párr. 121: *An analysis of the Courts case law discloses two possible situations in which the question of a lack of judicial impartiality arises. The first is functional in nature: where the judge's personal conduct is not at all impugned, but where for instance, the exercise of different functions within the judicial process by the same person (see Piersack, cited above), or hierarchical or other links with another actor in the proceedings [...] objectively justify misgivings as to the impartiality of the tribunal, which thus fails to meet the Convention standard under the objective test [...]. The second is of a personal character and derives from the conduct of the judges in a given case. [...].*

³⁹ Cfr. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párrs. 182 y 186.

⁴⁰ Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 234. En similar sentido, en la jurisprudencia europea, ver TEDH, Caso Kyprianou Vs. Cyprus, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), Application No. 73797/01, Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párr 119. (*In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary*), citando TEDH, Caso Hauschildt Vs. Denmark, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Plenary) Application No. 10486/83, Sentencia de 24 de mayo de 1989, párr. 47.

Desde un análisis subjetivo, la prueba requerida busca determinar los intereses o convicciones personales del juez en un determinado caso⁴¹, con lo cual puede estar dirigida a establecer, por ejemplo, si el juez manifestó hostilidad, prejuicio o preferencia personal (*personal bias*) o si ha hecho que el caso le fuera asignado por razones personales⁴². Además, el Tribunal Europeo ha señalado que la imparcialidad personal de un juez puede determinarse, según las circunstancias concretas del caso, con base en el comportamiento del juez durante el procedimiento, el contenido, los argumentos y el lenguaje utilizado o los motivos para llevar a cabo la investigación, que indiquen una falta de distancia profesional frente a la decisión⁴³.

31. Así el ámbito o aspecto de la imparcialidad que podría verse cuestionado (personal o funcional) y el tipo de análisis por realizarse (subjetivo u objetivo)

⁴¹ Caso *Atala Riff y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 234. Cfr. TEDH, Caso *Kyprianou Vs. Chipre*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), Application No. 73797/01, Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párr. 118 (*a subjective approach, that is endeavoring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case*).

⁴² Caso *Atala Riff y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 234. Cfr. TEDH, Caso *Kyprianou Vs. Cyprus*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), Application No. 73797/01, Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párr. 119 (*As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will or has arranged to have a case assigned to himself for personal reasons*). Ver así mismo, TEDH, Caso *Bellizzi Vs. Malta*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), Application No. 46575/09, Sentencia de 21 de junio de 2011, párr. 52 y Caso *De Cubber Vs. Belgium*, Judgment (Merits), Court (Chamber), Application No. 9186/80, Sentencia de 26 de octubre de 1984, párr. 25.

⁴³ Cfr. TEDH, Caso *Kyprianou Vs. Cyprus*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), Application No. 73797/01, Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párrs. 130 a 133.

dependerá en cada situación de las circunstancias del caso y las causas del recelo del interesado.

32. El análisis de la imparcialidad en el presente caso está centrado en el ámbito de la imparcialidad personal, puesto que se trata de la conducta de los jueces en los casos concretos en los cuales se alega que habrían expresamente basado conclusiones de la sentencias condenatorias en prejuicios. Ello hace indispensable evaluar si los tribunales exteriorizaron en las sentencias condenatorias prejuicios negativos que influyeron de manera significativa o determinante en la fundamentación de las conclusiones de la decisión judicial. Para los términos del presente análisis cuando nos referimos a un *prejuicio* nos estamos refiriendo a su connotación negativa en el sentido de una concepción, percepción o actitud desfavorable generalizada hacia personas que pertenecen a un grupo, por su pertenencia al mismo, al cual se le caracteriza de forma negativa. No se trata entonces de un sentido más general relativo a las ideas, concepciones y percepciones que el juez, como cualquier otra persona, ha adquirido a través de la experiencia y que no le excluyen de realizar en su función jurisdiccional una valoración, análisis y conclusión racional del caso específico que está resolviendo.

III. La falta de imparcialidad de los jueces que conocieron las causas penales de las víctimas del presente caso

33. Las ocho víctimas del presente caso ante la Corte Interamericana fueron condenadas en el ámbito interno como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de la Ley 18.314 que “[d]etermina conductas

terroristas y fija su penalidad (conocida como Ley Antiterrorista)”. El presente caso involucra tres procesos penales por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las VIII y IX Regiones de Chile. En ninguno de los hechos por los cuales fueron juzgados resultó afectada la integridad física ni la vida de alguna persona. En síntesis, el resultado de tales procesos penales fue:

- a) *Los Lonkos Segundo Aniceto Catrimán y Pascual Huentequeo Pichún Paillalao* fueron condenados, en un juicio tramitado después de declararse la nulidad de uno anterior en el que habían sido absueltos, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol mediante sentencia de 27 de septiembre de 2003, como autores del delito de amenaza de incendio terrorista⁴⁴. Mediante sentencia de 15 de diciembre de 2003 la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia desestimó los recursos de nulidad interpuestos⁴⁵;
- b) *los señores Juan Ciriaco Millacheo Lican, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles* fueron condenados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol mediante sentencia de 22 de agosto de 2004 como autores del delito de incendio terrorista⁴⁶. Mediante sentencia de 13

⁴⁴ Cfr. Sentencia emitida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol el 27 de septiembre de 2003 (expediente de anexos al Informe de Fondo de la Comisión 176/10, Anexo 15, folios 509 a 554).

⁴⁵ Cfr. Sentencia emitida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Chile el 15 de diciembre de 2003 (expediente de anexos al Informe de Fondo de la Comisión 176/10, Apéndice 1, folios 58 a 68).

⁴⁶ Cfr. Sentencia emitida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol el 22 de agosto de 2004 (expediente de anexos al Informe de Fondo 176/10 de la Comisión, Anexo 18, folios 608 a 687).

de octubre de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco emitió sentencia, en la cual desestimó los recursos de nulidad interpuestos⁴⁷; y

- c) el señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupe fue condenado por el Ministro Instructor de la Corte de Apelaciones de Concepción mediante sentencia de 30 de diciembre de 2003, por tres hechos delictivos como autor de conductas terroristas de *[c]olocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo, o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos* (artículo 2º N° 4 de la Ley 18314)⁴⁸. El 4 de junio de 2004 la Corte de Apelaciones de Concepción emitió la sentencia de segunda instancia, por medio de la cual revocó parcialmente la sentencia, absolviendo al señor Ancalaf de dos hechos delictivos, y confirmó la condena respecto de un hecho delictivo⁴⁹.

34. Como ha señalado la Corte en la presente Sentencia, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo

⁴⁷ Cfr. Sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Temuco el 13 de octubre de 2004 (expediente de anexos al Informe de Fondo de la Comisión 176/10 de la Comisión, Anexo 19, folios 689 a 716).

⁴⁸ Cfr. Sentencia emitida por el Ministro Instructor de la Corte de Apelaciones de Concepción el 30 de diciembre de 2003 (expediente de anexos al Informe de Fondo de la Comisión 176/10 de la Comisión, Anexo 20, folios 718 a 759).

⁴⁹ Cfr. Sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Concepción el 4 de junio de 2004 (expediente de anexos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de CEJIL, anexo A.6, folios 1723 a 1733).

el ordenamiento jurídico⁵⁰. Al respecto, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe, pues protege el derecho a *igual protección de la ley* de modo que veda también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación⁵¹. El artículo 1.1. de la Convención Americana proscribe la discriminación, en general, e incluye categorías prohibidas de discriminación. Tomando en cuenta los criterios desarrollados anteriormente, esta Corte deja establecido que el *origen étnico* de las personas es una categoría protegida por la Convención Americana. Ello es igualmente aplicable a que, de acuerdo al artículo 24 de dicho tratado, se proscribe una desigualdad basada en el origen étnico proveniente de la ley interna o de su aplicación⁵².

35. En los siguientes párrafos analizamos las sentencias penales condenatorias que consideramos

⁵⁰ Párr. 197 de la Sentencia. *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101, y *Caso Comunidad Indígena Xákrok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 269.

⁵¹ Párr. 199 de la Sentencia.

⁵² Párr. 206 de la Sentencia.

que contienen un lenguaje y razonamientos que denotan que no se trata de la aplicación de la presunción de la intención terrorista tipificada en la Ley Antiterrorista vigente a la época, sino que permiten constatar que dichas sentencias contienen *expresiones o razonamientos fundados en estereotipos y prejuicios étnicos negativos* y que ello constituye una violación a la garantía de imparcialidad judicial.

A) La sentencia penal condenatoria contra los señores Norín y Pichún

36. En la sentencia penal que condena a los Lonkos Segundo Aniceto Norín Catrimán y Pascual Huentequeo Pichún Paillalao como autores del delito de amenaza de incendio terrorista el tribunal penal al analizar, en el considerando décimo tercero, los elementos del tipo penal infiere la intención terrorista de estereotipos y prejuicios sobre la violencia de las reivindicaciones territoriales mapuches y de lo afirmado por testigos respecto de *la sensación de temor* que les provocaron hechos distintos a los que se juzgan en ese proceso⁵³. Aquí, el tribunal nacional dio fundamental valor a pruebas que no se refieren a los hechos que estaban siendo juzgados en ese proceso penal sino a otros hechos, que por cierto, adicionalmente no se atribuyen a los imputados y no se hace referencia sobre si los mismos recayeron sentencias penales. A la hora de valorar la intención terrorista, el tribunal se apoyó en testimonios de personas que se estaban refiriendo a otros supuestos hechos, sin analizar si eran ciertos o no, así como en artículos periodísticos sin hacer referencia a las fuentes en que se fundamentan

⁵³ Cfr. párr. 227 de la Sentencia.

y más bien indicando que esa información *no fue desvirtuada*⁵⁴.

⁵⁴ Al analizar los elementos del tipo penal (objetivo y subjetivo) del delito de amenaza de incendio terrorista, en la sentencia emitida el 27 de septiembre de 2003 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol se sostuvo en el considerando décimo tercero, lo siguiente:

[...] las acciones que causaron estos delitos demuestran que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona.

Los ilícitos antes referidos, están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos exacerbados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la octava y novena regiones. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desproporcionadas, hechas bajo presión por grupos beligerantes a los dueños y propietarios, a quienes se les advierte que sufrirán diversos tipos de atentados en caso de no acceder a sus requerimientos, muchas de estas amenazas se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daños y ocupaciones de tierras, que han afectado tanto a los individuos y bienes de diversas personas dedicadas a las actividades agrícolas y forestales de esta zona del país.

La finalidad perseguida es provocar en la gente un justo temor de ser víctima de atentados similares, y con ello obligarlas para que desistan de seguir explotando sus propiedades y hacer que las abandonen. La sensación de inseguridad e intranquilidad que generan dichos atentados, ha traído como consecuencias la disminución y encarecimiento de la mano de obra, aumento en el costo e hipotecas, tanto en la contratación de maquinarias para la explotación de los predios, como para cubrir las pólizas que aseguren las tierras, instalaciones y plantaciones. Es cada vez más frecuente ver trabajadores, maquinarias, vehículos y faenas instalados en los distintos predios, bajo protección policial que garantice la ejecución de las labores, todo lo cual afecta derechos garantizados constitucionalmente.

Lo anterior fluye, aunque no necesariamente con los mismos caracteres, de los atestados contestes de [doce declarantes], quienes expresaron haber sido víctimas directas o tener conocimiento de amenazas y atentados contra personas o bienes, perpetrados por personas pertenecientes a la etnia mapuche; testigos que expresaron de diferente forma la sensación de temor que dichos actos les

37. A nuestro entender, esta valoración de la prueba, que generó un prejuicio en cuanto a la intención terrorista, a partir del análisis que los tribunales hicieron en las sentencias, resultó definitiva en el pronunciamiento sobre el carácter terrorista de los delitos. Tanto a ese respecto como al pronunciarse sobre la participación de ambos imputados como autores de los mencionados delitos, el tribunal interno realiza razonamientos que contienen una valoración que deslegitima las reivindicaciones indígenas y las asocia con acciones planificadas llevadas a cabo mediante actos violentos e ilegítimos, asumiendo una finalidad terrorista y estableciendo un vínculo entre el origen mapuche de los imputados y la tipicidad de la conducta. Además, cuando el tribunal se pronuncia en el considerando décimo quinto sobre la participación de ambos imputados como autores de los mencionados delitos, basó una parte importante de la argumentación jurídica en referencias a hechos de contexto calificados como de carácter público y notorio en relación con el denominado conflicto mapuche, así como a su pertenencia étnica y condición de líderes tradicionales sin que respecto de las mismas se hiciera concreta y

provocaron. /Se relaciona lo anterior con... /Las informaciones no desvirtuadas y contenidas en el cuerpo C, páginas 10 y 11 de la edición del diario El Mercurio del 10 de marzo de 2002 relativa a la cantidad de conflictos causados por grupos de mapuches en actos terroristas, publicaciones de la Tercera en Internet, la Segunda en Internet y el Mercurio electrónico, publicadas los días 26 de marzo de 1999, 15 de diciembre de 2001, 15 de marzo de 2002 y 15 de junio de 2002, respectivamente, y tres cuadros gráficos extraídos de las páginas Web de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera en Chile, dividido en sectores y por regiones, de acuerdo a la división político administrativa del país, que permite hacer comparaciones de dólares efectivamente invertidos en las demás regiones y la Novena, y demuestran que la inversión privada en la región ha disminuido.

expícita relación con hechos presuntamente cometidos por los inculpados, de manera que se produjo un nexo causal entre el origen étnico de los Lonkos como dirigentes mapuche y su participación en los delitos imputados.

38. Asimismo, llama particularmente la atención que, en el referido considerando décimo quinto relativo al análisis de la participación, el tribunal penal sostuvo que *[n]o se encuentra suficientemente acreditado que estos hechos fueron provocados por personas extrañas a las comunidades mapuches*, refiriéndose en términos generales a la *[p]roblemática Mapuche*. Los hechos y la responsabilidad de los imputados fueron analizados bajo un contexto de reivindicaciones territoriales en el marco del cual se asumió la comisión de actos violentos, sin mayor fundamentación. Asimismo, la sentencia considera como elemento para establecer la participación de las presuntas víctimas en los delitos de amenaza terrorista, su pertenencia a la organización Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauco Malleco (CAM) a la cual el tribunal se refiere como *violentista*. No se ofrece elementos objetivos ni prueba dirigida a confirmar el carácter o la naturaleza de la referida organización⁵⁵. Al respecto, es preciso recordar

⁵⁵ Véase el considerando décimo quinto de la sentencia emitida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol el 27 de septiembre de 2003, en el que el tribunal nacional efectúa el análisis *[r]especto de la participación de ambos enjuiciados como autores de delitos de amenazas terroristas:*

[...]

Respecto a la participación de ambos enjuiciados es preciso considerar lo siguiente:

1.- Como antecedentes generales y de acuerdo a la prueba aportada durante el juicio por el Ministerio Público y los querellantes particulares, es un hecho público y notorio que en la zona, desde hace un tiempo a la fecha, están actuando organizaciones de

que las presuntas víctimas fueron absueltas en otro proceso por el delito de *asociación ilícita* en relación con su supuesta pertenencia a una organización terrorista que funcionaba bajo la figura de dicha organización indígena⁵⁶.

hecho que usando como argumento reivindicaciones territoriales, realizan actos de violencia o incitan a ellos. Entre sus métodos de acción se emplea la realización de diversos actos de fuerza que se dirigen contra empresas forestales, pequeños y medianos agricultores, todos los cuales tienen en común ser propietarios de terrenos contiguos, aledaños o cercanos a comunidades indígenas que pretenden derechos históricos sobre las mismas. Tales acciones apuntan a la reivindicación de tierras estimadas como ancestrales, siendo la ocupación ilegal un medio para alcanzar el fin más ambicioso, a través de ellas se irán recuperando parte de los espacios territoriales ancestrales y se fortalecerá la identidad territorial del Pueblo Mapuche. [...]

2.- *No se encuentra suficientemente acreditado que estos hechos fueron provocados por personas extrañas a las comunidades mapuches, debido a que obedecen al propósito de crear un clima de total hostigamiento a los propietarios del sector, con el objeto de infundirles temor y lograr así que accedan a sus demandas, y que respondan a una lógica relacionada con la llamada “Problemática Mapuche”, porque sus autores conocían las áreas reclamadas o por el hecho de que ninguna comunidad o propiedad mapuche ha resultado perjudicada.*

3.- *Se encuentra probado que el acusado Pascual Pichún es Lonko de la Comunidad “Antonio Nirripil” y Segundo Norín lo es de la Comunidad «Lorenzo Norín», lo que importa jerarquía en su interior y determinada capacidad de mando y liderazgo sobre ellas.*

4.- *Asimismo, es preciso resaltar que los imputados Pichún y Norín se encuentran condenados por otros delitos relativos a ocupaciones de tierras cometidos con anterioridad a estos hechos en contra de predios forestales, ubicados en lugares aledaños a las respectivas comunidades, [...].*

5.- *Las Comunidades mapuches de Didaico y Temulemu son colindantes con el predio Nancahue, y*

6.- *Ambos acusados pertenecerían, según lo declarado por Osvaldo Carvajal, a la Coordinadora Arauco Malleco C.A.M, organización de hecho –según reitero– y de carácter violentista.*

⁵⁶ Cfr. párr. 215 de la Sentencia.

B) La sentencia penal condenatoria contra los señores Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Millacheo Licán y la señora Troncoso Robles

39. En la sentencia penal que condena a los señores Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles como autores del delito de incendio terrorista el tribunal penal al analizar tanto la participación como el carácter terrorista del delito siguió una línea argumentativa en que, de nuevo, circunscribió conclusiones en cuanto al elemento subjetivo especial de la responsabilidad penal de las presuntas víctimas a hechos contextuales respecto de los cuales no se hace relación directa, en el plano probatorio y jurídico, respecto de las personas de los inculpados⁵⁷. En relación con la finalidad terrorista, en el considerando décimo noveno, el Tribunal Oral recurrió a referencias al *conflicto territorial mapuche* y al contexto de reivindicaciones territoriales del pueblo indígena mapuche utilizando reflexiones que generalizan sobre el uso de la violencia y su ilegalidad, al afirmar que el proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche *se ha llevado a efecto por vías*

⁵⁷ En el Considerando décimo sexto de la sentencia emitida el 22 de agosto de 2004 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, al referirse a la *participación] como autores directos del incendio del fundo Poluco Pidenco*, el tribunal sostuvo:

[...] resultó probado que José Benicio Huenchunao Mariñan, Patricia Roxana Troncoso Robles, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican y Florencio Jaime Marileo Saravia, participaron como autores directos del incendio del fundo Poluco Pidenco referido por haber actuado de un modo inmediato y directo en la ejecución del mismo, ilícito inserto en el denominado conflicto territorial mapuche, cometido con la finalidad de causar en la población un justo temor de ser víctimas de delitos de la misma especie.

de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza [...].⁵⁸ Estos

⁵⁸ Al analizar el carácter terrorista del delito de incendio, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol sostuvo en el considerando décimo noveno lo siguiente:

DECIMO NOVENO: En relación al carácter no terrorista que sostiene la defensa respecto de estos hechos, cabe señalar que las declaraciones aludidas en las reflexiones anteriores, prestadas por personas vinculadas directamente con los hechos o que adquirieron un conocimiento de ellos por diversos motivos, son testimonios coherentes con las pericias y evidencias documentales ofrecidas durante la audiencia por los acusadores y son antecedentes que en su conjunto y libremente apreciados llevan a estos sentenciadores a establecer que el incendio que afectó al fundo Poluco Pidenco el 19 de diciembre de 2001, es precisamente una conducta terrorista, toda vez que las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población, hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervenientes.

En efecto, el ilícito establecido en la reflexión décimo sexta, está inserto en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en la Provincia de Malleco, puesto que la mayor cantidad de sucesos y también los más violentos, han ocurrido precisamente en comunas de esta jurisdicción. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desmedidas, hechas bajo presión por grupos violentistas a los dueños y propietarios, a quienes se les amenaza y presiona para que accedan a los requerimientos que se les formulan; muchas de estas condiciones se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daño y usurpación, que han afectado tanto a las personas y bienes de diversos propietarios agrícolas y forestales de esta zona del país; en la audiencia se recibieron numerosos testimonios y se dieron a conocer diversos antecedentes al respecto, sin perjuicio de que ello es de público conocimiento.

Es obvio inferir que la finalidad perseguida es provocar en la gente un justo temor de ser víctima de atentados similares, y con ello

elementos de contexto no fueron presentados de manera neutral y materializan un nexo causal entre el origen mapuche de las presuntas víctimas y la determinación de su responsabilidad penal. En el considerando décimo noveno se infirió la intención terrorista de estereotipos y prejuicios sobre la violencia de las reivindicaciones territoriales mapuches y de lo afirmado por testigos respecto del *temor* que les provocaron hechos distintos a los que se juzgaron en ese proceso.

40. El tribunal nacional dio fundamental valor a pruebas que no se refieren a los hechos que estaban siendo juzgados en ese proceso penal sino a otros hechos, que adicionalmente no se atribuyen a los imputados y no se hace referencia sobre si los mismos recayeron sentencias penales. A nuestro entender, se trata de prueba que generó un prejuicio en cuanto a la intención terrorista y que, a partir del análisis que los tribunales hicieron en la sentencia, resultó definitoria

obligar a los dueños para que desistan de seguir explotando sus propiedades y hacer que las abandonen, ya que la sensación de inseguridad e intranquilidad que generan dichos atentados, traen consecuencias tales como disminución y encarecimiento de la mano de obra, aumento en el costo, tanto en la contratación de maquinarias para la explotación de los predios, como para cubrir las pólizas que aseguran las tierras, instalaciones y plantaciones, también, es cada vez más frecuente ver trabajadores, maquinarias, vehículos y faenas instalados en los distintos predios, bajo protección policial que asegure la ejecución de las labores. Todo esto afecta derechos garantizados constitucionalmente.

Esta convicción del Tribunal emana de los dichos expresados por los testigos [...] quienes refirieron al Tribunal haber sido víctimas directas o tener conocimiento de amenazas y atentados contra personas o bienes, perpetrados por gente de la etnia mapuche; estos testigos expresaron de diferente forma la sensación de temor que dichos actos han provocado; están los antecedentes vertidos en el informe de la Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Honorable Senado de la República, y de cuyos párrafos se hizo lectura durante la audiencia.

en el pronunciamiento sobre el carácter terrorista del delito. El tribunal penal utilizó varias veces expresiones como que una *situación [...] es pública y notoria o es de público conocimiento* para fundamentar su argumentación. El uso de las referidas expresiones se relaciona con reflexiones más generales que apuntan a afirmar que en la zona donde el hecho delictivo fue cometido se han cometido delitos o acciones violentas en relación con las reivindicaciones del pueblo mapuche. Quienes suscribimos este voto consideramos que el tribunal nacional utilizó dichas expresiones como un argumento de importancia para establecer que los miembros de la comunidad mapuche que reivindican tierras ancestrales son necesariamente violentos o que tienen una propensión mayor que el resto de la población para cometer delitos.

C) La sentencia penal condenatoria contra el señor Ancalaf Llaupe

41. En la sentencia penal que condena al señor Víctor Ancalaf como autor del delito establecido en el artículo 2º N° 4 de la Ley 18.314, la Corte de Apelaciones desarrolló consideraciones relativas a que los hechos se dieron en un contexto de resistencia a la construcción de la central hidroeléctrica y al *conflicto Pehuenche*⁵⁹

⁵⁹ De acuerdo al Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, *las poblaciones pehuenches ancestrales en algún momento de/[l] largo proceso [histórico] se integraron a un complejo social mayor; el Pueblo Mapuche, el cual es el resultado del desarrollo de diversos pueblos y culturas que en miles de años poblaron el territorio chileno actual.* Cf. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, Primera Parte. Historia de los Pueblos Indígenas de Chile y su relación con el Estado, IV. Pueblo Mapuche, Capítulo Primero: Los mapuche en la historia y el presente, folio 424, nota al pie 3 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos presentados por el Estado de Chile, folio 62, link: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27374.pdf>)

para calificar el delito imputado a Víctor Ancalaf como un delito terrorista, sin referirse a otros elementos más precisos en relación con la conducta del imputado. La quema de un camión no fue considerada como un delito ordinario, sino que al ser analizada dentro de esas consideraciones de oposición a la construcción de una central hidroeléctrica por miembros de comunidades indígenas, fue considerada como un delito de carácter terrorista⁶⁰. Ello reveló ciertos prejuicios con respecto a las acciones de resistencia de los pueblos indígenas a la construcción de una central hidroeléctrica.

⁶⁰ En el considerando décimo quinto de la sentencia emitida el 30 de diciembre de 2003 por el Ministro Instructor de la Corte de Apelaciones de Concepción, al analizar la intención terrorista (elemento subjetivo del tipo penal) del delito contemplado en el artículo 2º No 4 de la Ley No 18.314, en relación con el artículo 1º de esa ley, efectuó razonamientos en los siguientes términos:

DECIMO QUINTO: Que los hechos descritos en el considerando precedente son constitutivos del delito terrorista contemplado en el artículo 2º No 4 de la Ley No 18.314, en relación con el artículo 1º del mismo texto legal, desde que de ellos aparece que se realizaron acciones tendientes a producir en parte de la población temor justificado a ser víctima de delitos, teniendo presente las circunstancias y la naturaleza y efectos de los medios empleados, como por la evidencia de que ellos obedecen a un plan premeditado de atentar contra bienes de terceros que se encuentran realizando labores para la construcción de la Central Ralco del Alto Bío Bío, todo con el objeto de arrancar resoluciones de la autoridad que tiendan a impedir la construcción de estas obras.

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Concepción, en su sentencia emitida el 4 de junio de 2004 dio por acreditado el elemento subjetivo del delito terrorista efectuando las siguientes consideraciones:

19º. Que los elementos de juicios referidos en los fundamentos primero, séptimo y decimotercero, del fallo de primera instancia, constituyen presunciones judiciales, que apreciadas en conciencia, acrestan que los incendios de los camiones y retroexcavadora se encuentran circunscritos dentro del conflicto Pehuenche, en la Octava Región, Provincia de Bío Bío, comuna de Santa Bárbara, sector cordillerano denominado Alto Bío Bío, lo que se relaciona con la oposición a la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco, donde además, es de público conocimiento que las hermanas Berta y Nicolasa Quintremán Calpán son las que se oponen al proyecto de Endesa, porque sus

IV. Conclusión

42. Quienes suscribimos el presente voto estimamos que esos razonamientos –que la Corte determinó en los párrafos 227 y 228 de la Sentencia– que están basados en estereotipos y prejuicios étnicos negativos, exteriorizan que los juzgadores tuvieron prejuicios personales respecto de los imputados y que fueron decisivos para establecer la responsabilidad penal (fundamentalmente la participación en el hecho delictivo o la especial intención terrorista); es decir, incidieron de forma determinante en el análisis de los elementos de la responsabilidad penal. Como se desprende de los hechos de la Sentencia, estas decisiones judiciales se dan en un contexto en donde medios de comunicación social y partes de la sociedad chilena adoptaron estereotipos

terrenos serán inundados con la construcción de la Central y en los cuales se encuentran sus ancestros, sus orígenes, su cultura y sus tradiciones.

En este contexto han acontecidos los hechos, como una manera de exigir a las autoridades resoluciones o imponer exigencias para revertir la situación existente en la construcción de la Central.

20º. Que para ello, el 29 de septiembre de 2001, 3 y 17 de marzo de 2002, se incendiaron dos camiones y una retroexcavadora y posteriormente dos camiones, vehículos que trabajaban para Endesa. La primera vez actuaron varios individuos encapuchados, excepto uno, utilizando un arma de fuego, lesionando al conductor del camión con un palo. La segunda vez participaron a lo menos dos individuos, con rostro cubierto, premunido uno de ellos con escopeta, efectuando dos disparos al aire, y en la tercera oportunidad fue un grupo de personas encapuchadas, uno de los cuales portaba un arma de fuego, haciendo disparos al aire. En todos estos actos usaron combustible inflamable, como bencina u otro semejante.

Las acciones ilícitas antes referidas se han llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas de acuerdo como acontecieron los hechos, lugar y modus operandi, con la finalidad de crear situaciones de inseguridad, inestabilidad y temor, infundiendo miedo para la formulación, bajo presión delictual de peticiones a las autoridades imponiéndole exigencias para lograr sus fines.

desfavorables y concepciones de lo que denominan como *la cuestión mapuche*, el *problema mapuche* o el *conflicto mapuche* que deslegitiman la reivindicación de los derechos territoriales del pueblo indígena mapuche y califican su protesta social de forma generalizada como violenta o presentándola como generadora de un conflicto entre el pueblo indígena mapuche y el resto de la población de la zona⁶¹.

43. Esos razonamientos expuestos por los tribunales en las sentencias, reflejo del contexto antes descrito, acreditan que los juzgadores estuvieron basados en prejuicios en contra de los imputados relacionados con su origen étnico indígena mapuche y su concepción de la protesta social de reivindicación de sus derechos lo que permite confirmar que era razonable que éstos tuvieran la impresión de que los tribunales que los condenaron carecieron de imparcialidad en los casos concretos al dictar las sentencias penales condenatorias. En el presente caso, nos encontramos ante una diferencia de trato discriminatoria que no tiene una justificación objetiva y razonable, ni persigue un fin legítimo careciendo de una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido, lo cual pone en entredicho el debido proceso protegido por el artículo 8.1 de la Convención Americana.

44. En el marco de la impartición de justicia la discriminación configurada contra las ocho víctimas del presente caso –a quienes se les discriminó con base en estereotipos y prejuicios étnicos negativos con respecto al Pueblo indígena Mapuche y a sus reivindicaciones territoriales– representa una grave violación al debido proceso legal, ya que las privó de un juez imparcial. En

⁶¹ Cfr. párr. 93 de la Sentencia.

este sentido, resulta inconsecuente que después de hacer un análisis concienzudo del contenido de las sentencias en las causas penales y habiendo encontrado estas actitudes discriminatorias en la Sentencia –declarando la violación al artículo 24 del Pacto de San José–, el criterio mayoritario de la Corte Interamericana se haya quedado a medio camino al no concluir que esos mismos hechos probados implican a su vez una violación autónoma al artículo 8.1 de la Convención Americana; por lo que estimamos la Corte no debió subsumir dicha violación en las violaciones al principio de legalidad y al derecho a la presunción de inocencia que prevén los artículos 9 y 8.2 de dicho instrumento.

45. Por las razones expuestas, consideramos que este Tribunal Interamericano debió haber declarado la responsabilidad internacional del Estado chileno, al considerarse vulnerado el derecho a un juez o tribunal imparcial, protegido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las víctimas del presente caso.

V. Bibliografía

- Casadevall, Josep: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Ernst, Carlos: “Independencia judicial y democracia”, en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Silva García, Fernando: *Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

- García Roca, Javier y Vidal Zapatero, José Miguel: “El derecho a un tribunal independiente e imparcial (Art. 6.1): Una garantía concreta de mínimos antes que una regla de justicia”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 377.
- Valdecabres Ortiz, Ma. Isabel: *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

La relación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal en el CNPP¹

*MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ**

RESUMEN: La reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014 han traído como consecuencia importantes cambios al sistema procesal penal mexicano, que actualmente se encuentran en proceso de implementación. Sin embargo, todo parece indicar que en este proceso de cambio se está olvidando la función que corresponde al proceso penal, o la razón misma del cambio que está experimentando el sistema procesal penal; lo que, sin duda, pone en entredicho los propios objetivos de la reforma. Por ello, en esta pequeña aportación se procura resaltar que, aun cuando la reforma procesal penal es de una gran importancia, ella no puede olvidar que su función principal es hacer realidad los objetivos político-criminales del derecho penal material; de ahí, la necesidad de reconocer la estrecha relación que debe existir entre

¹ Ponencia presentada en las Mesas Redondas sobre *El Código Nacional de Procedimientos Penales*, que se realizaron el 8 de abril de 2014 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, organizadas por la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y Director General del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales. Integrante de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública.

el derecho procesal penal y el derecho penal sustantivo o material, y que el proceso penal solo se explica en función de los objetivos del derecho penal.

SUMARIO: I. Justificación del tema. II. La función político-criminal del derecho penal y del derecho procesal penal: ¿de qué se ocupa el procedimiento penal? III. El tipo de procedimiento penal según la Constitución y el CNPP. IV. Los contenidos de carácter material en el CNPP. V. Algunas conclusiones.

I. Justificación del tema

a) Una cuestión que yo quisiera destacar en esta breve intervención tiene que ver con el actual desarrollo del *derecho procesal penal* y su relación con el *derecho penal*, porque al parecer la adopción del nuevo sistema procesal acusatorio y oral está provocando ciertos malentendidos sobre los alcances de su función, como se puede observar de la actitud asumida por algunos impulsores de la reforma procesal penal tanto en México como en gran parte de la región latinoamericana. Ciertamente, ante las grandes expectativas que el nuevo sistema procesal penal ha despertado, y ante la creencia equivocada de que el proceso penal constituye un fin en sí mismo, o la gran ingenuidad de que ahora toda la atención debe centrarse únicamente en él, se observa de pronto un cierto desapego, o incluso un cierto desprecio, por las demás cosas que también son esenciales al sistema de justicia penal.

Por ello, esa situación ha llevado a algunos a pensar, por ejemplo, que ahora el *derecho penal* ya no tendría mayor importancia para los efectos procesales;

y, como consecuencia de ello, también se piensa que la *dogmática penal*, esto es, el estudio sistemático del derecho penal, tampoco tendría ya aplicación alguna en el nuevo sistema procesal penal. Es decir, se tiene la idea de que ahora lo más importante sería el proceso penal y, concretamente, el juicio oral, y que en el nuevo sistema procesal penal predominaría el aspecto práctico sobre el teórico y, por ende, la forma sobre el fondo.

b) Aun cuando estas afirmaciones pueden ser caracterizadas de ligeras, inocuas o carentes de importancia, porque seguramente no tendrían mayores implicaciones, no habría que desatenderlas o desecharlas sin más. En efecto, sin que ellas se conviertan en objeto de grandes preocupaciones, habrá que considerar los posibles efectos prácticos que tal forma de pensar podrían tener, sobre todo si tomamos en cuenta la forma actual de funcionar del nuevo sistema procesal penal en México, que sin duda está desdibujando los objetivos de la reforma constitucional de 2008, precisamente porque los operadores del nuevo sistema no han escapado al influjo de esa forma de ver las cosas.

Con la idea de que se puedan reorientar los criterios a seguir en la implementación del nuevo sistema procesal penal, del que no tenemos duda sobre sus alcances y posibilidades, quisiera empezar planteando algunas interrogantes, que considero debieran hacerse los distintos operadores del sistema procesal penal: ¿y ahora cuál será la función del nuevo procedimiento penal?, es decir, ¿de qué se ocupará?; ¿para qué sirve el proceso penal?; ¿cómo se lograrán los objetivos procesales que establece el artículo 20 constitucional?; ¿cuál será la razón de ser del juicio

oral?; ¿cambian con el nuevo sistema las exigencias procesales para acreditar los requisitos materiales de autos y sentencias?; ¿acaso pierden importancia los requisitos materiales en el nuevo sistema?; ¿dónde se encuentran las bases de esos requisitos?; ¿cómo deben acreditarse?

c) Sin duda, ante esas interrogantes, surgirán diferentes tipos de respuestas, que mostrarán el conocimiento o el desconocimiento que se tiene sobre la *función* que, desde la perspectiva político-criminal, le corresponde tanto al sistema procesal penal como al derecho penal, y al derecho procesal penal en un determinado sistema jurídico y en un determinado sistema de justicia penal. Pero, ubicándonos en el sistema de justicia penal mexicano, así como en su reforma procesal, habría también que formularse la pregunta, ¿por qué los ciudadanos han depositado estos instrumentos jurídicos en manos del Estado?, es decir, ¿qué se persigue con ellos y cómo lograrlo en el marco de un Estado democrático de derecho?

En virtud de los anteriores cuestionamientos, considero que debemos preguntarnos, en primer lugar, sobre cuál es la ***función del derecho penal y del derecho procesal penal*** en las sociedades modernas, así como sobre cuál es el papel de los sistemas procesales penales en los Estados democráticos de Derecho, según los desarrollos que hasta ahora han tenido. A partir de la respuesta a estas interrogantes, habrá que cuestionarse también si existe alguna relación entre el derecho penal material y el derecho procesal penal y, en su caso, si dicha relación encuentra su base en la Constitución y cómo se manifiesta en el CNPP.

II. La función político-criminal del derecho penal y del derecho procesal penal: ¿de qué se ocupa el procedimiento penal?

Para determinar la función que le corresponde al *derecho penal*, parto de la base de que este no es sino una de las expresiones de la *política criminal*² y, por tanto, del poder estatal, pues constituye uno de los medios que aquella tiene para lograr su objetivo central de proteger bienes jurídicos frente a cierto tipo de conductas consideradas como *delito*. En efecto, a la política criminal corresponde establecer las medidas o estrategias para enfrentar a ese tipo de conductas y, por tal razón, ellas son consideradas medidas o estrategias *político-criminales*, las cuales pueden lograr su objetivo ya sea previniendo o reprimiendo la comisión de tales conductas. Ahora bien, si para cumplir su objetivo la política criminal opta por darle preferencia a las medidas de carácter penal, entre las que se encuentra en primer lugar el ***derecho penal material***, que se ocupa precisamente de regular las conductas que se consideran delictivas y establecer las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad) que habrán de imponerse por la realización de aquellas, entonces podría decirse que en principio se está optando por medidas eminentemente represivas, con independencia de que a través de ellas también puedan lograrse efectos preventivos.

Pero, como se verá más adelante, para que la amenaza penal prevista en el Código Penal (CP) se pueda concretar, no basta la mera comisión del hecho

² Entendiendo por esta la política que el Estado adopta para hacerle frente al problema de la delincuencia y que comprende toda una serie de decisiones, medidas, estrategias y acciones que responden o tratan de responder a ese objetivo.

sino que es necesario que se afirme la existencia de sus presupuestos, siendo el principal el *delito* y cada uno de sus *elementos*, que tienen que ver con los aspectos materiales de la decisión judicial que determinará la pena a imponer. Asimismo, para ello es necesaria la concurrencia de los otros mecanismos del sistema penal regulados por el derecho procesal penal, como el sistema procesal penal y el de ejecución de sanciones. Por lo que, no sólo el **derecho penal**, sino también el **proceso penal** y todo el **sistema de justicia penal** son expresiones de la política criminal y, por ello, expresiones del ejercicio del poder estatal, y a cada una de ellas se les ha atribuido una determinada función.

b) Ahora bien, si el objeto central de atención y de regulación de la política criminal y del derecho penal es el **delito**, este es un fenómeno que se da en la realidad social, cuya caracterización no la tiene de por sí sino que es producto de las *valoraciones*, de la voluntad y de la decisión del legislador; por ello, a este corresponde la función de decidir si una determinada conducta es considerada *delictiva* o no y, por ello, a él corresponde la función de establecer los **tipos penales** y las **punibilidades**, así como los *presupuestos* necesarios para la imposición de la pena. Pero, es claro que la forma de ejercer el poder penal por el legislador depende del tipo de Estado y de sistema penal en que ello se da; así, formalmente hablando³, el ejercicio del poder penal en un Estado de Derecho se encuentra sujeto a una serie de *límites*, es decir, el poder no se ejerce de manera absoluta, siendo el reconocimiento de **derechos humanos** uno de los principales criterios que sirven para la delimitación del poder penal.

³ Lo teórico o formal no siempre se corresponde con lo que sucede en el plano material o de la realidad.

Por la misma razón, el ejercicio del poder penal que corresponde al legislador *tiene* que observar ciertos **principios fundamentales**, porque estos cumplen la función de limitar el poder y garantizar derechos humanos frente a su ejercicio. Y, precisamente por razón de esos principios⁴, al legislador compete la función de crear los tipos penales y las punibilidades, y lo hace antes que nada por exigencias del principio de legalidad, para establecer las bases legales para otras manifestaciones del poder, como es la de investigar y perseguir el delito, someter a proceso e imponer una pena a la persona que ha cometido el delito. Pero, al hacerlo, el legislador también tiene que observar otras exigencias que tienen que ver con las características que deben revestir los tipos penales y las punibilidades; así, por lo que hace a los tipos penales, se exige que éstos, por razones de seguridad jurídica, deben de ser tipos *determinados y cerrados*; y, con relación a las punibilidades, las penas deben ser igualmente *determinadas*, así como ser *racionales y proporcionales*, atendiendo a la importancia del bien jurídico y a la forma y trascendencia de su afectación, así como a los propios fines que se le atribuyen a las penas.

Por virtud de lo dicho, es inadmisible que en el sistema de justicia penal del Estado democrático de derecho el legislador establezca tipos y punibilidades *indeterminados* o penas *irracionales*⁵, de la misma

⁴ Entre los que destacan: el principio de legalidad, el de legitimidad, el de *ultima ratio* o de intervención mínima del derecho penal, el de tipicidad, el de antijuridicidad material, el de culpabilidad, el de racionalidad de las penas, el de previo y debido proceso, entre otros.

⁵ De ahí que no sea aceptable la cadena perpetua o la pena de muerte, por ser irracionales, como tampoco es aceptable que frente a los diversos conflictos sociales el derecho penal sea el único o el más socorrido recurso para tratar de darles solución.

manera que es totalmente inaceptable que el juzgador pueda imponer una pena sin que se acrediten los presupuestos para ella, o que no esté en relación directa con la gravedad del injusto cometido y el grado de culpabilidad del sentenciado, o sin que exista una ley penal previa que establezca que tal conducta es delictiva y tal la pena a imponer. Admitir lo contrario implicaría salirse de los linderos propios del Estado democrático de Derecho y caer en los terreros de un Estado autoritario o totalitario. Por lo que, aun cuando la **función** del derecho penal sea de gran importancia, porque tiene que ver con la **protección de los bienes jurídicos más valiosos (de los individuos y de la colectividad) frente al delito**, su uso no debe hacerse de manera arbitraria sino siempre observando ciertos *límites*. Esos límites se tienen que observar tanto desde el momento mismo en que el derecho penal es generado por el legislador y, por tanto, desde el momento en que se determina lo que debe ser objeto de regulación de la norma penal, la forma de regularlo y de diseñar los tipos penales, y se determina la consecuencia jurídica que le corresponde, entre otros contenidos, como al momento de su aplicación a los casos concretos, en que el juzgador deberá constatar si se cumplen o no los *elementos típicos* y demás *presupuestos* necesarios para la imposición de una pena.

c) Y precisamente, para que esto último se pueda llevar a cabo, sobre todo en la forma exigida por el sistema de justicia penal de un Estado democrático de Derecho, en que deben observarse tanto los derechos de las víctimas como de los imputados, así como ciertas garantías y principios, para evitar que el ejercicio del poder se extralímite, surge también la necesidad de contar con un determinado medio que posibilite lograr

esos objetivos. Ese medio lo constituye el proceso o procedimiento, al que, por referirse a las cuestiones penales, se le caracteriza como **procedimiento o proceso penal**; el cual debe estar diseñado de manera tal que pueda garantizar la observancia de esos derechos, principios y garantías. Por ello, el procedimiento está revestido de una serie de instituciones y mecanismos, y se sustenta en ciertos principios y formalidades que le son propios; pues, como se ha dicho, la necesidad de que el procedimiento penal se sustente en ciertos *principios* obedece a que todo poder estatal requiere de limitación y de control. Es decir, se deben establecer ciertos contrapesos que dominen cada paso del procedimiento y se garantice un adecuado ejercicio del poder penal que corresponde tanto al órgano que investiga y acusa como al que juzga y decide, para que, dentro de las reglas del debido proceso, *el culpable no quede impune y se proteja al inocente, garantizando un trato correcto a ambos, pero igualmente que los intereses de las víctimas que han sido afectados por el delito queden resarcidos*, tal como ahora lo prevé el artículo 20 constitucional como objetivos centrales del proceso.

III. El tipo de procedimiento penal según la Constitución y el CNPP

a) Ha quedado entonces de manifiesto que el derecho penal *material* no puede realizarse por sí mismo, es decir, no puede alcanzar sus objetivos político-criminales por sí mismo, sino que requiere para ello del *procedimiento penal*. Sin embargo, la realidad nos muestra que no todo tipo de procedimiento penal permite alcanzar de igual manera esos objetivos ni todo tipo de procedimiento observa las mismas reglas y los derechos de quienes intervienen en él, sino que alguno lo hace en mayor

medida que otros⁶; por esa razón, surge la necesidad de saber cuál es el tipo de procedimiento que adopta el CNPP y si él responde a las exigencias propias del sistema de justicia penal de un Estado democrático de derecho, que es el tipo de Estado y de justicia penal que diseña la Constitución⁷. A partir de la precisión del **tipo de sistema procesal** que sigue el CNPP y que debe regir en el ámbito de la justicia penal mexicana, según las bases constitucionales que le sirven de sustento, se podrá ver también las *funciones* y los *alcances de los roles de los distintos actores* que intervienen en el procedimiento penal –víctima, imputado, acusador, defensor y juzgador–, así como la *forma* en que cada uno debe desarrollar dicha función, para lograr los objetivos del proceso penal.

b) Con relación a la primera cuestión, tradicionalmente se ha afirmado que el sistema procesal penal que más se acomoda a las exigencias del *Estado democrático de derecho* es el **sistema procesal penal acusatorio**⁸; de ahí que, para los países que ya tienen

⁶ En efecto, el procedimiento penal puede ser *uno* que garantice que todo ciudadano cuente con amplios derechos procesales, como la defensa necesaria y adecuada y, por tanto, que permita un ejercicio limitado del poder penal, o bien *uno* que posibilite un ejercicio sin límites y arbitrario de esa potestad punitiva, por no reconocer derechos y garantías de los ciudadanos o solo los reconoce limitadamente. Es decir, podría tratarse de un procedimiento que responda a exigencias *democráticas* del Estado de derecho o de uno con características *autoritarias*.

⁷ Pues, como se afirma, el procedimiento penal constituye de alguna manera el *sismógrafo de la Constitución*, ya que toda reglamentación de esta materia tiene su base y su marco en la Ley Fundamental. Cfr. Roxin, C.: *Strafverfahrensrecht...* cit., p. 9.

⁸ El cual, según la doctrina, se rige por ciertos principios o criterios, que tienen la función de limitar el *ius puniendi* estatal y garantizar derechos de los individuos, entre los que resaltan: el *principio de legalidad*, el de *previo y debido proceso*, el de *presunción de inocencia*, de la *verdad objetiva o material*, del *equilibrio entre las partes*, de *contradicción*, *inmediación*, *publicidad*, *concentración y oralidad*, el de *brevedad*, de *defensa*, de *in dubio pro reo*, de *non bis in idem*, etc.

este tipo de sistema procesal, la tendencia actual es fortalecerlo, pues es también propósito fundamental el fortalecer con ello el Estado de Derecho y las instituciones que tienen que ver con el sistema de justicia penal⁹. En cambio, para los Estados que tienen un sistema procesal distinto, sea inquisitivo o mixto, la tendencia es adoptar un sistema acusatorio, por las distintas bondades que se le atribuyen.

Ahora bien, por lo que hace al aún vigente sistema procesal penal mexicano, ha sido *communis opinio* de que este no es un sistema predominantemente *acusatorio* como tampoco uno completamente *inquisitivo*, sino un *sistema mixto*. Es decir, se trata de un sistema procesal penal cuyas bases acusatorias se encuentran en la Constitución ya desde 1917; pero, por la forma en que se desarrolló por la legislación procesal penal, lo que ha prevalecido hasta ahora es un sistema procesal mixto, por contener tanto ingredientes acusatorios como inquisitivos, con independencia de la predominancia de algunos de ellos. Por ello, desde hace algunas décadas se ha venido planteando la necesidad de fortalecer el aspecto acusatorio¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países, la reforma constitucional mexicana de junio de 2008¹¹ optó por fortalecer el aspecto acusatorio, procurando

⁹ Como es la *independencia judicial* y la *imparcialidad* del juzgador, que permite una *apreciación más libre de las pruebas* introducidas por las partes en el proceso.

¹⁰ Pues, al actual sistema se le ha cuestionado por estar plagado de obsoletas e incongruentes normas y de viciadas prácticas procesales, que han provocado la *complejidad y lentitud* de los procedimientos y, por ende, la insatisfacción de las expectativas sociales.

¹¹ Producto de diversas iniciativas, cuyos antecedentes se encuentran en iniciativas anteriores, como la del Ejecutivo Federal de 2004, entre otras.

eliminar los ingredientes inquisitivos. De ahí que se trate de un sistema procesal penal *predominantemente acusatorio*, cuyas bases han quedado precisadas en la ley fundamental, correspondiendo más adelante a la legislación procesal penal, tanto federal como de las entidades federativas, desarrollarlas con mayor claridad. Entre esas bases que la legislación procesal penal debió desarrollar desde que entró en vigor la reforma, está la prevista en el artículo 20 de la Constitución, que tiene que ver con el *objeto del proceso*: *que los hechos se esclarezcan, que el culpable no quede impune y se proteja al inocente, garantizando un trato correcto a ambos, y que los intereses de la víctima que han sido afectados por el delito queden resarcidos*.

c) Si la Constitución optó por fortalecer el sistema procesal acusatorio, precisando sus bases, a la legislación secundaria no le queda más que seguir dicho sistema y desarrollarlo. Pero, para ello, debió primeramente identificar los rasgos característicos del sistema acusatorio adoptado por la Constitución, partiendo de la base de que el sistema procesal acusatorio no es único y con las mismas características, sino que hay modelos diferentes, como se observa en el ámbito latinoamericano, si bien entre ellos existen algunos rasgos comunes. Asimismo, se debió previamente precisar los alcances de sus diversas instituciones y mecanismos, para poderlos desarrollar de manera coherente, equilibrada y racional¹².

¹² La realidad nos muestra que los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados que empezaron a avanzar en la implementación del nuevo sistema procesal penal no siguieron criterios uniformes sobre este particular; por el contrario, cada uno le dio alcances distintos a los nuevos contenidos de la Constitución; por ello, ante la diversidad de criterios, surgió la necesidad de unificar la legislación procesal penal y de ahí el CNPP.

Por ello, la cuestión que ahora se plantea es determinar si el CNPP, que surgió para superar los problemas generados por los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados, realmente desarrolló esas bases constitucionales, de manera tal que sus objetivos efectivamente se puedan alcanzar. Sobre el particular ha habido ya opiniones diversas, destacando aquellas que son críticas y señalan que el CNPP, si bien desarrolla un sistema procesal de corte acusatorio, dicho modelo no se ajusta cabalmente a los lineamientos y objetivos de la Constitución; además, por lo que hace al tema que nos ocupa, por la forma en que está estructurado y el alcance que le da a ciertas instituciones y mecanismos procesales, el Código no parece partir de una idea clara respecto del *objeto del proceso penal*, como tampoco se ve clara su relación con el derecho penal material.

IV. Los contenidos de carácter material en el CNPP

a) Si se entiende que el sistema procesal penal no es más que un instrumento para hacer realidad los **objetivos del derecho penal sustantivo**, es evidente que el nuevo sistema procesal penal no puede dejar a un lado al derecho penal material, pues de otra manera aquél no tendría mayor razón de ser, por muy acusatorio que sea. Ciertamente, durante el desarrollo del procedimiento penal, tanto del tradicional como del nuevo, se toman diversas decisiones o resoluciones por el Ministerio Público y el Juez, que de ninguna manera pueden prescindir de los contenidos materiales que se derivan del Código Penal (CP); tal es el caso, por ejemplo, del ejercicio de la acción penal, de la solicitud y el dictado de una orden de aprehensión, del auto de vinculación a proceso o de la sentencia, respecto de los cuales, por razones de seguridad jurídica, la propia

Constitución señala los requisitos formales y materiales que deben satisfacerse.

Sin embargo, no puede negarse que en este proceso de transformación que experimentan los sistemas procesales en América Latina, y ahora también en México, se han introducido diversos criterios y mecanismos que, además de ser ajenos a las realidades de nuestros sistemas jurídicos y de justicia penal, han propiciado cierta distorsión de las cosas; lo que igualmente se ha visto favorecido por la adopción de un lenguaje extraño o de figuras cuyos alcances son imprecisos, como la de la *teoría del caso*¹³. Todo lo cual ha llevado a algunos neo-procesalistas a pensar que ahora la mayor importancia recae en el instrumento que debiera estar al servicio del derecho penal, mientras que a éste le dan poca importancia.

b) Por razón de lo anterior, también se ha llegado a pensar que en el nuevo sistema procesal la **dogmática penal** ya no tendrá función alguna, pues se estima que las argumentaciones de las partes procesales y las decisiones judiciales no tienen porqué sustentarse en las elaboraciones teóricas que se han desarrollado sobre los contenidos materiales del derecho penal¹⁴, sobre todo aquellos que tienen que ver con los *elementos del delito*. Es decir, se tiene la falsa creencia de que con el nuevo sistema procesal acusatorio y oral la dogmática penal, concretamente la **teoría del delito**, va a quedar relegada y olvidada de las formas de argumentar de

¹³ Que incluso algunos, tal vez por error, le han llamado la *teoría del caos*.

¹⁴ Dando a entender, tal vez, que en el tradicional sistema procesal la dogmática penal jugó un papel muy importante. Sin embargo, también habrá que aceptar que en los sistemas procesales tradicionales del ámbito latinoamericano la dogmática penal ha tenido poca injerencia en las decisiones político-criminales tanto de legisladores como de jueces; lo que indica que entre teoría y práctica siempre ha habido cierta distancia.

las partes y del juez; por lo que, el rol que ella pudo haber jugado en la aplicación de la ley penal al caso concreto, tal vez ahora sea desempeñado por la llamada **teoría del caso** y por otros mecanismos que se han ido introduciendo al sistema¹⁵.

No hay duda que se trata de una creencia errónea, de una manera de pensar totalmente equivocada; ello puede ser atribuible a diversas razones: Una, seguramente por desconocer la relación que existe o debe existir entre el derecho penal material y el derecho procesal penal, así como por no tener una clara idea de la función que corresponde a cada una de estas áreas del derecho; otra, por desconocer igualmente la función que la dogmática penal juega o puede jugar en el sistema de justicia penal, sobre todo al momento de la aplicación concreta de la ley penal sustantiva, es decir, al momento de la toma de decisiones por parte del juzgador¹⁶. Una razón más, puede ser atribuible al mismo sistema procesal penal que se está construyendo, pues no obstante todos los rasgos característicos y las bondades que se le reconocen, no hay duda de que, por los criterios que se aplican en su implementación, el sistema se está desdibujando en cuanto a su función y a la forma de alcanzar sus objetivos, como se desprende de los contenidos del CNPP. En efecto, este solo permite que dichos objetivos se puedan cumplir de manera excepcional, al partir de la idea, por ejemplo, de que los juicios orales sólo en muy pocos casos podrán

¹⁵ Por supuesto, hay quienes son menos extremos y, en lugar de sustituir una por otra, piensan que puede compaginarse la *teoría del caso* con la *teoría del delito*.

¹⁶ Por supuesto, también habrá que aceptar que en los sistemas procesales tradicionales del ámbito latinoamericano la dogmática penal ha tenido poca influencia en las decisiones político-criminales de legisladores y jueces; situación que ahora habrá que superar.

tener lugar; por lo que, los procesados únicamente en muy pocos casos tendrán la oportunidad de que los principios, derechos y garantías procesales se puedan observar cabalmente y, por tanto, el juzgador tendrá pocas posibilidades de fundar y motivar sus decisiones al resolver sobre la culpabilidad o inocencia del procesado, que se basen en pruebas que tengan que ver con exigencias materiales derivadas del derecho penal, como son los elementos del delito o los presupuestos de la pena.

c) Ciertamente, ese es el tipo de sistema de justicia penal que ahora se está impulsando y construyendo; por lo que habría que preguntarse seriamente si dicho sistema procesal es el que se corresponde a las exigencias democráticas del Estado mexicano, a los objetivos de la reforma constitucional y a las expectativas de la sociedad; o si, por el hecho de no apartarse de la actual tendencia reformista en el ámbito latinoamericano, nos hemos dejado llevar por una aparente novedad que, si no atendemos a las realidades y posibilidades nuestras y a las funciones que corresponden a ciertas instituciones y mecanismos, podría resultar más contraproducente que lo que se trata de enmendar.

No debe extrañar que estos equívocos se observen sobre todo entre las nuevas generaciones de quienes se ocupan del derecho penal y procesal penal –lo que no es privativo solo de México sino también de gran parte de la región latinoamericana–, porque, por efectos de la vertiginosidad de las cosas, del desarrollo de la tecnología de la información y de la comunicación, de la globalización, entre otras, ya casi no se dedica mayor tiempo para conocer y cuestionar sobre la razón de ser de las cosas, sus bases ideológicas y sus implicaciones, sino que –por razón de su utilidad– se las adopta y

defiende simplemente porque así son o se dice que son, o porque son o parecen ser novedosas. Por ello, eso que pasa con el sistema de justicia penal sucede también con las construcciones dogmáticas, en cuyo desarrollo muy poco se cuestiona o no se toma siquiera en cuenta las realidades nacionales o de la región en donde se las lleva, sobre todo por lo que hace a su objeto de estudio; y si eso es así, difícilmente podría cuestionarse si la dogmática penal estaría en condiciones de mostrar, concretamente en sistemas procesales de corte democrático, su capacidad de proporcionar criterios adecuados para la solución de los problemas penales.

d) Por ello, es necesario que, en todo este tipo de quehaceres que tiene que ver con el sistema de justicia penal, se parta de la base de que entre la política criminal y la dogmática penal, así como entre el derecho penal y el derecho procesal penal, existe una muy estrecha vinculación y retroalimentación; pero, por otra parte, es igualmente necesario que México cuente con un sistema de justicia penal que responda a sus realidades, y que no se limite a adoptar y trasplantar modelos que pueden resultar extralógicos a esas realidades. De ahí que, también se plantee la pertinencia de que tanto su política criminal como su dogmática penal se diseñen y desarrollen según sus propias realidades y necesidades; y, solo a partir de ello, se estará en condiciones de cuestionar si ellas responden o no a sus objetivos centrales. Igualmente, a partir de una idea clara sobre la función de la dogmática penal, se estará en condiciones de cuestionarse si en México la ha cumplido o no, o si por el contrario se la ha cultivado solamente como *la dogmática por la dogmática*, sin importar sus implicaciones político-criminales o prácticas, es decir, sin plantearse si las

elaboraciones teóricas tienen o no alguna aplicación práctica para la solución de problemas concretos en el ámbito de la justicia penal, o sin cuestionarse si las decisiones político-criminales requieren de un sustento teórico para ser más racionales.

Si se tiene una idea clara sobre la función de la dogmática penal, entonces habrá también que preguntarse si es válido seguir adoptando o importando las elaboraciones teóricas y las prácticas externas, sin mayores consideraciones de las realidades socio políticas, culturales, jurídicas y judiciales nacionales, así como sin mayores cuestionamientos; o si, por el contrario, habrá que construir tanto las bases de una política criminal como las de una dogmática penal que respondan a esas realidades, sin desconocer las legítimas aspiraciones de *universalidad* que dichas construcciones teóricas tienen, en cuanto muestran su capacidad de aportar criterios adecuados para la solución de problemas concretos.

e) Ahora bien, por lo que hace concretamente a la consideración de los contenidos de carácter *material* en el CNPP, debe señalarse que desde la elaboración del Dictamen como durante la discusión que se dio para su aprobación, hubo constantes señalamientos para que el Código no se limitara a repetir el texto constitucional que se refiere a los contenidos materiales de la orden de aprehensión, del auto de vinculación a proceso y de la sentencia, sino que debía de desarrollarlos y hacerlos explícitos como es su función¹⁷; porque, de no hacerlo, dejaría el problema a los aplicadores de la

¹⁷ Es evidente que la Constitución no tiene que ocuparse de ello sino únicamente de establecer las bases o los lineamientos que deben ser desarrollados por la legislación secundaria, la jurisprudencia y la doctrina.

ley y, con ello, abría la posibilidad de que se generara diversidad de criterios de interpretación que, a su vez, provocaría inseguridad jurídica en su aplicación. Por razón de la insistencia, finalmente el legislador atendió las sugerencias, si bien solo parcialmente; pero, incluso se fue al otro extremo con relación a los requisitos de la sentencia.

En efecto, por lo que hace a la orden de aprehensión y al auto de vinculación a proceso, en principio mantuvo sin cambio el texto constitucional¹⁸, si bien con algunos agregados y con el consecuente problema antes señalado. Pero, con relación a los requisitos materiales de la sentencia, condenatoria y absolutoria, el legislador no se limitó a señalar solo la necesaria relación del procedimiento penal con el Código Penal, sino que desarrolló en el CNPP los requisitos materiales que dicha resolución debe considerar, en forma más detallada que en el propio CP, como se puede observar de los artículos 405 y 406 del CNPP.

f) Pues bien, según lo señalado, tanto la Constitución como el CNPP contienen categorías procesales que tienen estrecha vinculación con categorías del derecho penal material; por ello, surge la necesidad de determinar, por una parte, si el CNPP las desarrolla de manera tal que se puedan cumplir tanto los objetivos de la legislación penal sustantiva como los de la reforma constitucional; por otra, habría que ver si existe la necesidad de compaginarlas o armonizarlas. Esto se plantea así, sobre todo, en relación con las categorías procesales: *orden de aprehensión, auto de vinculación a*

¹⁸ Véase artículos 141 y 316 CNPP, que se refieren a la orden de aprehensión y a los requisitos del auto de vinculación a proceso, respectivamente, si bien con ciertos agregados que tratan de responder a la exigencia señalada.

proceso y sentencia, cuyos requisitos materiales tienen que ver precisamente con contenidos del Código Penal, los que sin duda siempre tendrán que ser considerados en las resoluciones judiciales, con independencia de que también lo sean por las partes en sus respectivos alegatos; pero, lo propio se plantea con los criterios para la *individualización judicial de la pena*. Y si bien para algunas de las resoluciones judiciales, como es la orden y el auto, solo se requiere de un conocimiento muy preliminar del caso y, por ende, tanto los requisitos como las exigencias probatorias son menores para dictarlas, ello no excluye que desde entonces tengan que considerarse algunos de los requisitos de carácter material que tienen que ver con la estructura del concepto general de delito, como son los *elementos del tipo penal*, máxime si se establece como regla – por razones de seguridad jurídica– que para dictar una orden de aprehensión o un auto de vinculación a proceso debe contarse al menos con la *tipicidad* de la conducta. En cambio, para dictar una sentencia condenatoria son necesarios mayores requisitos; no basta la sola acreditación de los *elementos del tipo penal*, sean objetivos, subjetivos o normativos, sino que deben acreditarse todos los *elementos del delito*¹⁹ y, por ende, todos los *presupuestos de la pena*.

Pero, lo cierto es que tanto en uno como en otro caso, es decir, ya se trate de un auto o de una sentencia, necesariamente habrá que acudir a los contenidos del Código Penal, ya sea de su parte general –en donde se prevén los datos para la construcción del concepto general de delito, entre otros– o de su parte especial – en donde se señalan los datos característicos de cada

¹⁹ *Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*, según la opinión hasta ahora dominante en la doctrina penal.

delito en particular-, por tratarse nada menos que de requisitos de carácter *material*, que igualmente son objeto de interpretación y requieren de una explicación sistemática, para una aplicación racional de la ley penal.

g) Lo anterior nos muestra claramente la estrecha relación que debe existir entre ciertas categorías del CNPP y categorías del CP, por razón de la función que a cada una de ellas corresponde. Ahora bien, el que esta relación sea necesaria, de ninguna manera implica que el CNPP tenga que sustituir al CP o ir más allá de los contenidos y objetivos de la legislación penal sustantiva; es decir, no es el CP el que debe someterse a lo que establece el CNPP, sino al revés. En otras palabras, el Código de Procedimientos Penales debe ceñirse a lo que el CP establece, cuando se trata de los requisitos que deben acreditarse para los efectos antes señalados, máxime si se parte de la base de que el procedimiento penal es sólo un instrumento al servicio de los objetivos del derecho penal material.

En relación con los requisitos de la orden de aprehensión y del auto de vinculación a proceso, el CNPP trata de atender lo antes señalado; si bien, como se ha dicho, solo lo logra de manera parcial, como se puede constatar de lo previsto en los artículos 141 y 316. Sin embargo, por lo que hace a los requisitos de la sentencia, puede decirse que, de acuerdo con lo que prevén los artículos 405 y 406, el CNPP ha invadido ciertas competencias que en principio solo corresponden a la legislación penal sustantiva (CP)²⁰,

²⁰ En efecto, de acuerdo con las tradicionales concepciones y clasificaciones en torno al derecho, a la legislación penal sustantiva corresponde la función de regular los *delitos* y las *penas*; y si bien gran parte de ella se concentra en los Códigos Penales, también habrá que reconocer que, por razones diversas, otra parte del derecho penal se encuentra dispersa en otras leyes, incluyendo las procesales; de la misma manera que cuestiones procesales se encuentran desviadas en legislaciones sustantivas.

por regular en forma por demás exhaustiva diversos contenidos de carácter material que tienen que ver con los **elementos del delito** (como: *tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*), cuya acreditación implica la afirmación de los presupuestos de la pena; y, de la misma manera, por regular las *causas* que tienen como efecto la *exclusión* de cada uno de dichos elementos y, por tanto, la exclusión del delito; lo que, sin duda, tendrá implicaciones teórico-prácticas importantes, sobre todo para las legislaciones penales locales que sobre este particular siguen criterios diferentes. Por lo que, o bien se deja que cada Entidad Federativa aplique el CNPP, pero de acuerdo con los criterios que su propio CP establece, o se obliga a los Estados y al Distrito Federal a que ajusten sus Códigos Penales y demás leyes relativas a los contenidos del CNPP, con los inconvenientes que ello puede traer.

h) Ante esta situación provocada por la inclusión de dichos contenidos de carácter material en el CNPP, se han generado ya diversas reacciones, así como también posibles alternativas para subsanarla, entre las que se destacan:

- 1) Impulsar la *armonización* de la legislación penal sustantiva (CP) y de otras leyes relativas al sistema de justicia penal, tanto federal como local, para que los CP se ajusten a los contenidos de carácter material previstos en el CNPP.
- 2) Plantear la *reforma del CNPP* en los artículos que hacen referencia a cuestiones materiales (a. 405 y 406, entre otros), para que dichos artículos solo se ocupen de señalar, en una fórmula sencilla y comprensible, los requisitos materiales que habrá que acreditar o desacreditar por las partes, así como la forma de hacerlo, para

que ellos sean considerados y valorados por el juzgador. En cambio, habrá que dejar a los CP que se encarguen de señalar cuáles son los elementos del delito y los supuestos en que ellos se excluyen, a los que el CNPP deberá someterse.

- 3) Plantear una *acción de inconstitucionalidad*, por considerar que la regulación de los contenidos de carácter material en el CNPP es contraria o no acorde con lo previsto en la Constitución, porque el artículo 73, XXI, solo se refiere a cuestiones procesales y no a cuestiones materiales.
- 4) Plantear incluso una *controversia constitucional*, por considerar que en este caso ha habido una invasión de esferas competenciales, en tanto que el Congreso de la Unión vulneró el ámbito competencial de las legislaturas locales, ya que se arrojó la facultad de legislar en materia penal sustantiva; pues, la reforma constitucional de 2013 (a. 73, XXI) solo otorgó al Congreso la facultad exclusiva de legislar en materia procedural penal, pero no por lo que hace a contenidos del CP que tengan validez nacional.
- 5) Otra alternativa podría ser el recurso o *juicio de amparo*, que solo cabría plantearse cuando haya un caso concreto de aplicación de la ley procesal penal que cause agravio o perjuicio.

Sin poder ocuparme de analizar cada una de estas alternativas, por razones de tiempo, por ahora solo señalaré que la *primera* de las vías ya se está llevando a cabo, por iniciativa de la SETEC²¹; pero con ella se

²¹ Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, cuya base se encuentra prevista en el artículo noveno transitorio del decreto de reforma y adición de artículos de la Constitución publicado en el D.O.F. el 18 de junio de 2008.

obliga a los Estados y al DF a ajustar sus Códigos Penales al CNPP, y todo indica que no se ha reparado en sus alcances y consecuencias²². La *segunda* opción parece ser la más recomendable, por derivar de la misma fuente del problema y porque implicaría que su aplicación siempre tomará al CP como su punto de referencia; sin embargo, esta alternativa también tiene sus inconvenientes, porque la existencia de un gran número de CP con criterios distintos sobre la forma de regular los datos relacionados con el delito, sus elementos y sus causas de exclusión, haría que igualmente hubiera distintas formas de aplicar la ley. Las vías *tercera* y *cuarta* habrían sido sin duda buenas opciones, por la trascendencia que puede tener la resolución de una acción de inconstitucionalidad o de una controversia constitucional en torno a este tema; pero, el tiempo para haberlo hecho ya concluyó. La alternativa del amparo siempre estará abierta, pero su efecto será limitado.

i) Por lo tanto, surge la pregunta de si este al parecer pequeño problema, pero con grandes implicaciones, ya que tiene que ver nada menos que con lo que da razón de ser al mismo procedimiento penal y a todo el sistema de pruebas, tiene o no una solución razonable. Y todo parece indicar que la solución no se podrá dar por una sola de las vías sino por una combinación de ellas, por razón de la situación creada por el gran descuidado en la elaboración de la legislación procesal penal: por una parte, necesariamente habrá que reformar el CNPP, tanto con relación a estos aspectos materiales como

²² Además, los criterios que se están aplicando en algunas entidades federativas para lograr la armonización están provocando una situación caótica, que incluso están distorsionando los objetivos mismos del derecho penal y la relación de este con el derecho procesal penal.

por lo que hace a otros temas también importantes, para precisar la forma en que los requisitos materiales señalados en el CP habrán de ser acreditados o desacreditados por las partes y, por otra, darle mayor sentido al proceso penal²³. Pero, por otra, al haber aún una gran cantidad de Códigos Penales en el país, que siguen criterios distintos sobre la forma de regular esos datos de carácter material que se relacionan con el concepto general del delito y sus elementos, surge también la necesidad de reformarlos; pero, como ello sería facultad de las legislaturas locales, seguramente con ello no se superaría el problema para lograr la deseada armonización legislativa, ya que sin duda seguiría habiendo diversidad de criterios sobre esos contenidos materiales.

Por razón de lo anterior, es muy probable que una más segura alternativa, para superar el problema señalado y lograr la mayor armonización legislativa y la aplicación igualitaria de la ley penal, sería la de generar un *CP único* para toda la República. Pero, si bien ese hecho constituiría el mayor logro político-criminal en materia legislativa, no se garantiza sin más que la nueva legislación adoptará los mejores criterios teóricos y que no se caerá en la misma situación provocada por el CNPP. Es decir, nada garantiza que el deseado CP único adopte los mejores criterios político-criminales y constituya una de las vías adecuadas para la superación de los problemas actuales, sobre todo si no se tiene clara su importante función y cómo la puede cumplir, como ha sucedido con el CNPP, que siendo tan reciente

²³ Si bien lo anterior no puede ser sino una reforma parcial del CNPP, debe ser tanto de forma como de fondo y, por ello, debe ser amplia, que incluso tenga que ver con su propia estructura y sistematización, precisando la función y los alcances que debe corresponder a ciertas instituciones y mecanismos.

ya es objeto de muchos cuestionamientos y está siendo emplazado a reformarse; por lo que, siendo necesario el CP único y de darse la voluntad política para hacerlo, habría que diseñarlo con mayor cuidado que el aplicado en el diseño y desarrollo del CNPP.

jj) Pues bien, siguiendo con el tema de la relación entre categorías procesales y categorías sustantivas, y de la necesidad de explicar sistemáticamente los contenidos materiales que se encuentran tanto en el CP como en el CNPP, debo destacar que, ya se trate de *elementos del tipo penal* o de *elementos del delito*, o bien de sus causas de exclusión, en tales casos habrá que apoyarse en la *teoría del delito*²⁴ y, por tanto, en la *dogmática penal*, para su explicación sistemática, si se quiere contar con criterios consistentes respecto de los contenidos y alcances de cada una de las categorías sustantivas, para que las decisiones ministeriales y judiciales tengan un sustento sólido. Lo anterior, sobre todo, si partimos de la base de que la dogmática penal y la teoría del delito –como parte de aquella– también tienen una importante función: *a) aportar bases teóricas adecuadas para que las decisiones político-criminales de quienes ejercen el ius puniendi estatal se adopten de manera más racional; y b) proporcionar seguridad jurídica para los individuos, concretamente aquellos respecto de quienes se adoptan las decisiones político-criminales.*

En el sistema de justicia penal son diversos los actores que ejercen el *poder penal* estatal y, por ende, toman decisiones político-criminales, empezando por el *legislador* al momento de generar las leyes penales

²⁴ Que no habrá que confundir con lo que se llama *teoría del caso* en el nuevo lenguaje procesal.

y procesales penales; lo propio habrá que decir del *Ministerio Público* (MP), quien tiene la función de investigar y perseguir los delitos, ejercer la acción penal, acusar y aportar las pruebas para acreditar la existencia del hecho ilícito y la culpabilidad del sujeto; el *juzgador*, a quien –con independencia de otras decisiones, como dictar medidas cautelares y autos de vinculación a proceso– corresponde la potestad de imponer las penas, para lo cual tiene que constatar que se han acreditado todos los elementos del delito y, por tanto, los presupuestos de la pena, y de individualizarlas, aplicando para ello criterios que permitan que su decisión, además de ajustarse a las exigencias de la justicia material, sea también tomada de manera racional.

De acuerdo con lo anterior, desde el momento en que el MP tiene conocimiento de los hechos (*notitia criminis*)²⁵ y establece una cierta relación provisional de esos hechos con algún tipo penal previsto en el CP, se plantea su estrategia de investigación (*teoría del caso*) y se fija como objetivo el recabar elementos probatorios necesarios para demostrar la existencia de los requisitos materiales para el ejercicio de la acción penal y la orden de aprehensión, así como para sostener la acusación y, en su caso, para posteriores resoluciones judiciales, incluyendo la sentencia; lo anterior, porque a la parte acusadora corresponde la carga de demostrar la culpabilidad de quien cometió o participó en la comisión del hecho que la ley señala como delito. En cambio, el papel de contrarrestar las pretensiones del MP corresponde al defensor, quien precisamente en el ejercicio de esa función hará valer las circunstancias

²⁵ Por la denuncia o la querella que recibe.

que tienen como efecto desacreditar la existencia de esos requisitos materiales, previstas igualmente en el CP. Tanto en uno como en otro caso, necesariamente habrá que considerar los criterios desarrollados por la *teoría del delito*, ya sea para determinar la existencia de los requisitos materiales que sirven de sustento a las distintas resoluciones ministeriales y judiciales señaladas, o bien para desacreditarlos y, consecuentemente, dictar una resolución contraria, dependiendo de las exigencias que para cada una de ellas establecen la Constitución y el CNPP.

Por razón de lo expuesto, cuando se utiliza la expresión *teoría del caso*, no se la debe confundir con *teoría del delito*, aunque algunos lo hagan²⁶; pues, lo cierto es que la teoría del caso cumple una función diferente, ya que hace referencia a una cuestión que, lejos de ver con un análisis *teórico* del problema, tiene más bien que ver con la *práctica* procedimental del caso, es decir, con la presentación o exposición del caso en la etapa de la investigación, en la que intervienen tanto el Ministerio Público como la policía y el perito, para conocer cómo sucedieron los hechos y establecer las estrategias de la investigación. Lo propio hace el defensor, pues él también tiene que establecer la estrategia para una defensa adecuada. En otras palabras, la llamada teoría del caso tiene que ver más con la *forma* que con el *fondo* del asunto; en cambio, como se ha dicho, la teoría del delito se ocupa de las cuestiones materiales y, por tanto, de los problemas de fondo.

²⁶ Sobre este y otros nuevos conceptos y sus alcances, véase, por ejemplo, Baytelman, A. y Duce, J. M.: *Litigación...* cit.; Blanco Suárez, R.: *Litigación...* cit.; Nataren N., C. F., Ramírez Saavedra, B. E.: *Aspectos...* cit.,; de los mismos, *Litigación oral...* cit.,; González Obregón, D. C.: “La teoría...” cit., pp. 143 y ss.; asimismo, Elías Urquides, G.: “Teoría...” cit., pp. 87 y ss.; entre otros.

V. Algunas conclusiones

a) Se afirma por algunos neoprocesalistas que en el nuevo sistema procesal penal acusatorio predomina el *aspecto práctico* sobre el *teórico*; lo que implica colocar por encima de las habilidades teóricas las habilidades prácticas de la litigación, al punto de decir que *quien no sabe litigación no puede hacer teoría*, y de ahí que se afirme: el jurista que no sabe litigación, simplemente elabora teorías abstractas, intelectuales, que no responden a la realidad, a los problemas y a los valores para los que dichas normas fueron diseñadas²⁷; con ello, si bien se trata de restar importancia a la teoría del delito y a la dogmática penal, se pone de manifiesto el desconocimiento de la función que a ellas corresponde.

b) Además de lo anterior, también existe la idea de que ahora los *objetivos* del proceso penal han cambiado, porque ya no sería la búsqueda de la **verdad material** lo que interesa, sino que es suficiente la *verdad formal*. Con ello, se quiere restar importancia no sólo a la dogmática penal sino incluso a su propio objeto de estudio, es decir, al derecho penal material y a ciertos derechos consagrados en la Constitución.

c) A las anteriores afirmaciones habría que responder que ello no podría más que significar un desconocimiento o desvío de las cosas; dicha opinión es atribuible a una equivocada forma de ver las cuestiones penales, así como a un desconocimiento o falta de claridad respecto de la *función* que corresponde tanto al derecho penal como al propio proceso penal y a la dogmática penal.

²⁷ Así, Baytelman, A. y Duce, J. M.: *op. cit.*, nota 26, p. 11 y ss. Véase con relación a Colombia, Velásquez V., F.: “Ley procesal...” *cit.*, pp. 117 y ss.

d) Al derecho penal corresponde una función de gran trascendencia, como es la protección de *bienes jurídicos* frente al delito, además de procurar la observancia de ciertos *principios fundamentales*, que buscan que el ejercicio del poder penal no se desborde y extralímite en perjuicio de derechos humanos. Pero, la realidad muestra que el derecho penal no puede alcanzar sus objetivos por sí solo, sino que requiere de un mecanismo o procedimiento; y de ahí que el derecho penal no puede prescindir del proceso penal, y este solo se explica en función de aquél.

e) Pero, igualmente, el proceso penal no puede desplazar al derecho penal, porque entonces pierde sentido y razón de ser, además de perder sus límites; y, por lo mismo, tampoco puede desplazar los servicios de la *dogmática penal*, por más que aquél sea una actividad eminentemente práctica, justamente porque lo que practica es el derecho penal. Y, no puede desconocerse que el proceso penal y todo el sistema procesal penal han sido diseñados precisamente para determinar si en el caso concreto existe delito o no, y si hay un culpable o no, es decir, si se dan o no los presupuestos necesarios para la imposición de una pena, así como para hacer realidad los contenidos y los principios en que se sustenta tanto la legislación penal material como la adjetiva.

f) Para alcanzar los objetivos antes señalados, la dogmática penal y la *teoría del delito* juegan un papel muy importante, sobre todo si entendemos que la función de ellas consiste fundamentalmente en aportar bases teóricas adecuadas para que las decisiones político-criminales de quienes ejercen el poder penal estatal se adopten de manera más racional, así como en proporcionar seguridad jurídica para los individuos,

concretamente aquellos respecto de quienes se adoptan las decisiones político-criminales.

g) Debe reconocerse, por ello, que entre las cuestiones del derecho procesal penal y las cuestiones del derecho penal material existe o debe existir una estrecha vinculación, así como debe existir una estrecha relación entre las decisiones judiciales y las elaboraciones de la dogmática penal, que se ocupan de explicar sistemáticamente los contenidos del derecho penal para sustentar esas decisiones judiciales²⁸ y dar cumplimiento a las funciones antes señaladas.

h) Entonces, si se atiende a los *objetivos* del proceso penal, que la propia doctrina procesal penal se ha ocupado de precisar, no puede negarse que entre ellos destaca la búsqueda de la *verdad material*²⁹; por lo que no puede concluirse que la idea de la *justicia material* se satisfaga solo con la *verdad formal*, máxime que el sistema procesal penal es solo un instrumento al servicio de los objetivos del derecho penal. Y eso es así, porque el derecho penal no puede alcanzar sus objetivos por sí mismo, sino que requiere para ello de un medio que es el *procedimiento penal*; por lo que el proceso penal no surge como *un fin en sí mismo*, sino para los fines del derecho penal material.

i) Ahora bien, según los argumentos que a su favor se han utilizado, el *sistema procesal penal*

²⁸ Así como también dar sustento a las decisiones ministeriales que tienen que ver con contenidos materiales del derecho penal.

²⁹ La reforma constitucional mexicana parte de la base de que en el nuevo proceso penal también debe buscarse la *verdad material* y no solo la *verdad formal*, si bien aquella no tiene que ser vista como una verdad *absoluta*, ni como una verdad que se obtenga a toda costa. En este sentido, Muñoz Conde, F.: *La búsqueda...* cit., quien afirma que: *en realidad, la búsqueda de la verdad material sigue y seguirá siendo el objetivo principal del proceso penal, en tanto se trate de la determinación de hechos de fácil constatación empírica.*

acusatorio es el que hasta ahora está en mejores condiciones de posibilitar que esos objetivos del derecho penal se alcancen de mejor manera, sobre todo los objetivos político-criminales de los *principios* en que el propio derecho penal se sustenta. Por ello, tanto el Constituyente de 1917 como el reformador de la Constitución en 2008 optaron por el modelo procesal acusatorio; el primero, estableciendo algunas de sus bases fundamentales, y el segundo dándole mayor precisión y fortaleciéndolas. Y, seguramente ambos han esperado que la legislación secundaria lo desarrolle e impulse de modo que no abdique de su fundamental función; sin embargo, el primero solo vio satisfecha a medias esta aspiración³⁰, y todo parece indicar que el segundo tampoco la verá colmada, o tal vez se desarrolle un sistema procesal penal que no se corresponda a las realidades nacionales.

j) En efecto, si –como se ha dicho– uno de los objetivos centrales del proceso penal es la búsqueda de la *verdad material*, y no solamente la *formal*, es innegable que ese objetivo se pone en entredicho o pierde interés, cuando el CNPP le da prevalencia a la idea de que los procedimientos penales se desarrollen de manera *más rápida*, para dar pronta solución a los conflictos penales, aplicando para ello criterios de oportunidad, salidas alternas, mecanismos alternativos de solución de conflictos o procedimientos abreviados, aún a costa de ciertos derechos y garantías procesales, que son característicos de la justicia material.

k) Con el criterio anterior se trata, además, de prescindir de los *juicios orales*, a los que ahora se les

³⁰ Porque el Código de Procedimientos Penales no desarrolló cabalmente el sistema procesal acusatorio, sino uno con ingredientes tanto acusatorios como inquisitivos; generando, por ello, un *sistema procesal mixto*.

ve solo como la *ultima ratio*, no obstante haber sido una de las principales banderas para apoyar la reforma procesal penal. Ahora, el objetivo es evitar que el mayor número de casos llegue a la audiencia de juicio oral, cuando se supone que este es la fase del proceso donde adquiere mayor relevancia la acreditación o desacreditación de todos y cada uno de los elementos del delito o presupuestos de la pena, para demostrar –con los distintos medios de prueba– la culpabilidad o la inocencia del procesado; es decir, el momento donde los requisitos de carácter material y los derechos y garantías procesales son o deben ser objeto de la mayor consideración.

l) Con la tendencia anterior, se da la sensación de que el nuevo sistema procesal penal se diseña al revés de lo que debiera ser. Pareciera, además, que ahora se atenderá más a las exigencias procesales que a las necesidades sustantivas, pues a estas de alguna manera se las ve como si se tratara de estorbos; y, de seguir esta idea, podría correrse el riesgo de que no solo el derecho penal material sino también los principios que lo sustentan dejarían de tener importancia en el proceso penal. Pero, con ello se distorsiona la razón de ser del proceso penal, o se cae en meros formalismos, con el riesgo incluso de llegar al puro autoritarismo.

m) Sin embargo, ante el riesgo anterior y la idea de prescindir de los aspectos fundamentales del proceso penal, tal vez sería oportuno aprovechar esta tendencia y pensar seriamente en otras alternativas y lograr, por ejemplo, que el principio de *ultima ratio* del derecho penal tenga verdadera observancia en nuestro sistema de justicia penal. De pensar seriamente en esta posibilidad, no habría que hacerlo solo con relación a los juicios orales, como se desprende del CNPP, sino

también con relación a todo el sistema de justicia penal. Pero, es evidente que para lograr dicho objetivo, habría que hacerlo no con los mecanismos que prevé el CNPP sino diseñando algo mejor y más funcional que el actual sistema de justicia penal.

VI. Bibliografía

- Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio: *Litigación penal, Juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica e INACIPE, México, 2004.
- Blanco Suárez, Rafael et al: *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.
- Elías Urquides, Gabriel: “Teoría del caso y elementos substanciales del delito en la etapa preliminar del nuevo proceso penal mexicano”, en *Cultura Constitucional, Cultura de Libertades*.
- González Obregón, Diana Cristal: “La teoría del caso en el procedimiento penal acusatorio mexicano”, en *Cultura Constitucional, Cultura de Libertades*, SETEC-SEGOB, México, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, José Luis de Palma, Editor, Buenos Aires, 2003.
- Nataren N., Carlos F., Ramírez Saavedra, Beatriz E.: *Aspectos relevantes de la litigación oral en el nuevo proceso penal acusatorio*, Colección Vanguardia en Ciencias Penales 4, IFP, Ubijus, México, 2008.
- _____: *Litigación oral y práctica forense penal*, Oxford, México, 2009.
- Roxin, Claus: *Strafverfahrensrecht*, 22. Auflage, Verlag CHBeck, München, 1991.

- Velásquez V., Fernando: “Ley procesal penal y dogmática jurídica”, en Félix Cárdenas, R. et al, *Dogmática jurídico-penal y Ley Procesal penal, “Vínculo inescindible”*, Colección Sistema Acusatorio, Félix Cárdenas S.C., Ubijus, México, 2010.

El interés legítimo en el Juicio de Amparo. Notas sobre los primeros criterios conceptuales del Poder Judicial de la Federación

*MIGUEL PÉREZ LÓPEZ **

*A la familia Céspedes Dorantes,
con afecto*

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho de los particulares a la legalidad y la protección de sus intereses jurídicos y legítimos. III. El interés legítimo en el juicio de amparo. IV. El concepto de interés legítimo en el amparo, al tenor de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El objeto de este estudio es exponer cómo el interés legítimo se ha incorporado como una categoría conceptual del proceso de amparo, en virtud de la reforma constitucional publicada el 6 de junio de 2011, que lo reconoce como base de legitimación para solicitar la protección de la justicia federal, o sea el interés legítimo deviene un presupuesto procesal del amparo, en especial el indirecto, con exclusión de cuestiones procesales, cuestión asumida en la nueva Ley de Amparo¹.

* Miembro de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública; Profesor Investigador de *Teoría Constitucional y Derecho Procesal Administrativo*, Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, y Secretario Académico de la División de Ciencias Sociales y Humanidades de la UAM-Azcapotzalco.

¹ *Diario Oficial de la Federación* de 2 de abril de 2013.

Estas modestas notas pretenden aportar antecedentes y referencias para ubicar las coordenadas constitucionales y legales del interés legítimo, que ahora se pueden hacer valer al promover la acción de amparo, así como exponer los primeros criterios formulados por el Poder Judicial de la Federación, que tienen por objeto ubicar conceptualmente al interés legítimo, en especial mediante la comparación con el interés jurídico.

II. El derecho de los particulares a la legalidad y la protección de sus intereses jurídicos y legítimos

A. En busca del interés legítimo

Los particulares tienen frente a la administración pública un derecho de características formales, consistente en que los actos emitidos por la autoridad administrativa, deben provenir de autoridad competente para emitirlo conforme lo disponga la ley por lo cual resulta limitada a que la emisión tenga apoyo en esa competencia, y que el acto esté circunscrito a un ritual que proporcione seguridad al particular (constancia escrita, firma del servidor público, identificación del mismo, notificación formal, por lo menos), señalamiento de las causas de hecho que han provocado la actuación de la autoridad, invocación de los preceptos de derecho aplicables al caso concreto, vinculación estricta de la motivación y fundamentación señaladas en el cuerpo del acto administrativo, y respeto a las formalidades secuenciales y concatenadas del procedimiento que sirve como cauce por el cual fluye tanto el actuar del gobernante, sino también la intervención del administrado.

En el sistema jurídico mexicano este derecho subjetivo público a la legalidad lo desprendemos del

primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que viene a ser la piedra angular del Estado de Derecho al que aspiramos.

Este derecho resulta de una aplicabilidad amplia, no solo para la autoridad administrativa, sino también para las autoridades legislativas y judiciales. El eminente jurista Antonio Carrillo Flores llegó a proponer que, además de esa garantía y de la de audiencia, se proveyera a la Ley fundamental de un capítulo de garantías sustanciales y procesales para el particular tipificado como administrado, a efecto de proporcionarle los medios para, si fuera el caso, hacer frente a la autoridad administrativa².

Los derechos de audiencia y a la legalidad de los actos administrativos que poseen los gobernados se han abocado a la protección de sus intereses jurídicos, principalmente, aunque ha sido creciente la extensión de esa protección de los intereses legítimos, como son los casos de la Ley de Procedimiento Administrativo y de la Ley Orgánica del Tribunal Contencioso Administrativo, ambas del Distrito Federal, y del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México.

En la fracción XIII, del artículo 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal se define de la siguiente manera el interés legítimo:

Derecho de los particulares vinculado con el interés público y protegido por el orden jurídico, que les confiere la facultad para activar la actuación pública administrativa, respecto de alguna pretensión en particular;

² Carrillo Flores, A.: *La Justicia...* cit., p. 20. Sobre el derecho constitucional a la legalidad cf. Ovalle Favela, J.: *Garantías...* cit., pp. 180-203.

Por otro lado, el artículo 231 del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México distingue y define los intereses jurídicos y legítimos de la siguiente manera:

Solo podrán intervenir en juicio los particulares que tengan un interés jurídico o legítimo que funde su pretensión. Tienen interés jurídico los titulares de un derecho subjetivo público e interés legítimo quienes invoquen situaciones de hecho protegidas por el orden jurídico, tanto de un sujeto determinado como de los integrantes de un grupo de individuos, diferenciados del conjunto general de la sociedad.

Estas definiciones legales abren amplias posibilidades de debate para penetrar en la problemática de los intereses legítimos, que, a su vez, permitirán el análisis de la factibilidad de despejar el camino para establecer mecanismos de protección y restitución de los llamados intereses difusos y colectivos³.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, bajo la vigencia de su primera Ley de 1971, elaboró la siguiente tesis de jurisprudencia:

INTERÉS LEGÍTIMO. PARA EJERCITAR LA ACCIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SÓLO SE REQUIERE EL.- El artículo 32 de la Ley del Tribunal no exige la existencia de un interés jurídico para demandar en el juicio contencioso administrativo, sino de un interés legítimo, para cuya existencia no es necesaria la afectación de un derecho subjetivo, ya que basta la lesión objetiva al particular derivada de la aplicación de la Ley.

Resoluciones dictadas con fechas 30 de agosto de 1973, 31 de enero de 1974, 29 de octubre de 1974,

³ Cfr. Hernández Martínez, M. P.: *Mecanismos...* cit.

11 de mayo de 1976 y 20 de julio de 1976, en los Recursos de Revisión números 14/73 (juicio N° 625/73), 19/73 (juicio N° 818/73), 48/74 (juicio No. 577/74), 4/76 (juicio N° 1305/ 75) y 7/76 (juicio N° 1201/75), respectivamente⁴.

Este precepto de la Ley de 1971⁵ fue objeto de constantes reformas, que validaban el interés jurídico y reivindicaban el interés legítimo, que fue objeto de punzantes comentarios del eminente doctrinario y ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, don Genaro David Góngora Pimentel⁶. Mismos avatares padeció la Ley del Tribunal de 1995⁷, los que afortunadamente se han detenido en la vigente de 2009⁸.

En la doctrina mexicana encontramos una constante preocupación por definir a los intereses simples, jurídicos y legítimos. Así tenemos el intento de sistematización formulado por Jean Claude Tron Petit y Cristina Fuentes Macías⁹:

a) El **interés simple** es la pretensión, motivo o estímulo que puede tener cualquier sujeto respecto de una cosa o conducta, actualizado cuando en la regulación jurídica general no se establece ningún tipo de facultades en los supuestos normativos para exigir la satisfacción de una pretensión, sino que solo algún o algunos individuos tienen la facultad de incoar un procedimiento de investigación a través de una denuncia.

⁴ *Gaceta Oficial del Departamento del Distrito Federal*, noviembre 1º de 1976 (Primera época, Instancia: Pleno, TCADF).

⁵ *Diario Oficial de la Federación* de 17 de marzo de 1971.

⁶ Góngora Pimentel, G.: *Introducción...* cit., pp. 68-73.

⁷ *Diario Oficial de la Federación* de 19 de diciembre de 1995.

⁸ *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 10 de septiembre de 2009. Cfr. Pérez López, M.: “Un nuevo...”, cit., pp. 925-942.

⁹ Tron Petit, J. C. y Fuentes Macías, C.: “El interés...” cit., pp. 95-107.

b) El **interés jurídico** existe cuando una norma jurídica específica (constitucional, legal o contractual) otorga un derecho específico a un individuo, quien a partir de dicha norma gozará de la protección frente a cualquier persona o autoridad, en relación con dicho derecho, siempre y cuando se satisfagan estas condiciones: 1) la existencia de un derecho subjetivo, público o privado, exclusivo, actual y directo; 2) que dicho derecho tenga un reconocimiento por la ley, misma que lo protegerá; 3) sea posible la violación del derecho (supuesto legal de incumplimiento); y 4) la previsión de una protección legal *que se resuelva en la aptitud de su titular para exigir del obligado su satisfacción mediante la prestación debida.*

c) El **interés legítimo** está concebido para las personas integrantes de un grupo definido y calificado legalmente, lo que permite su diferenciación objetiva, *por la que se vean indirectamente beneficiadas o perjudicadas con el incumplimiento de ciertas reglas de derecho objetivo, bien sea porque vean obstaculizada la posibilidad de alcanzar o consumar ciertas posiciones, estatutos o prerrogativas; o bien, porque sean privados de las ventajas ya logradas o que pudieran haber obtenido si la conducta de una autoridad se hubiera realizado dentro del orden jurídico correspondiente, y a pesar de que no sean titulares de derechos subjetivos perfectos.*

Tron Petit y Fuentes Macías concluyen en considerar que el interés legítimo busca tutelar la legalidad del actuar de la administración a través de sancionar con la nulidad todos los actos que violenten esa legalidad, en términos de mayor generalidad que el interés jurídico.

B. El interés legítimo en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, previo a las reformas en materia de amparo

Desde la década de los noventa del siglo XX se ha conformado un importante cuerpo de jurisprudencia de los tribunales colegiados en materia administrativa que han ido definiendo los perfiles del interés legítimo protegido por los tribunales de jurisdicción administrativa¹⁰, hasta llegar a la definición de parte

¹⁰ Cfr. las tesis I.4o.A.357 A con rubro *INTERÉS LEGÍTIMO. CONCEPTO*, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVIII, XVI, Agosto de 2002, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1309 (Amparo directo 47/2002. Víctor García León. 8 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Margarita Flores Rodríguez); I.4o.A.392 A de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO. LO TIENE EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUIEN IMPUGNA, POR ESTIMAR ILÍCITAS LA APROBACIÓN E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD Y DEL COMERCIO DEL DISTRITO FEDERAL, DIVERSOS DATOS RELATIVOS A PREDIOS COLINDANTES CON SU PROPIEDAD* en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVIII, agosto de 2003, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1768 (Amparo directo 63/2003. 8 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Margarita Flores Rodríguez); I.13o.A.74 A con rubro *INTERÉS JURÍDICO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. CONSTITUYE UN GÉNERO QUE COMPRENDE TANTO AL DERECHO SUBJETIVO COMO AL INTERÉS LEGÍTIMO, EN TANTO QUE AMBOS ESTÁN TUTELADOS POR NORMAS DE DERECHO*, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVII, Enero de 2003, p. 1802 (Amparo en revisión 186/2002. Hotel Flamingos Plaza, S.A. de C.V. 15 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Rosalba Becerril Velázquez. Secretaria: Fabiana Estrada Tena); I.4o.A.356 A de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO. SU CONEXIÓN CON LAS NORMAS DE ACCIÓN* visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVI, Agosto de 2002, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1310 (Amparo directo 47/2002. Víctor García León. 8 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Margarita Flores Rodríguez); I.13o.A.43 A de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO, CONCEPTO DE, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL*, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XV, Marzo de 2002, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1367 (Amparo directo 7413/2001. Roberto Díaz Sesma. 30 de agosto de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Rosalba Becerril Velázquez. Secretario: Everardo Maya Arias).

de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis 69/2002-SS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo, Cuarto y Décimo Tercero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito, resuelta el 15 de noviembre de 2002¹¹.

En vía de resumen, se llegó a los siguientes planteamientos:

a) El interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acremente la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.

b) No obstante la carencia de la titularidad del derecho subjetivo respectivo (interés jurídico), el reconocimiento de los intereses legítimos para ser objeto de protección jurisdiccional genera estas secuelas: permitir el acceso a la justicia administrativa a aquellos particulares afectados en su esfera jurídica por actos administrativos (interés legítimo), y así ampliar el número de particulares potenciales que pudieran incoar los procedimientos en defensa de sus intereses.

¹¹ Esta contradicción de tesis dio origen a dos jurisprudencias: a) la Tesis 2a./J. 141/2002 de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* y b) la Tesis 2a./J. 142/2002, de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL*, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVI, Diciembre de 2002, Segunda Sala, páginas 241 y 242, respectivamente, siendo ponente el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, y en su ausencia hizo suyo el asunto el ministro Juan Díaz Romero, y Secretario el Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot.

C. El interés legítimo en el contencioso administrativo federal

Antes de la reforma constitucional en materia de amparo de junio de 2011, se dio la inclusión del interés legítimo en el juicio promovido ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al modificarse los artículos 180 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente y 80., fracción I, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo¹².

En el primer dispositivo legal se reconoce que cuentan con interés legítimo, **las personas físicas o morales de las comunidades posiblemente afectadas por** obras o actividades que contravengan las disposiciones de esta ley **y de aquellas a las cuales se aplica de manera supletoria, así como de los reglamentos y normas oficiales mexicanas derivadas de las mismas**, los programas de ordenamiento ecológico, las declaratorias de áreas naturales protegidas o los reglamentos y normas oficiales mexicanas derivadas de la misma, por lo que podrán impugnar los actos administrativos correspondientes, así como exigir que se lleven a cabo las acciones necesarias para que sean observadas las disposiciones jurídicas aplicables, siempre que demuestren en el procedimiento que dichas obras o actividades originan o pueden originar un daño **al medio ambiente**, los recursos naturales, **la vida silvestre o** la salud pública. En consecuencia, tienen la opción de agotar el recurso de revisión previsto en dicha Ley General o interponer el juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Por lo que toca a la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la nueva fracción I del artículo

¹² Diario Oficial de la Federación de 28 de enero de 2011.

8º establece, con no muy precisa técnica legislativa, que el juicio ante el Tribunal Federal será improcedente contra los actos que *no afecten los intereses jurídicos del demandante, salvo en los casos de legitimación expresamente reconocida en las leyes que rigen el acto impugnado*, que hasta el momento sería el caso de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.

En el procedimiento legislativo que dio origen a la reforma, pesó la concepción de reconocer la posibilidad de que grupos sociales pudiesen formular instancias de impugnación, sin necesidad de acreditar un derecho subjetivo afectado y en consecuencia quedar relevados de demostrar el interés jurídico correspondiente¹³.

Se observa una limitación legal para la existencia del interés legítimo en los juicios administrativos federales: que esté expresamente reconocido en la ley que rija el acto impugnado, por lo que hasta este momento queda circunscrito a la materia ambiental y las materias adyacentes a esta (*v. gr.* aguas, vida silvestre, desarrollo forestal).

III. El interés legítimo en el Juicio de Amparo

A. La reforma constitucional en materia de amparo

La reforma a la Ley Suprema en materia de amparo de junio de 2011¹⁴ incorporó en la fracción I, del nuevo artículo 107 al interés legítimo como fórmula de legitimación para impetrar la acción constitucional¹⁵. Veamos de

¹³ Cfr. *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados de 7 de diciembre de 2010.

¹⁴ *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011.

¹⁵ Cfr. Fix-Zamudio, H.: y Valencia Carmona, S.: *Las reformas...* cit, pp. 55-89; Corzo Sosa, E.: *Nueva Ley...* cit., pp. 9-45; y Ferrer Mac-Gregor, E. y Sánchez Gil, R.: *El nuevo...* cit. Como un antecedente propositivo tendríamos a Zaldívar Lelo de Larrea, A.: *Hacia...* cit.

manera sucinta el desarrollo del procedimiento de la reforma en cuestión, en lo tocante a la incorporación del interés legítimo, como fórmula de legitimación del juicio protector de los derechos humanos.

1. La iniciativa

Los senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, Fernando Castro Trenti y Pedro Joaquín Coldwell, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presentaron una iniciativa de reformas y adiciones a los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución General de la República, que principalmente incidían al juicio de amparo¹⁶.

En cuanto a la fracción I, del artículo 107 constitucional, los autores de la iniciativa consideraban que el interés jurídico sirvió para legitimar la interposición del juicio de amparo, en virtud de considerarse que el acceso a los procesos debía ser correcto, al pensarse que la sociedad mexicana era altamente homogénea. Sin embargo, el pluralismo político del tiempo actual y la existencia de una lucha social para lograr la incorporación de una serie de demandas sociales al orden jurídico, obligan a superar la figura del interés jurídico como fórmula de legitimación para hacer valer la acción constitucional de amparo e introducir la del interés legítimo. Los suscriptores de la iniciativa presentaron la siguiente consideración sobre el interés legítimo:

*Se trata de una institución con un amplio desarrollo en el derecho comparado y con algunos antecedentes en el nuestro que, justamente, permite constituir como quejoso en **el amparo a aquella persona que***

¹⁶ Gaceta del Senado de 19 de marzo de 2009.

resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un derecho reconocido por el orden jurídico –interés jurídico– o, cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero sí la situación jurídica derivada del propio orden jurídico¹⁷.

Los proponentes de la iniciativa consideraron que el interés legítimo quedase excluido de la promoción del amparo contra los actos o resoluciones provenientes de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, bajo el argumento de que en esos casos son discutidas posiciones dentro de un litigio en el que las partes tienen las mismas posibilidades procesales y los mismos medios de defensa (la equidad procesal), de tal modo que *cualquier afectación de ese equilibrio por la postulación de un interés legítimo frente a otro jurídico, afectaría el equilibrio procesal que siempre es necesario mantener*¹⁸.

Como se aprecia, los promotores de la reforma constitucional se basaron en las citadas tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia que resolvieron la contradicción de tesis 69/2002-SS: la 2a./J. 141/2002, de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*, y la Tesis 2a./J. 142/2002, de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL*¹⁹.

¹⁷ El resaltado es propio de la iniciativa.

¹⁸ *Op. cit supra* nota 29.

¹⁹ *Cfr. op. cit. supra* nota 25.

2. El primer dictamen del Senado y el debate parlamentario

El dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Estudios Legislativos, de fecha 7 de diciembre de 2009, prácticamente transcribe, en su parte considerativa, la relativa al interés legítimo de la exposición de motivos de la iniciativa.

En la sesión del pleno del Senado del 10 de diciembre de 2009, solo el senador Ricardo Monreal Ávila, del Partido del Trabajo, hizo referencia a la inclusión del interés legítimo, identificándolo como la creación de una especie de *amparo colectivo*.

3. Dictamen en la Cámara de Diputados

La Comisión de Puntos Constitucionales elaboró el dictamen que proponía la aprobación del proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de amparo, lo cual ocurrió en el pleno de la Cámara de Diputados, en su sesión del 7 de diciembre de 2010.

El proyecto fue devuelto a la Cámara de Senadores para los efectos de lo dispuesto en el artículo 72, inciso e) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual lo aprueba el 13 de diciembre de 2010, y lo remite a las legislaturas de los estados para los efectos constitucionales.

El decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de amparo, apareció publicado en el *Diario Oficial de la Federación* apareció publicado el 6 de junio de 2011. Para el objeto

de estas notas tenemos que del contenido de la nueva fracción I, del artículo 107 constitucional, se prevé que el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho, o sea que el quejoso acredite un interés jurídico, o es poseedor de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa *o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico*, con la exclusión de que el interés legítimo resultará inoperante en el caso de promoverse el juicio de amparo contra actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

De la exposición anterior se puede ver que los autores de la reforma constitucional de amparo que agregó la figura del interés legítimo como fórmula de legitimación para impetrar la acción constitucional, a fin de reparar violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Constitución General de la República y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, aun sin reconocerlo explícitamente, tomaron elementos doctrinales y jurisprudenciales desarrollados en el tratamiento legal del procedimiento administrativo (como en las leyes de procedimiento administrativo del Distrito Federal y del Estado de México) y de la jurisdicción administrativa, tanto federal como en los tribunales de lo contencioso administrativo locales del Distrito Federal y de algunos estados de la Unión²⁰.

²⁰ Cfr. Pérez López, M.: “El arribo...” cit., pp. 475-506.

B. La nueva Ley de Amparo

1. Sinopsis del procedimiento legislativo

La iniciativa de decreto que expedía una nueva Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como reformar y adicionar diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, fue presentada el 15 de febrero de 2011 ante el Pleno de la Cámara de Senadores, aprobada en la sesión de 11 de octubre de 2011 y remitida a la colegisladora.

La Cámara de Diputados aprobó el proyecto de decreto con modificaciones el 12 de febrero de 2013. El Senado aprobó el proyecto y sus modificaciones en su sesión del 20 de marzo del mismo año. El decreto promulgatorio de la nueva Ley de Amparo y de las reformas legales que resultaban concomitantes apareció publicado el 2 de abril de 2013.

2. El interés legítimo en la nueva Ley de Amparo

En la fracción I, del artículo 5o. de la Ley de Amparo aparece la referencia del interés legítimo cuando es definida la figura del quejoso: tendrá dicho carácter la persona que aduce la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo *siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1 de la presente Ley*

y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Dicho precepto aclara que el interés simple *en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo*; que la autoridad no podrá invocar interés legítimo y la exclusión del interés legítimo para el supuesto de la promoción de la acción constitucional contra actos o resoluciones emitidas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, pues en estos casos el quejoso deberá aducir la titularidad de un derechos subjetivo afectado de manera personal y directa. Como complemento procesal de este reconocimiento del interés legítimo, es la configuración (mas bien reconstrucción) de la improcedencia del juicio de amparo para el caso de actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso (artículo 61, fracción XII de la Ley de Amparo de 2013).

IV. El concepto de interés legítimo en el amparo, al tenor de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación

En el corto tiempo de aplicación de la nueva Ley de Amparo, ya se cuenta con criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación, dentro de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, que a pesar de su corto número, inauguran los intentos por clarificar la categoría del interés legítimo como presupuesto procesal de la acción de amparo. Para tal efecto, se expondrán las tesis pioneras en la definición del interés legítimo en el juicio de amparo y los efectos que pudieran generar, dejando aparte aquellos criterios que particularizan la aplicación del concepto del interés legítimo para estudio aparte, como son las recientes

tesis relativas al interés legítimo en el amparo contra normas de alcance general.

De dos casos sometidos al conocimiento del Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, se han derivado tres tesis aisladas cuya temática gira alrededor de la definición y efectos del interés legítimo en el amparo. En primer término, tenemos la tesis *INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA SI AL ADELANTAR LA EVENTUAL CONCESIÓN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL SE APRECIA QUE SE RESTITUIRÁ AL QUEJOSO EN EL GOCE DE ALGÚN DERECHO CONCRETO*²¹, por cierto generada previa a la expedición de la nueva Ley de Amparo, donde se considera que el interés legítimo está basado primordialmente *en la existencia de un interés de mayor dimensión que el simple, es decir, en un interés cualificado, actual y real, que se traduce en que el acto reclamado afecte la esfera jurídica concreta del gobernado por virtud de la especial situación que este guarde en relación con el orden jurídico*, siendo necesario para la configuración de dicho interés que se esté ante una afectación *por lo menos indirecta –dentro de un parámetro de razonabilidad y no sólo de mera probabilidad– en la esfera jurídica del particular, derivada del acto reclamado, de suerte que si al adelantar la eventual concesión de la protección constitucional en el juicio de amparo se aprecia que se restituirá al quejoso en el goce de algún derecho concreto, se actualiza en su favor un interés legítimo, es decir, éste existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habrá de colocar al accionante en condiciones de conseguir un determinado beneficio*.

²¹ Tesis IX.2o.1 K (10a.) publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Materia Común, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1796.

La segunda tesis de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. CARECE DE ÉL QUIEN OSTENTÁNDOSE ÚNICAMENTE COMO CIUDADANO DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ, RECLAMA LA DETERMINACIÓN QUE APRUEBA LA REINCORPORACIÓN DE UN MAGISTRADO DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA A SUS LABORES DESPUÉS DE QUE, CON MOTIVO DE UNA LICENCIA, OCUPÓ EL CARGO DE SECRETARIO DE DESPACHO EN EL GOBIERNO LOCAL, PORQUE ADUCE QUE DEBIDO A ESTE NOMBRAMIENTO DEJÓ DE CUMPLIR CON EL REQUISITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 99, FRACCIÓN VI, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA ENTIDAD*²², después de exponer los criterios doctrinales formulados por el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor²³ y los orígenes del interés legítimo en el derecho administrativo, el Tribunal Colegiado de Circuito estimó que *el interés legítimo para promover el juicio de amparo no llega al grado de requerir la afectación de un derecho subjetivo, pero tampoco es posible que toda persona, a pesar de que no se vea lesionada en su esfera jurídica, pueda promoverlo, porque esto lo tornaría en un control abstracto o preventivo y no en un medio reparador de violaciones, por lo que no basta el interés abstracto en la legalidad de los actos de autoridad para considerar existente un interés legítimo.*

La tercera de las tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, identificada con el rubro *INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. CARECE DE ÉL QUIEN MANIFIESTA QUE UN ACTO VIOLA EN SU PERJUICIO EL DERECHO HUMANO DE LA*

²² Tesis IX.2o.2 A (10a.) publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Materia Común, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1793.

²³ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, E.: *Juicio...* cit.

SOCIEDAD DE CONTAR CON SERVIDORES IDÓNEOS PARA DESEMPEÑARSE COMO JUZGADORES, LOS CUALES ASEGUREN UNA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA IMPARCIAL, SIN PRETENDER UN BENEFICIO DIRECTO O INDIRECTO EN SU ESFERA JURÍDICA INDIVIDUAL²⁴, más que definir los contornos del interés legítimo, determina cómo la invocación de derechos abstractos por parte de los quejosos, de ninguna forma actualiza la figura de los intereses legítimos, ya que ello traería como consecuencia *la existencia de un número indeterminable de procedimientos*²⁵.

Vinculada con este último criterio, aparece la tesis de la Primera Sala, identificada con el rubro *INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE*²⁶, de la que fue ponente el ministro José Ramón Cossío Díaz, en la que advierte que la adopción del interés legítimo no significa una apertura absoluta *para que por cualquier motivo se acuda al juicio de amparo, ya que el Constituyente Permanente introdujo un concepto jurídico mediante el cual se exige al quejoso que demuestre algo más que un interés simple*

²⁴ Tesis IX.2o.2 K (10a.) publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Materia Común, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1792.

²⁵ En sentido similar a este criterio, resulta el contenido de la tesis aislada IV.2o.A.26 K (10a.) IV.2o.A.26 K (10a.) del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. CARECEN DE ÉL LOS CIUDADANOS PARA PROMOVER AMPARO CONTRA LA CREACIÓN DE LAS OFICINAS DE ENLACE LEGISLATIVO POR EL CONGRESO DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN Y LA ASIGNACIÓN DE UNA PARTIDA PRESUPUESTARIA PARA SU FUNCIONAMIENTO*, publicada en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 2, Materia Común, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1442.

²⁶ Tesis 1a. XLIII/2013 (10a.) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1, Materia Común, Primera Sala, p. 822.

o jurídicamente irrelevante, entendido este como el que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado pero que, en caso de satisfacerse, no se traducirá en un beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido. En dicha tesis, encontramos una definición del interés legítimo: ...aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra²⁷.

Del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito se obtiene una tesis definitoria del interés legítimo, de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO. EN QUÉ CONSISTE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO*²⁸, cuyo meridiano contenido es necesario transcribir en sus términos:

*El interés legítimo, para efectos de la procedencia del juicio de amparo, consiste en **el poder de***

²⁷ Seguidora del contenido de esta tesis de la Primera Sala viene a ser la tesis aislada del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, marcada como la Tesis: IV.1o.A.7 K (10a.), con el rubro *INTERÉS LEGÍTIMO. EL RECLAMO DE UNA OMISIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE OBLIGA AL QUEJOSO A EXPRESAR EL BENEFICIO QUE PUDIERA OBTENER DE RESULTAR BENEFICIADO DE CONCEDERSE EL AMPARO INTERÉS LEGÍTIMO. EL RECLAMO DE UNA OMISIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE OBLIGA AL QUEJOSO A EXPRESAR EL BENEFICIO QUE PUDIERA OBTENER DE RESULTAR BENEFICIADO DE CONCEDERSE EL AMPARO*, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II, Materia Común, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1813.

²⁸ Tesis I.4o.A.3 K (10a.) del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 3, Materia Común, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1908.

exigencia con que cuenta un sujeto, que si bien no se traduce en un derecho subjetivo, permite reconocerle la facultad de impugnar la actuación o la omisión de una autoridad en orden a la afectación que ello le genera, al no acatar lo previsto por determinadas disposiciones jurídicas que le reportan una situación favorable o ventajosa. Dicho en otras palabras, es **la pretensión o poder de exigencia que deriva de una lesión o principio de afectación a la esfera jurídica de un gobernado, generada por un acto de autoridad y sus consecuencias, cuya anulación o declaratoria de ilegalidad trae consigo una ventaja para este, por hallarse en una situación especial o cualificada**²⁹.

Esta tesis, derivada de la ponencia del magistrado Patricio González-Loyola Pérez, es deudora de las generadas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al definir la categorización del interés jurídico sustentada en la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

También relacionada con las citadas tesis jurisprudenciales de la Segunda Sala, en cuanto a tratar al interés legítimo con las llamadas normas de acción, tenemos a la tesis de rubro *INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS*, del Quinto

²⁹ Relacionada con la argumentación de la tesis transcrita, con aplicación al campo civil, tenemos a la tesis I.13o.C.12 C (10a.), de rubro *INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO. SUS DIFERENCIAS EN MATERIA CIVIL*, del Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III, Materia Común, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 2040 (subrayados míos).

Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región³⁰.

Más cercana a las motivaciones de la reforma constitucional en materia de amparo de junio de 2011, es la jurisprudencia del Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, bajo el rubro *INTERÉS JURÍDICO O INTERÉS LEGÍTIMO COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SUS CARACTERÍSTICAS*³¹, que ilustra las características diferenciadoras entre el interés jurídico y el interés legítimo:

a) En el interés jurídico, el agravio debe ser personal y directo;

b) En el interés legítimo no se requieren dichas exigencias, pues la afectación a la esfera jurídica puede ser directa o en virtud de la especial situación del gobernado frente al orden jurídico (indirecta) y, además, provenir de un interés individual o colectivo.

En el mismo sentido de la anterior y con mayor precisión técnica en cuanto a vincular al interés legítimo con la legitimación del quejoso, aparece la tesis aislada 2a. LXXX/2013 (10a.) de la Segunda Sala del Máximo Tribunal de la República, señalada con el rubro *INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN*

³⁰ Tesis XXVI.5o.(V Región) 14 K (10a.) publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, Materia Común, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1182.

³¹ Tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/4 (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIX, Tomo 3, abril de 2013, Tribunales Colegiados de Circuito Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Común, p. 1807.

*POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*³², de cuyo cuerpo resalta lo siguiente:

a) El quejoso debe acreditar fehacientemente el interés jurídico o legítimo y no inferirse con base en presunciones.

b) En cuanto a los elementos constitutivos del interés jurídico deberá demostrarse 1) la existencia del derecho subjetivo que se arguye vulnerado, y 2) que el acto de autoridad afecta ese derecho.

c) Para acreditar el interés legítimo resultara necesario que: 1) exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada; 2) el acto reclamado transgreda dicho interés difuso, sea individual o colectivo; y 3) el quejoso provenga de esa colectividad. Este último inciso se apoya en el argumento de que el interés legítimo *supone una afectación jurídica al quejoso, este debe demostrar su pertenencia al grupo que en específico sufrió o sufre el agravio que se aduce en la demanda de amparo. Sobre el particular, es dable indicar que los elementos constitutivos destacados son concurrentes, por tanto, basta la ausencia de alguno de ellos para que el medio de defensa intentado sea improcedente*³³.

³² Tesis 2a. LXXX/2013 (10a.) publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, Tomo 1, Materia Común, Segunda Sala, p. 1854 (Amparo en revisión 256/2013. Luis Miguel Padilla Martínez. 7 de agosto de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Fernando Franco González Salas y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Lourdes Margarita García Galicia).

³³ Relacionadas con este criterio de la Segunda Sala son la tesis III.4o.(III Región) 17 K (10a.), de rubro *INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO CONCRETO QUE DEBE UTILIZAR EL JUEZ PARA SU DETERMINACIÓN*, del Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en

V. Conclusiones

De la anterior exposición, desprendo las siguientes conclusiones:

Primera. Durante largo tiempo, los intereses de los particulares fueron calificados como *jurídicos* (asimilados al concepto jurídico fundamental del *derecho subjetivo* y *simples*). Los primeros gozaban de una protección expresa del ordenamiento jurídico, mientras los intereses simples resultaban aquellos que satisfacían materialmente a los particulares, sin posibilidad de exigir jurídicamente su cumplimiento. En la segunda mitad del siglo XX, surgieron reconocidos los intereses *legítimos* como aquellas cuestiones que satisfacen necesidades particulares o colectivas que, sin encontrarse expresamente señaladas en el ordenamiento jurídico, es posible que sean susceptibles de protección jurídica, sea por los órganos del poder público encargados de aplicar la ley (sea el juzgador o inclusive la autoridad administrativa), requiriéndose una apertura de criterio para su consideración o no.

Segunda. En nuestro medio jurídico, las primeras disposiciones normativas que reconocieron el interés legítimo fueron la primera Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal

Guadalajara, Jalisco, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV, Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Común, p. 3074, y la tesis (I Región)80.22 A (10a.) del Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, con residencia en Naucalpan de Juárez, Estado de México, de rubro **ACUERDO 16/2013 POR EL QUE SE EXPIDE EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN POLICIAL DE LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL PARA EL CONTROL DE MULTITUDES. SU SOLA VIGENCIA ES INSUFICIENTE PARA DEMOSTRAR EL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO DE QUIENES AFIRMAN ENCONTRARSE EN LOS SUPUESTOS QUE REGULA**, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II, Materia Común, p. 1502.

(1971) y en otros ordenamientos locales reguladores del procedimiento administrativo y de la jurisdicción administrativa, lo que llevó a su definición y reconocimiento jurisprudencial, de parte de la Segunda Sala del más alto Tribunal de la República, la cual podemos considerar que dio inicio al debate sobre dicha figura.

Tercera. Los antecedentes mencionados, sin duda, influyeron en el procedimiento revisor de la Constitución que dieron origen a las reformas y adiciones en materia de amparo de 2011, donde la nueva fracción I, del artículo 107 de la Ley Suprema de la Unión establece que el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho (el típico interés jurídico) o de un *interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y *con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico*, lo que ha sido tomado en cuenta en la nueva Ley de Amparo y por los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, para iniciar la exhaustiva tarea de definir el perfil del interés legítimo como presupuesto procesal del juicio de amparo, en una primera etapa que trata de reconocer sus alcances individual y colectivo, y su diferenciación con respecto al interés jurídico. Sin duda, estamos ante el inicio de un largo y sinuoso camino jurisprudencial sobre el interés legítimo.

VI. Bibliografía

- Carrillo Flores, Antonio: *La Justicia Federal y la Administración Pública*, 2^a edición. México, Editorial Porrúa, 1973.

- Corzo Sosa, Édgar: *Nueva Ley de Amparo 2013.* México, Tirant lo Blanch, 2013.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén: *El nuevo juicio de amparo.* México, Editorial Porrúa-UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Juicio de Amparo e Interés Legítimo: La tutela de los Derechos Difusos y Colectivos,* 2a. ed. México, Editorial Porrúa, 2004.
- Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador: *Las reformas en Derechos Humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional.* México, Editorial Porrúa-UNAM, 2013.
- Góngora Pimentel, Genaro: *Introducción al estudio del juicio de amparo,* 4a. ed. México, Editorial Porrúa, 1992.
- Hernández Martínez, María del Pilar: *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos.* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- Ovalle Favela, José: *Garantías Constitucionales del Proceso.* México, Editorial Mc Graw Hill, 1996.
- Pérez López, Miguel: “El arribo del interés legítimo al juicio de amparo” en Cienfuegos Salgado, David y Guinto López, Jesús Boanerges: *El derecho mexicano contemporáneo: retos y dilemas, Estudios en homenaje a César Esquinca Muñoz.* México, Fundación Académica Guerrerense-Universidad Autónoma de Chiapas-El Colegio de Guerrero, 2012.

- Pérez López, Miguel: “Un nuevo capítulo de la jurisdicción administrativa de la Ciudad de México. Apuntamientos sobre la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 128, mayo-agosto de 2010, (*vid.* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/128/e1/e11.pdf>).
- Tron Petit, Jean Claude y Fuentes Macías, Cristina: “El interés en el derecho mexicano” en *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, volumen I, número 5, junio de 1997.
- Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo: *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002.

Los derechos de las víctimas

*HÉCTOR H. COVARRUBIAS FLORES**

Las víctimas tienen derecho a la memoria. Este derecho es inseparable de la dignidad personal de las víctimas, del reconocimiento de sus derechos e intereses legítimos y del derecho de estas a la verdad¹.

RESUMEN: El presente opúsculo nos ofrece un acercamiento al marco jurídico nacional, estatal e internacional de los derechos de las víctimas del delito y por abuso de poder; se identifica a las autoridades encargadas de brindar la atención y el asesoramiento a los afectados por ilícitos; se precisan algunos derechos que tiene la víctima en la averiguación previa, en el proceso penal, su legitimación para acudir al amparo e incluso de ser necesario, acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para presentar quejas por violaciones a derechos fundamentales. Sirvan de referencia dichos datos para sensibilizar al lector en la importancia que hoy en día tienen las víctimas del delito, habida cuenta, de que no solo se busca una sentencia que les haga justicia, sino, además, que realmente se les repare el daño causado en su persona, bienes y familia.

* Asesor Jurídico Federal.

¹ Fernández, C., *El derecho...* cit., p. 272.

SUMARIO: I. ¿Qué se entiende por víctimas? II. ¿La Constitución reconoce derechos para las víctimas? III. ¿Cuáles son los derechos de las víctimas en cada etapa del proceso penal? IV. ¿Cuáles son las medidas cautelares que tiene la víctima? V. ¿Quién defiende y atiende a las víctimas? VI. Una mirada al marco jurídico de los derechos las víctimas en el Estado de Veracruz. VII. Protección de las víctimas en el derecho internacional. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. ¿Qué se entiende por víctimas?

En una primera aproximación, la Real Academia Española señala entre sus diversas acepciones que la víctima² es la persona que padece un daño por culpa ajena o por accidente fortuito; por su parte el criminólogo Luis Rodríguez Manzanera³, al tratar el tema de la victimología, describe a la víctima como el sujeto pasivo del delito y también las personas que son afectadas por el ilícito, precisa que son todos aquellos sujetos que sufren un mal por culpa ajena o propia, señala, son los perjudicados que padecen por una conducta antisocial, los describe como sujetos innocuos, inofensivas y pasivas.

Mendelsohn, citado por Rodríguez Manzanera, señala que hay dos tipos de víctimas, las totalmente inocentes hasta las definitivamente culpables, pasando por víctimas provocadoras, imprudentes, voluntarias, ignorantes, agresoras, simuladoras e imaginarias.

² Vid. <http://lema.rae.es/drae/?vel=V%C3%8DCTIMA>, consultado el 18 de septiembre del 2013.

³ Rodríguez Manzanera, L.: *Criminología...* cit., pp.73-76.

Mauricio Farah Gebara⁴, a propósito de las víctimas inocentes, describe el panorama actual y señala que son:

Aquellas que mueren por el fuego cruzado o por la violencia ciega que camina por calles y plazas, alentada por la impunidad, y que sin razón ni motivo, arrasa con vidas ajenas al conflicto y a la delincuencia.

Es de comentar que tanto estudiosos del derecho como en las legislaciones vigentes, el concepto de víctimas del delito lo toman como válido y universalmente aceptado el de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985⁵, que textualmente define:

Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violan la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Podrá considerarse víctima a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación

⁴ Farah Gebara, M.: *No más víctimas...* cit., p. 10.

⁵ Cfr. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm>, consultado el 18 de septiembre del 2013.

inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

De todo lo expuesto, se tiene que la víctima es la persona afectada física, mental y materialmente por hechos delictivos, considerándose así también a los ofendidos de la víctima ya sea familiares inmediatos (padres, cónyuge, hijos o hermanos) o personas ajenas que por alguna circunstancia resultaron con lesiones físicas, mentales o materiales, por la conducta antisocial, aclarando que el presente tema se reduce a la víctima del delito y por reconocimiento internacional a las víctimas por abuso del poder.

II. ¿La Constitución reconoce derechos para las víctimas?

A partir de la reforma al artículo 20 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio del 2008, se estableció un catálogo de los derechos de la víctima, en el apartado C, en el cual tanto a la víctima como a los ofendidos por una conducta antisocial, les asiste el derecho a ser socorridos por un asesor jurídico; a coadyuvar ante el Ministerio Público; a recibir atención médica y psicológica; así como a que se les repare el daño.

Tratándose de menores de edad, de víctimas del delito de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada o, cuando a juicio del juzgador, debe asegurarse la identidad y los datos personales de los perjudicados. También tienen derecho a solicitar medidas cautelares para la protección y restitución de sus derechos. En los supuestos de que no se ejercite acción penal o se envié la averiguación previa o ministerial a la reserva, o el Ministerio Público se desista

de la acción penal, o simplemente no está satisfecho en la reparación del daño, la víctima podrá impugnar ante la autoridad judicial.

Cabe señalar que los derechos de las víctimas, están consolidados en la reforma a los derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de junio del 2011, que incorpora su reconocimiento en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte y que haya ratificado, obligándose el Estado mexicano a promover, respetar, proteger, garantizar, sancionar y reparar los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

Es de observarse que la Constitución no define a las víctimas, solo señala sus derechos y quiénes comprenden este término, incluyendo a los ofendidos del delito. A propósito, Vidaurri⁶ nos ilustra señalando que cualquiera puede ser víctima, por cuestiones circunstanciales de tipo personal o grupos; acota que los especialistas señalan a la población vulnerable en primer término, como son mujeres, menores de edad, ancianos y personas que viven en condiciones de marginación social; agrega que los especialistas en criminología coinciden en señalar a las mujeres, niñas y niños, ancianos y gente marginada, como grupos de alto nivel de riesgo de victimización.

En cuanto a la invocación de la Constitución respecto de los derechos de las víctimas, se ha constitucionalizado la figura de la acción penal privada⁷ a que se hace referencia en los artículos 20, Apartado C y 21, de nuestra Carta Magna, con ello se considera que va a privilegiar la mediación en aquellos ilícitos

⁶ Vidaurri Aréchiga, M.: *Compendio temático...*cit., p. 153.

⁷ Hermoso Larragoiti, HA.: *Del sistema inquisitorio...*, cit., p. 650.

perseguibles por querella o cuantía menor, o en su defecto dar la oportunidad a la víctima en igualdad de circunstancias con el imputado, de participar de manera activa en el procedimiento penal.

La realidad de las cosas, es de señalar, que las víctimas del delito, sobre todo del de secuestro, o de cualquier otro hecho reprochable, donde tiene que ver la delincuencia organizada, lo que menos quieren saber es de trámites legales, de audiencias, de diligencias, de careos o ampliaciones de declaración por temor fundado, de ser presa fácil de nueva cuenta de la ola de crímenes que imperan en la sociedad, es decir, desean que se les respete su derecho a la privacidad, motivo por el cual los asesores especializados en atención víctimas del delito tienen una responsabilidad doble, por un lado vigilar el debido proceso a favor del ofendido y, por el otro, estar al pendiente de solicitar la reparación del daño que proceda.

III. ¿Cuáles son los derechos de las víctimas en cada etapa del proceso penal?

Primeramente, es de mencionarse que ha quedado abrogado el Código Federal de Procedimientos Penales, como se desprende del artículo Transitorio Tercero, del Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo del 2014; sin embargo, en el mismo, se señala que las causas penales que se encuentran en trámite, continuarán en vigor con la legislación aplicable al momento del inicio de los mismos, de ahí que sea necesario, traer a colación el artículo 141, del Código Federal de Procedimientos Penales, mismo que señala las prerrogativas de la víctima del delito en la averiguación previa, en el proceso penal y en la ejecución de sanciones, los cuales se comentan a continuación.

A. Averiguación previa

En general la víctima debe recibir asesoría jurídica en relación con sus denuncias y querellas para la defensa de sus intereses. También se le debe informar sobre el desarrollo de la investigación ministerial y de las consecuencias legales de sus actuaciones; por ejemplo, los alcances de la figura jurídica del perdón en el caso de que sea procedente otorgarlo.

En dicha instancia siempre se le debe atender con atención y respeto a su dignidad humana; es decir, recibir un trato sin discriminación motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, de salud, de religión, de opinión, de preferencias sexuales, por el estado civil de las personas, o cualquier otra que atente con menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Los impetrantes de justicia deben acceder de manera pronta, gratuita e imparcial respecto de sus denuncias y querellas. Ser asistidos por persona o abogado de su confianza sin que ello implique una representación. Cuando se trate de víctimas que sean menores o incapaces, podrán ser acompañados por quien ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

Algo muy importante, tienen derecho a recibir copia simple o certificada de sus declaraciones y su denuncia o querella en forma gratuita, cuando lo solicite, dicha garantía resulta importante, como es sabido, el Ministerio Público, por regla general niega copias de las diligencias en la averiguación previa, escudándose en la secrecia ministerial, de no revelar datos que puedan estropear la investigación.

En los casos de personas que pertenezcan a un grupo étnico o se trate de personas que no conozcan el idioma español se les asistirá con un intérprete, de

igual forma cuando se trate de alguna discapacidad para oír o hablar, en estos casos, es de comentar que el Instituto Federal de Defensoría Pública, ya cuenta con abogados que hablan alguna lengua madre de los pueblos originarios de México, por lo que toca a intérpretes para asistir a personas sordomudas, se deberán implementar los convenios de colaboración correspondientes con las instituciones públicas o privadas para contar con dichos expertos y, por lo que corresponde a personas extranjeras que no hablen el idioma español, se deberá estar atentos a que sean asistidos por el cónsul de protección a connacionales de la Embajada o Consulado de que se trate con residencia en la República Mexicana, lo anterior, para el efecto de evitar violaciones al debido proceso.

Es importante puntualizar que la víctima del delito tiene todas las facilidades para identificar al probable responsable sin poner en riesgo su integridad física o psicológica. Le asiste el derecho de aportar pruebas para acreditar el delito y cuantificar la reparación del daño; deberá recibir atención médica y psicológica cuando lo requiera.

Resalta comentar que, cuando se trate de delitos que pongan en peligro la integridad física o mental de mujeres y niños, se debe solicitar que el imputado sea separado del domicilio de la víctima como una medida cautelar. Y solicitar medidas para proteger los bienes o derechos contra todo acto de intimidación, represalia o daño posible.

En relación con lo expuesto hasta aquí, se debe establecer que la atención del Ministerio Público para recibir denuncias y querellas es totalmente gratuita; por otra parte, otro de los problemas que enfrenta la víctima del delito es que nunca se le da copia simple, menos certificada, de la querella interpuesta para darle seguimiento a su caso.

Lo anterior, debe ser puesto del conocimiento superior, porque es un derecho del ciudadano a recibir, de manera gratuita, dicho documento; en última instancia ejercer el derecho del recurso *habeas data* mexicano, un amparo indirecto por desatención al derecho de petición.

B. Proceso penal

En el proceso penal, la víctima tiene derecho de acceso al expediente para informarse sobre el estado que guarda el mismo; ser informado del proceso penal y de las consecuencias legales de sus actuaciones; de recibir copia simple o certificada de sus declaraciones de forma gratuita; coadyuvar con el Ministerio Público aportando pruebas, ser restituido en sus derechos cuando estén acreditados; solicitar y recibir la reparación del daño; al resguardo de su identidad cuando se trate de delitos de violación, secuestro, o delincuencia organizada.

Pilar Marín Ríos, profesora de la Universidad de Sevilla⁸, al referirse a la víctima puntualiza que:

en los últimos tiempos hemos venido asistiendo al resurgimiento de la figura de la víctima del delito. Relegada secularmente a un segundo plano, se alzan voces que reclaman su vuelta al lugar preminentemente que merece.

Valga la cita a propósito de los derechos que se le reivindican a la víctima, ahora como parte en el proceso penal, que con el anterior sistema inquisitorio que aún no terminamos de sacudirnos no era prácticamente tomada en cuenta.

El reconocido jurista mexicano Sergio García Ramírez⁹ ya había manifestado su crítica seria en relación con la víctima y el Ministerio Público, al manifestar que:

⁸ Marín Ríos, P.: *Sistema acusatorio...* cit., p. 167.

⁹ Reyes Tayabas, J.: *Cambios Legislativos...* cit., p. 125.

debiera dotarse de mayores facultades al ofendido para exigir lo que le corresponde –no la sanción penal, en sentido estricto y verdadero, sino la reparación–...la llamada coadyuvancia es una figura tímida, disminuida, muy distinta de la auténtica coadyuvancia en sentido procesal civil del término que apareja litisconsorcio, ejercicio de una acción o de una oposición de fondo.

Dicha opinión se trae a colación en virtud de que ya era necesario dotar de derechos activos a la víctima dentro del proceso penal como hoy en día se han dado las condiciones, falta su verdadero impulso que les den los operadores del derecho.

C. Ejecución de sanciones

En la ejecución de sanciones la víctima tiene derecho a que se le notifique del inicio y conclusión del procedimiento para la obtención de tratamiento preliberacional, cuando se otorga la concesión de la remisión parcial de la pena y de la libertad preparatoria, para el efecto de que esté en condiciones de exponer y alegar lo que a su derecho convenga en contra del sentenciado, para que sean tomados en cuenta antes de que se emita la resolución respectiva.

Es preciso señalar que los derechos vigentes de las víctimas en comento en el marco federal, atienden al sistema penal inquisitorio vigente, en virtud de que el nuevo sistema penal oral, acusatorio y/o adversarial, se tiene como plazo máximo para su implementación general hasta mediados del año 2016.

En otro orden de ideas, pero sobre los derechos procesales de las víctimas, el doctor Eduardo Ferrer¹⁰

¹⁰ Ferrer Mac-Gregor, E.: *El derecho Internacional...*cit., pp.210-211.

señala la importancia de la legitimación de la víctima, dice que esta pose el derecho a la verdad y los inherentes a la reparación del daño derivado de la comisión del ilícito penal, por lo que es necesario otorgarle reconocimiento judicial.

En concordancia sobre dicho comentario, la nueva Ley de Amparo ya otorga personalidad jurídica a la víctima u ofendido del delito, los cuales podrán tener el carácter de quejoso en los juicios de amparo, de conformidad con el artículo 5, fracción I, último párrafo, de dicha ley. Con ello, se observa que van evolucionando los derechos a favor de la víctima, que le asiste la prerrogativa de saber la verdad del acto delictivo del que fue sujeto.

Por último, es importante comentar que el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo del 2014, entrará en vigor en toda la República Mexicana a partir del 18 de junio del 2016, por así establecerlo el artículo segundo transitorio de dicho código adjetivo.

Atento a ello, el nuevo código procedural penal nacional prevé un capítulo dedicado a los derechos de las víctimas u ofendidos, en sus artículos del 108 al 111, de los que se destaca que se reconoce como víctima no solo al afectado de manera directa del ilícito penal, sino además se reconoce tal carácter a los ofendidos que pueden ser los familiares del afectado, a saber el o la cónyuge, la concubina o concubino, el conviviente, los parientes o cualquier persona que tenga relación afectiva con la víctima del delito, esto se considera prudente a efecto de que no se incurra en actos discriminatorios o afectaciones a la dignidad humana de las personas que protegen la Constitución y los tratados internacionales.

Siguiendo la misma línea de análisis, el código adjetivo penal nacional reconoce como sujetos procesales a la víctima u ofendido, con lo que le otorga personalidad jurídica plena, para poder intervenir de inicio a fin en los procesos penales, asistido de un asesor jurídico, como se prevé en el artículo 105, del cuerpo normativo en estudio.

De manera general destacan como derecho de la víctima primeramente a ser informado de todo el abanico de derechos que le asisten; que todos los intervenientes, como lo es el Ministerio Público y los Jueces, deben, en todo momento, facilitar a la víctima el acceso a la justicia, apegados a la legalidad, con honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia con la debida diligencia.

Asimismo, se establece que la víctima debe ser atendida por persona del mismo sexo o a su elección, cuando así se requiera atención médica y psicológica urgente y por supuesto por un Asesor Jurídico para la asistencia legal procedente; aunado a lo anterior, le asiste el derecho a comunicarse con un familiar inmediatamente al hecho reprochable.

Lo más importante es que la víctima debe ser tratada con respeto, dignidad y sin discriminación, con apoyo del Asesor Jurídico, del Ministerio Público y por el Juez o Tribunal, observando siempre que el acceso a la justicia sea pronto, gratuito e imparcial, desde la presentación de la denuncia o querella, cuando sea el caso, participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Es de resaltar que cuando se trate de persona que pertenezca a nuestros pueblos originarios y no hable el español, deberá ser asistido por un Asesor Jurídico bilingüe si lo hay, o por un intérprete tratándose incluso

de extranjeros con la intervención de la asistencia migratoria.

Se le deben resguardar sus derechos a la víctima cuando tenga alguna discapacidad; recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente; proveer protección cuando exista riesgo en su vida y persona; solicitar que la autoridad se traslade en donde se encuentre para el desahogo de diligencias; a recibir copias gratuitas de toda la información de la causa penal; a guardar su identidad y demás datos personales tratándose de delitos graves y de igual forma respecto de los menores, para no afectar su desarrollo psicosexual, violencia familiar, secuestro y trata de personas.

Por último y lo más importante, sin demeritar lo anterior, la víctima tiene derecho a que se le garantice y repare el daño causado por la comisión del delito; a que se le notifique el desistimiento de la acción penal y, en su caso, a que se reabra el proceso cuando se haya decretado la suspensión.

IV. ¿Cuáles son las medidas cautelares que tiene la víctima?

Las medidas de protección o cautelares de las víctimas están regladas en el artículo 141 Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, mismo, como se indicó en párrafos anteriores que ha sido abrogado; sin embargo, continuará vigente hasta la conclusión de las causas penales iniciadas antes del 5 de marzo del 2014, por disposición del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo tercero transitorio, por tanto para poder hacer uso de ellas, es el Ministerio Público quien debe de solicitarlas al juez de la causa penal.

Por una parte, tenemos las medidas para proteger a las personas, que consisten en: guarda y custodia

de un menor a favor de persona o institución determinada; la obligación del sujeto activo de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe; vigilancia permanente de la autoridad en el domicilio de la víctima u ofendido; prohibición de ir a un lugar determinado al procesado; prohibición de salir del país o lugar en que reside el culpable; y prohibición de comunicarse con personas determinadas siempre y cuando no afecte la defensa.

Por la otra, se tiene a las medidas cautelares reales, las cuales consisten en el aseguramiento de bienes inmuebles para reparar el daño causado por el delito; además, la inmovilización de cuentas bancarias, certificados de acciones y títulos valores, incluyendo el embargo o secuestro preventivo de los mismos.

Al respecto, es importante señalar que el artículo 182-R, del Código Federal de Procedimientos Penales, por reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de mayo del 2013, señala que con los recursos que se obtengan por la enajenación de bienes decomisados en procesos penales federales, así como por la enajenación de sus frutos y productos serán destinados a la compensación de las víctimas.

V. ¿Quién defiende y atiende a las víctimas?

En el fuero federal existe un cuerpo de Asesores Jurídicos especializados en atención a víctimas del delito en materia de secuestro, por disposición expresa del artículo noveno transitorio, de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2010, los cuales a la fecha otorgan el servicio de representación a las víctimas del delito en los procesos penales federales, para buscar que se les

repare el daño causado y, además, asistir a los mismos en el proceso penal ya sean en una ampliación de declaración o en careo, para salvaguardar sus derechos en calidad de víctima.

Sin embargo, el servicio lo debe otorgar ahora la Asesoría Jurídica Federal a través de los Abogados Víctimales en cuanto entre en funciones, por la razón de que en fecha 9 de enero de 2013, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General de Víctimas, y se establecieron diversos plazos para su instrumentación y operación para el siguiente ejercicio fiscal de 2014, como se señala en el artículo décimo segundo transitorio de dicha ley.

Paralelo a ello, se cuenta con la Procuraduría Social de Atención a las Víctimas de Delitos (PROVICTIMA), creada por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de septiembre del 2011, y su estatuto orgánico publicado en el mismo órgano el 24 de febrero del 2012, de la que se desprende apoyo no solo a las víctimas directas del delito sino, además, a los familiares de personas desaparecidas o no localizadas, procurando en su bienestar físico, psíquico y emocional.

De la normatividad de PROVICTIMA, se observa que los servicios que otorga son de asistencia médica, asistencia psicológica especializada, orientación, asesoría jurídica y gestoría de trabajo social. Se cuenta con un área especializada para emprender acciones de búsqueda, localización, identificación y recuperación de personas desaparecidas o no localizadas.

Las atribuciones de PROVICTIMA, en materia de asistencia y orientación jurídica es amplia para las víctimas y ofendidos de ilícitos, desde el acompañamiento como coadyuvante del Ministerio Público, hasta brindar el consejo legal procedente derivado de algún delito que

afecta otras materias como lo puede ser la laboral, civil, familiar o administrativa, canalizando el asunto a las autoridades competentes.

VI. Una mirada al marco jurídico de los derechos las víctimas en el Estado de Veracruz

El Código Nacional de Procedimientos Penales sustituirá a los Códigos adjetivos de las Entidades Federativas, observando los tiempos de la implementación del sistema de justicia penal acusatorio en cada una de ellas, motivo por el cual, se hace alusión a la legislación del Estado de Veracruz como análisis de estudio local.

Con fecha 29 de junio del 2012, se publicó en la *Gaceta Oficial del Estado* el Decreto que creó la Comisión Estatal para la Atención Integral a Víctimas del Delito, señala dicho documento que considerando la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del 2011, que consagró en el tercer párrafo del artículo 1º, la obligación de todas las autoridades del país de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Se justifica con dicha Comisión que se amplía la red de derechos de las víctimas que se logró con la reforma al artículo 20 de la Carta Magna el 18 de junio de 2008, con la incorporación del apartado C, que permite el pleno reconocimiento de las víctimas en calidad de partes en los procesos penales, así como un conjunto de derechos, a saber: la coadyuvancia activa en el aporte de pruebas; recibir asesoría jurídica, atención médica y psicológica; en resolutivo, se pretende que la Dependencia Pública Estatal de atención a víctimas otorgue un servicio integral a los destinatarios de la ley.

No pasa inadvertido el conjunto de prerrogativas a favor de la víctima del delito, que prevé el nuevo código de procedimientos penales aplicable a los juicios orales penales, que se desprenden de los dispositivos 28 al 34, de dicho código adjetivo.

Primeramente es de comentar que se distingue entre víctimas y ofendidos, ambos con derecho a reclamar la reparación del daño moral, pero en orden de prelación, es decir, en primer término está la víctima que sufrió un daño en sus bienes jurídicos tutelados por causa de un hecho considerado delictivo, si fallece este, los ofendidos pueden ejercer el derecho a través de sus familiares, en primer orden está el o la cónyuge, la concubina o el concubino, los parientes por consanguinidad y los dependientes económicos, así de manera sucesiva.

Se señala en el código procesal de referencia que, en caso de que haya varios ofendidos, se nombrará un representante común, y en el supuesto de que haya menores de 18 años como víctimas del delito, se deberá atender el interés superior, prevaleciendo sus derechos consagrados en la Constitución Federal, Tratados Internacionales de los que México sea parte y haya ratificado, además se atenderá lo que señale la Constitución del Estado de Veracruz, y la Ley de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado.

De manera enunciativa se establece un listado de derechos de la víctima o el ofendido por un delito, entre los que destacan los derechos que establece la máxima Constitución: ser tratado con respeto, sin que se constituya en su contra abuso o ejercicio indebido de autoridad; comunicarse con un familiar o asesor jurídico para informarle sobre su situación y ubicación; recibir información de los servicios que

existen para su beneficio; contar con interprete durante todo el procedimiento si no habla el español; recibir gratuitamente asistencia en materia de estenografía, o lengua de señas mexicana, o experto en caso de discapacidad para oír o hablar, en términos de la ley para la integración de personas con discapacidad para el Estado de Veracruz.

Para el caso de víctimas extranjeras, tienen el derecho de contar con la asistencia consular de su país. Todas tienen derecho a contar con un asesor jurídico en cualquier etapa del procedimiento, a presentar todo tipo de pruebas pertinentes, facilidades para que identifiquen al imputado, participar en los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ser informado del desarrollo del proceso penal, que se haga justicia de manera pronta, gratuita e imparcial, ser canalizado a instituciones que ofrezcan la atención médica, psicológica y protección especial de su integridad física y psíquica cuando lo requiera.

Le asiste el derecho a la víctima de solicitar ser separado de su domicilio, cuando viva con el que cometió el ilícito; a que le dicten medidas cautelares y provisionales para la protección y restitución de sus derechos contra todo acto de intimidación, represalia o daño posible, además de las necesarias para la reparación del daño.

Es novedoso el derecho que le asiste para impugnar las omisiones o abandono o negligencia del Ministerio Público; entre las que se puede señalar: la determinación del archivo temporal de la investigación; la aplicación de un medio alternativo de solución de controversias; la terminación anticipada de investigación o el proceso; la aplicación de criterios de oportunidad; el no ejercicio de la acción penal; y la resolución del sobreseimiento del proceso.

Las víctimas tienen derecho a acceder a los registros de las actuaciones y obtener copia de ellos; a que se les restituyan en sus derechos cuando estos se encuentren acreditados; a que se les repare el daño causado por el delito; a que se resguarde la identidad cuando fuere menor de edad, se trate de delitos de violación, contra la libertad y seguridad sexual, violencia familiar, secuestro o trata de personas.

Dentro de las secuelas procesales, tiene derecho la víctima a que se le notifique el desistimiento de la acción penal y el de todas las resoluciones que finalicen el proceso. Tomar la palabra después de los alegatos de clausura y antes de que se le conceda por última vez al acusado. Solicitar la apertura a juicio cuando se ha decretado la suspensión.

Por cuanto toca al otorgamiento del perdón en los delitos de querella, deberá ser informado de los alcances del mismo. Y ser atendido por el Ministerio Público como lo marca la Constitución, bajo los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la máxima diligencia.

VII. Protección de las víctimas en el derecho internacional

Gamboa¹¹ señala que el estudio de la víctima no era un tema que se tratara de manera insistente como en la actualidad.

Por otra parte, se tiene a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder¹², Resolución A/RES/40/34, de la Asamblea General (AG) de las

¹¹ Gamboa de Trejo, A.: *Derecho Penal...* cit., p. 99.

¹² *Derecho Internacional...* cit., pp. 545-551.

Naciones Unidas, aprobada y proclamada en la 96 sesión plenaria de la AG, 29 de noviembre de 1985. De la que se destaca el concepto de víctimas del delito, los derechos de acceso a la justicia y trato justo, derecho de resarcimiento, de indemnización, de asistencia y se distingue las víctimas por abuso de poder.

Toda vez que ya se comentó al inicio del presente trabajo el concepto de víctimas del delito, a continuación describo en qué consiste el acceso a la justicia y trato justo para el pasivo de un hecho delictivo, el cual debe ser tratado con compasión y respeto por la dignidad, buscando una pronta reparación del daño que se haya sufrido, mediante mecanismos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles.

Tienen derecho a la asistencia apropiada durante todo el proceso judicial. A que se adopten medidas para minimizar y proteger su intimidad, a garantizar su seguridad así como la de sus familiares y de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia. Se deberá evitar demoras en las resoluciones que establezcan indemnizaciones a las víctimas. Se reconocen los mecanismos de mediación y prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas a fin de facilitar la conciliación y reparación en favor de las víctimas.

En la referida Declaración, se establece la figura del resarcimiento para que los responsables o los terceros responsables de la conducta ilícita resarzan equitativamente a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. El resarcimiento comprende la devolución de bienes o el pago de los daños o perjuicios sufridos, además el rembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización.

Se establece la obligación del Estado de indemnizar, cuando no sea suficiente la que otorgue el delincuente.

Ordena que se deba fomentar el establecimiento de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Por cuanto a la asistencia, las víctimas tienen derecho a la médica, psicológica y social por los medios gubernamentales u autónomos.

La mención especial como colofón de la Declaración en estudio, es la referencia que se hace a las víctimas del delito por abuso de poder que hayan sufrido de manera individual o colectiva daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo a los derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones al derecho penal nacional, pero violan normas internacionales a los derechos humanos o por abuso de poder, que deben ser incluidos en los resarcimientos e indemnizaciones con apoyo de médicos, psicólogos y sociales necesarios.

Es de precisar que las fuentes internacionales del derecho y, en especial, las relativas a la protección de los derechos humanos, son norma vigente en nuestro sistema jurídico mexicano, de conformidad con los artículos 1 y 133 constitucionales. Lo que significa que cualquier persona, de considerar que no se respetaron los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, o es víctima por abuso de poder, una vez agotadas las instancias legales, está en aptitud de acudir al órgano jurisdiccional regional internacional para denunciar que no se respetaron los derechos de las víctimas.

Esto es, a través de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y, de ser procedentes las violaciones de los afectados por un delito, tomará conocimiento la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, esto es con sustento en los artículos 44, 46,

48 y 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)¹³.

En relación con la posibilidad de acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se violen derechos humanos de las víctimas una vez agotadas las instancias legales en México, se corrobora con la tesis orientadora emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se transcribe a continuación¹⁴:

Época: Décima Época, Registro: 2000273, Instancia: PRIMERA SALA, Tipo Tesis: Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. XV/2012 (10a.), Pag. 663, [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS VÍCTIMAS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. Si un particular o una persona jurídica ha sido representante legal de las víctimas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicha representación surte todos sus efectos en el ordenamiento jurídico mexicano, ya sea ante las autoridades administrativas o ante los tribunales locales o federales mexicanos. Lo anterior se deriva de que la ratificación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos generan como una consecuencia ineludible que las

¹³ *Ibídem*, pp. 171-204.

¹⁴ Consultado el 21 de septiembre del 2013, en la dirección electrónica que se transcribe: <http://www.ius.scjn.gob.mx>

sentencias emitidas por dicho tribunal internacional, en aquellos casos en los cuales México haya sido parte en el juicio, resulten obligatorias para el Estado mexicano, lo cual incluye el reconocimiento de personalidad de los representantes legales de las víctimas que se haya realizado en dicha resolución. Lo anterior no limita la posibilidad de que, a través de los cauces previstos en la legislación aplicable, las víctimas revoquen dicha representación, en cuyo caso, los representantes no podrán actuar ante los órganos mexicanos. PRIMERA SALA. Amparo en revisión 168/2011. Comisión Mexicana de Defensa y Protección de los Derechos Humanos, A.C. y otra. 30 de noviembre de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

VIII. Conclusiones

Primera.- Al referirnos al derecho de las víctimas, además se está incluyendo a los ofendidos que pueden ser un familiar o cualquier otra persona afectada también en sus derechos personales y materiales, por motivo de la consumación de un ilícito penal. A nivel internacional, también se reconoce como víctimas a las personas afectadas en sus derechos personales y patrimoniales por abuso de poder de acción u omisión Estadual, que puede afectar vidas humanas o lesiones físicas o merma en su patrimonio, como se explicó en el cuerpo del presente ensayo.

Segunda.- A la víctima, con la reforma al artículo 20, Apartado C, constitucional, le fueron dotados derechos que no tenía en el sistema inquisitorio; ahora puede promover la acción penal privada, actuar activamente en la averiguación previa o etapa inicial y dentro del proceso

penal asistida de un asesor jurídico, para aportar pruebas, impugnar resoluciones, solicitar la reparación del daño e incluso con legitimación como quejosa para interponer amparos.

Tercera.- Como derechos sustantivos de las víctimas y de los ofendidos, se tiene la asistencia médica, psicológica, la orientación, asesoría jurídica, y reparación del daño causado por el delito; además de la gestión social, que les será brindada a través de instituciones como lo es a nivel federal la Asesoría Jurídica Federal, PROVICTIMA y en el ámbito estatal a través de Comisión Estatal para la Atención Integral a Víctimas del Delito del Estado de Veracruz.

Cuarta.- De conformidad con los artículos 1 y 133 constitucionales, en caso de que la víctima u ofendido de un delito agote todos los recursos legales en nuestro sistema jurídico y no obtiene reparación del daño cuando le asiste el derecho o, simplemente no se le han respetado los derechos que tiene en su calidad de víctima, está en condiciones de acudir en queja a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de proceder a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde, de probarse la vulneración a los derechos de las víctimas, el Estado mexicano será sujeto de responsabilidad.

Quinta.- Los derechos de las víctimas vienen a ser regulados, de manera uniforme, con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, que abroga a todos los códigos adjetivos de las Entidades Federativas y el federal, teniendo como plazo para su implementación total hasta el 18 de junio del 2016.

IX. Bibliografía

- *Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* T. I, SCJN-ONU, México, 2012, pp. 878.
- Farah Gebara, M.: *No más víctimas inocentes.* Miguel Ángel Porrúa, México, 2013, pp. 54.
- Fernández, C.: *El derecho internacional de las víctimas.* Porrúa, México, 2011, pp. 307.
- Ferrer Mac-Gregor, E.: *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio.* Gobierno Federal, México, 2012.
- Gamboa de Trejo, A.: *Derecho penal.* Oxford, México, 2011, pp. 160.
- Hermoso, Larragoiti, Héctor Arturo: *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México.* SCJN, México, 2013, pp. 859.
- Marín Ríos, P.: “Sistema acusatorio: las partes del proceso”, *Curso de especialización en sistema penal acusatorio.* PJF-SCJN-CJF, México, 2012.
- Reyes Tayabas, J.: *Cambios legislativos sobre derechos de los inculpados y protección de los ofendidos en los procedimientos penales federales.* PGR, México, 1999.
- Rodríguez Manzanera, L.: *Criminología.* Porrúa, México, 2012, pp. 527
- Vidaurre Aréchiga, M.: *Compendio temático de derecho penal.* Porrúa, México, 2011, pp. 242.

Legislación

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Cámara de Diputados Congreso de la Unión, última reforma *DOF 19/07/2013.* Consultado en la dirección electrónica www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf el día 18 de septiembre del 2013.

- *Código Federal de Procedimientos Penales.* Cámara de Diputados Congreso de la Unión, última reforma *DOF 03/05/2013*. Consultado en la dirección electrónica www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/7.pdfy, el día 19 de septiembre del 2013.
- *Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo del 2014.
- Decreto que crea la Comisión Estatal para la Atención Integral a Víctimas del Delito, *Gaceta Oficial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*, del 29 de junio del 2012.
- *Diario Oficial de la Federación del 18 de junio del 2008*, www.diariooficial.gob.mx/
- *Diario Oficial de la Federación, del 10 de junio del 2011*, www.diariooficial.gob.mx/
- *Ley General de Víctimas*. Cámara de Diputados Congreso de la Unión, última reforma *DOF 03/05/2013*. Consultado en la dirección electrónica www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdfy, el día 17 de septiembre del 2013.
- *Ley de Amparo*. *Diario Oficial de la Federación* del 2 de abril del 2013.
- Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de secuestros, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre del 2010, www.diariooficial.gob.mx/
- *Procuraduría Social de Atención a las Víctimas de delitos*. *Diario Oficial de la Federación* del 24 de febrero del 2012.
- *Legislación Penal del Estado de Veracruz*. Jurídico Noble, Puebla, 2012.

Otras fuentes

- *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.* Consultado en la dirección electrónica www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm
- *Oficio circular UAJ/365/2013, de fecha 19 de febrero del 2013,* de la Delegación del Instituto Federal de Defensoría Pública en Veracruz, del Poder Judicial de la Federación.
- <http://www.ius.scjn.gob.mx>

La inconstitucionalidad del inciso b), fracción II, del artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales

*ONÉSIMO JULIÁN FERNÁNDEZ ESPINOSA**

RESUMEN: En este trabajo analizaremos el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el diverso 146, fracción II, inciso b), del Código Nacional de Procedimientos Penales y verificaremos si la norma secundaria, al reglamentar la detención en flagrancia, no se excede del marco que limitativamente estableció nuestra Carta Magna para ese efecto. Partiremos de ahí para esbozar la construcción de un argumento de defensa desde la perspectiva constitucional, a fin de aterrizarlo en la audiencia de control de la detención.

SUMARIO: I. Introducción. II. La inconstitucionalidad del inciso b), fracción II, del artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales. III. Conclusiones. IV. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El miércoles 18 de junio de 2008, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el Decreto por el cual se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción

* Defensor Público Federal. Adscrito al Juzgado Decimo Séptimo de Distrito en el Estado de Veracruz, México.

VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; con esta reforma constitucional, el Estado Mexicano reconoció que el sistema penal, en nuestro país, ya no era acorde a nuestra realidad política, social y económica, que era imperativo evolucionar hacia un sistema penal más democrático, en el que se privilegiara el reconocimiento de las garantías básicas del debido proceso, la búsqueda de la verdad y la presunción de inocencia.

El diagnóstico del Poder Legislativo fue el correcto; sin embargo, la implementación del nuevo sistema de justicia penal en sus inicios tuvo sus reticencias por una parte del foro de abogados, quienes no creían en los beneficios de la operatividad del método que se proponía.

A pesar de ello, los detractores del nuevo sistema y los que sostén sus bondades, encontraron un punto de convergencia, ambos coincidían en que el método para la realización de la justicia penal, en nuestro país, estaba agotado; ante esa coincidencia, sin lugar a duda, había que atreverse a abandonar ese sistema, se hizo impostergable hacer las cosas de forma diferente; es cierto, hacer las cosas de manera distinta implica la posibilidad de incurrir en errores o incluso podría no funcionar el nuevo sistema, pero lo que no era admisible, ante la convergencia en el diagnóstico, era seguir haciendo lo mismo.

Nosotros aplaudimos el diagnóstico y, aunque sabemos que en un país como el nuestro este nuevo sistema en poco contribuirá a reducir los índices de delincuencia, sí creemos en la necesidad de un procedimiento penal más justo, más humano y transparente; en donde la prisión preventiva sea la

excepción y no la regla, en donde a las personas, tanto a inculpados como a víctimas, se les reconozcan y respeten sus derechos humanos; que permita a los jueces apreciar el valor de la prueba de manera libre y lógica para formar su convicción, que evidencie los actos de corrupción y los sancione; ese es nuestro ideal y tenemos la convicción de que así será.

Bien, nuestro país es un lugar de profundas contradicciones en los aspectos político, económico, social, cultural y por supuesto jurídico, esas contradicciones también se ven también reflejadas en la construcción normativa.

En efecto, hemos podido advertir la existencia de una posible contradicción sustancial entre el contenido del artículo 16, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CDCU 2014) y el diverso 146, fracción II, inciso b), del Código Nacional de Procedimientos Penales (CDCU 2014).

Es así, porque pareciera que el artículo mencionado al final contiene una interpretación extensiva de los supuestos de flagrancia que determina nuestra Carta Magna al introducir nuevamente lo que pensamos es una *flagrancia equiparada* que parecía ya proscrita de nuestro orden jurídico nacional; de eso tratará nuestro ensayo: analizaremos si el contenido de ese precepto se ajusta a la interpretación que del término flagrancia estableció el reformador de la Constitución así como a la interpretación que de ese mismo término ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de intérprete último de la misma.

Tema que estimamos es de suma importancia, dado que transitamos hacia un nuevo sistema de justicia penal que privilegia la contradicción, el respeto al debido proceso, a la presunción de inocencia, que establece el

principio de inmediación procesal, la producción por regla general de pruebas en la audiencia de juicio oral, la excepcionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar, todo ello garantizado por el principio de publicidad; a eso se debe agregar el esquema protector de los derechos humanos que actualmente permea en nuestra Carta Magna; por ello, los Defensores Públicos debemos ser vigilantes de todo lo que pudiera traducirse en interpretaciones extensivas respecto de las detenciones no judicializadas autorizadas por nuestra Constitución, pues la libertad personal es un derecho humano fundamental de protección intensa por nuestra Carta Magna.

Así, es dentro del contexto del sistema acusatorio adversarial en donde se ubica nuestro trabajo, específicamente en la audiencia preliminar de control de la detención. Bajo ese tenor es que analizaremos el artículo 146, específicamente la fracción II, inciso b), del Código Nacional de Procedimientos Penales, a la luz de nuestra Carta Magna, a fin de tratar de establecer lo siguiente: 1) Es posible estimar inconstitucional la porción normativa materia de nuestro análisis; y, 2) A partir de ello, es viable construir un argumento de litigación para utilizar en las audiencias de control de la detención para el caso de que el Fiscal pida al Juez de Control la calificación de la legalidad de la detención, con fundamento en la citada porción normativa.

II. La inconstitucionalidad del inciso b), fracción II, del artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales

Es útil para nuestro ensayo preguntarnos: ¿cuál es el criterio que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de lo que debe entenderse por flagrancia?

Es ético señalar que las ideas centrales en las que se sustenta este modesto trabajo, fueron obtenidas de la sentencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Juicio de Amparo Directo número 14/2011 (SCJN 2011).

Bien, para estar en aptitud de dar respuesta a ese cuestionamiento, es conveniente analizar los supuestos en los que resulta válido detener a una persona dentro del marco constitucional a fin de someterla a cualquier clase de indagatoria.

Así, tenemos que el más alto Tribunal del país sostiene, al interpretar nuestra Carta Magna, que tal ordenamiento prevé detenciones autorizadas judicialmente (orden de aprehensión) y las no autorizadas por autoridad jurisdiccional (la flagrancia y el caso urgente). Atento al tópico que aborda este ensayo nos enfocaremos únicamente en la relativa a la flagrancia.

Para una mejor compresión del tema que nos ocupa traeremos en su literalidad el contenido de los párrafos primero al séptimo del artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CDCU 2014), que prevé la siguiente descripción:

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

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de

orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al culpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y esta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

[...].

Bien, el artículo 16 de la Constitución Federal ofrece un régimen universal de libertades a favor de las personas, entre las cuales está el derecho a la libertad personal. La norma constitucional referida tutela los derechos de las personas de dos formas distintas: los dos primeros párrafos de dicho artículo los consagran positivamente, y los párrafos subsecuentes señalan las posibles restricciones a los mismos; es decir, en qué supuestos el Estado puede afectar válidamente a este derecho y bajo qué condiciones.

Decimos que son dos formas de proteger los derechos humanos porque el objeto de que las limitaciones estén establecidas en la Constitución, es que funcionen como garantías de legalidad a favor de las personas, pues ordenan al Estado a que ciña su actuar a los confines de las atribuciones allí establecidas. Es decir, el Estado no puede limitar tales derechos en supuestos distintos a los previstos por la Constitución.

En el mismo sentido, el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíbe las afectaciones al derecho a la libertad personal salvo por las condiciones y causas fijadas de antemano por la Constitución (OEA 2014).

Como se ve en materia de libertad personal, la norma constitucional limita intensamente los supuestos que permiten su afectación, constringiéndolos a la orden de aprehensión, las detenciones en flagrancia y caso urgente. En la sentencia de Amparo Directo que hemos citado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que el orden en el que el constituyente permanente situó estos supuestos no es casual. Esto es, por regla general, las detenciones deben estar precedidas por una orden de aprehensión. Los casos de flagrancia y urgencia son excepcionales.

Una vez identificados los supuestos en los que la Constitución autoriza la detención no judicializada de una persona, parece conveniente verificar cuántos supuestos dentro de la hipótesis de flagrancia prevé el quinto párrafo del artículo 16, de nuestra Carta Magna, de este modo, tenemos que dicho precepto, en la porción normativa aludida dispone:

Artículo 16. (...)

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

...

Del análisis de ese párrafo se desprenden taxativamente dos hipótesis, que son:

- a) Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito, o,
- b) Cualquier persona puede detener al indiciado inmediatamente después de haber cometido un delito.

Es claro que, en ambos casos, una vez lograda la detención, se actualiza la obligación del aprehensor de poner al detenido, sin demora, a disposición de la autoridad más cercana y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Cabe destacar que la primera hipótesis es lo que se conoce doctrinalmente como flagrancia, y la segunda como cuasiflagrancia.

A fin de dar respuesta a la pregunta con la que iniciamos, es conveniente señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como consecuencia de la reforma constitucional de junio de 2008, realizó

una nueva interpretación del término *flagrancia*, la que plasmó precisamente en el cuerpo de la sentencia a que nos referimos anteriormente, estableciendo que:

Un delito flagrante es aquel (y solo aquel) que brilla a todas luces. Es tan evidente e inconfundible que cualquiera es capaz de apreciarlo por los sentidos y llegar a la convicción de que se está en presencia de una conducta prohibida por la ley. Para reconocerlo no se necesita ser juez, perito en derecho o siquiera estar especialmente capacitado: la obviedad inherente a la flagrancia tiene una correspondencia directa con la irrelevancia de la calidad que ostenta el sujeto aprehensor.

Esta interpretación reitera la idea de que, ante un delito flagrante, cualquiera puede detener al sujeto activo del delito, pues tanto particulares como autoridades pueden apreciar la comisión del delito, sin que para ello tenga relevancia si alguno de ellos cuenta con una investidura determinada.

De este modo, la flagrancia siempre es una condición que se configura previamente a la detención. Esto implica que la policía no tiene facultades para detener ante la sola sospecha de que alguien pudiera estar cometiendo un delito o de que estuviera por cometerlo. Tampoco puede detener para investigar. La flagrancia resplandece, no se escudriña.

Así, para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualmente la connotación del término flagrancia tiene un sentido realmente restringido y acotado, en un claro favorecimiento del alcance del derecho a la libertad personal.

La segunda hipótesis se refiere a la cuasiflagrancia que implica que el vocablo *inmediatamente después* consignado en la Carta Magna se inicia en los momentos

inmediatos posteriores a la consumación del delito, en los que la actividad de persecución se vincula directamente al delito que acaba de cometerse.

Insistimos, acorde con lo narrado, la flagrancia y la cuasiflagrancia son los únicos casos en los que nuestra Carta Magna autoriza a cualquier persona a detener a un individuo sin orden judicial, es decir, son excepcionales.

Para desarrollar el tema que no ocupa, es necesario conocer el contenido del artículo 146, fracción II, inciso b), del Código Nacional de Procedimientos Penales, que dispone:

Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia.

Se entiende que hay flagrancia cuando:

I. (...)

II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o

b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

De la lectura de la porción normativa citada consideramos que contiene varios supuestos que se acercan demasiado a lo que doctrinariamente se conoce como *flagrancia equiparada*, término que, por cierto, fue proscrito de la norma fundamental.

En efecto, antes de la reforma constitucional de junio de 2008, algunos órganos legislativos locales y el Congreso de la Unión adscribieron al concepto *flagrancia* una connotación de mucha mayor amplitud, que tuvo reflejo en los ordenamientos procesales penales –una que eventualmente dio lugar a la incorporación de la figura ampliamente conocida en la doctrina y la praxis como *flagrancia equiparada*–.

Esta acepción se distinguía por admitir que el momento de la flagrancia comprendía un número de horas completamente desvinculado con la inmediatez a la que originalmente apelaba el concepto.

A modo de ejemplo, conviene citar que, en el caso de la legislación federal, ese plazo equivalía, hasta antes de la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales de 22 de enero de 2009, a 48 horas después de cometido el delito. La acepción encontraba sustento en el artículo 193, fracción III, de dicho código (CDCU 2008), en los siguientes términos:

Artículo 193. Se entiende que existe flagrancia cuando:

- I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;*
- II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o*
- III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder*

el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

[...].

Es crucial referir que el último cambio constitucional (el de la reforma de junio de 2008), obedeció a la intención expresa de delimitar un concepto de *flagrancia*, erradicar la posibilidad de que en la legislación secundaria se introdujera la *flagrancia equiparada* y con ello evitar abusos contra la libertad deambulatoria de los individuos. La falta de especificidad en la descripción constitucional había generado un contexto que, durante el proceso de reforma, fue calificado como laxo o permisivo y expresamente se optó por su modificación.

En efecto, el 11 de diciembre de 2007, en la Cámara de Diputados, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia presentaron el dictamen que contenía el decreto de reforma constitucional (CDCU 2007) con las consideraciones siguientes:

Honorable Asamblea:

Estas Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia [...] someten a la consideración de los integrantes de esta honorable asamblea el presente dictamen, basándose en las siguientes:

Consideraciones

[...]

Definición de flagrancia

El concepto de flagrancia en el delito, como justificación de la detención de una persona, sin mandato judicial, es universalmente utilizado, solo que el alcance de ese concepto es lo que encuentra divergencias en las diversas legislaciones. Es aceptado internacionalmente que la flagrancia no solo consiste en el momento de la comisión del delito, sino también el inmediato posterior, cuando se genera una persecución material del sujeto señalado como interviniente en el delito, de manera que si es detenido en su huida física u ocultamiento inmediato, se considera que aplica la flagrancia y por tanto, se justifica la detención.

Este alcance de la flagrancia no genera mayores debates, pero existe otra visión de la citada figura, que es la conocida como flagrancia equiparada, consistente en la extensión de la oportunidad de detención para la autoridad durante un plazo de cuarenta y ocho o hasta setenta y dos horas siguientes a la comisión de un delito calificado como grave por la ley, y una vez que formalmente se ha iniciado la investigación del mismo, cuando por señalamiento de la víctima, algún testigo o participante del delito, se ubica a algún sujeto señalado como participante en el ilícito penal, o se encuentran en su rango de disposición objetos materiales del delito u otros indicios o huellas del mismo, situación que los legisladores secundarios han considerado como justificante para detener a la persona sin orden judicial, y retenerlo para investigación hasta cuarenta y ocho horas, antes de decidir si se le consigna al juez competente o se le libera con las reservas de ley.

Si bien se entiende que la alta incidencia delictiva que aqueja a nuestro país ha generado la necesidad de nuevas herramientas legales para la autoridad, de manera que pueda incrementar su efectividad en la investigación y persecución de los delitos, se estima que se ha incurrido en excesos en la regulación del concepto de flagrancia, al permitir la referida flagrancia equiparada, toda vez que posibilita detenciones arbitrarias por parte de las autoridades policiales, cuando el espíritu de nuestra Constitución es que la flagrancia solo tiene el alcance al momento de la comisión del hecho y el inmediato siguiente, cuando se persigue al indiciado.

Bajo esta premisa, se juzga adecuado explicitar el concepto de flagrancia, señalando su alcance, que comprendería desde el momento de la comisión del delito, es decir el iter criminis, hasta el **período inmediato posterior** en que haya persecución física del involucrado. Consecuentemente, el objetivo es limitar la flagrancia hasta lo que doctrinariamente se conoce como “cuasiflagrancia”, a fin de cerrar la puerta a posibles excesos legislativos que han creado la flagrancia equiparada, que no es conforme con el alcance internacionalmente reconocido de esta figura. Lo expuesto se justifica si consideramos que el espíritu de la reforma es precisar a todos los habitantes del país los casos en que pueden ser detenidos por cualquier persona, sin tener una orden judicial y sin una orden de detención por caso de urgencia expedida por la autoridad administrativa, con la finalidad de no dejar resquicios para posibles arbitrariedades, más aun cuando se ha

incrementando la posibilidad de obtener una orden judicial de aprehensión al reducir el nivel probatorio del hecho y de la incriminación.

En ese orden de ideas, se determina procedente delimitar el alcance de la flagrancia como justificante de la detención del involucrado en un hecho posiblemente delictivo, de forma que solo abarque hasta la persecución física del indiciado inmediatamente después de la comisión del hecho con apariencia delictiva.

(CDCU 2007) (PP 122, 123)

El 13 de diciembre del mismo año, en la Cámara de Senadores, se sometió a aprobación el dictamen aceptado por la Cámara de Diputados; ahí se reiteraron las consideraciones enviadas por esta y se concluyó coincidiendo con el concepto de flagrancia propuesto.

Posteriormente, en la Cámara de Senadores, el senador Ulises Ramírez Núñez insistió en la necesidad de abandonar toda posibilidad de que en las legislaciones secundarias se incluyera la descripción de *flagrancia equiparada*. Sus palabras literales fueron:

Solo para aclarar aún más respecto de la flagrancia, de la flagrancia que se refiere en la segunda parte del artículo que estamos discutiendo, es lo que se llama cuasiflagrancia, inmediatamente que se está cometiendo, se tiene conocimiento y se persigue y se puede detener, existe una categoría adicional que se está limitando y que se está dando en el país y es la flagrancia equiparada, con este artículo estamos limitando que esta flagrancia equiparada esté operando en varios estados del país, ¿qué significa? Que existe un plazo diferente en cada estado entre 42 y 70 horas para que después de que se cometió un delito, si a un perseguido se le encuentra algún

objeto que utilizó producto de lo robado, pueda ser detenido. Eso se está limitando en este artículo... (CDCU 2007) (P. 394)

Lo que en la práctica se pretendió erradicar está descrito en el Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria (ONU 2002), acerca de su visita a México en noviembre de 2002 (informe publicado el 17 de diciembre de 2002). En él se contrastaron las circunstancias en las que México cumplía con la prohibición contenida en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1976) según la cual: *Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.*

En el informe, el Grupo señaló que si bien se había encontrado en las autoridades una apertura y un deseo de mejorar el control de las detenciones, persistían dificultades para poner en práctica los medios para combatir la arbitrariedad. Al respecto citó dos ejemplos: *la presunción de inocencia que no está expresamente establecida en la legislación, y la figura de la “flagrancia equiparada”, que otorga una suerte de “cheque en blanco” para detener a las personas.*

En el capítulo relativo a *temas de preocupación*, el Grupo advirtió literalmente lo siguiente:

[...] B. Relación entre flagrancia equiparada y detención arbitraria.

39. La “flagrancia equiparada” reposa sobre una concepción extensiva del concepto de “flagrancia” que permite detener a una persona no solo cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia

su autor es descubierto, o cuando el delito acaba de cometerse, sino cuando la persona, durante el período de 72 horas que sigue a la comisión del delito, es sorprendida con objetos, huellas o indicios que revelan que acaba de ejecutar el delito. El delito ha sido cometido y la persona es detenida después de ser descubierta y perseguida. La consecuencia de la “flagrancia equiparada” es que permite arrestos sin orden judicial sobre la base de simples denuncias o declaraciones testimoniales, tal como el Grupo de Trabajo pudo comprobar en sus entrevistas con numerosos detenidos. Este supuesto de flagrancia es incompatible con el principio de la presunción de inocencia y genera tanto riesgos de detenciones arbitrarias como de extorsiones. [...] (ONU 2002) (P. 14)

Como se puede apreciar, los actores del proceso de reforma constitucional dieron cuenta de este contexto y determinaron limitar la posibilidad de legitimar detenciones no autorizadas judicialmente, bajo la excusa de que se trata de detenciones en flagrancia.

Una vez precisado el criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del concepto de *flagrancia* y, del abandono de la posibilidad de detenciones en *flagrancia equiparada*, se hace necesario contrastar el contenido del párrafo quinto del artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el supuesto descrito en el inciso b), fracción II, del artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

De esta manera, tenemos que el artículo 16, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone:

Artículo 16. (...)

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y esta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

...

A su vez, el diverso 146, fracción II, inciso b), del Código Nacional de Procedimientos Penales, refiere:

Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia.

Se entiende que hay flagrancia cuando:

I. (...)

II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o

b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

De la lectura del precepto constitucional, se advierte que la autorización de detención no judicializada por flagrancia se limita a dos supuestos:

- a) Autoriza a cualquier persona a detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito (Flagrancia), o
- b) Autoriza a cualquier persona a detener al indiciado inmediatamente después de haberlo cometido (Cuasiflagrancia).

La primera hipótesis nos parece clara y no nos detendremos en ella, ya que además no es motivo de nuestro análisis; así que nos enfocaremos a la segunda hipótesis, en lo particular me parece que su interpretación debe ser literal y restrictiva, es decir, el derecho humano a la libertad personal es de protección intensa por nuestra Carta Magna, y la propia norma Suprema ha establecido que los derechos humanos reconocidos en ella, sólo pueden ser restringidos o limitados en los casos en que la propia Constitución así lo disponga.

A su vez, del análisis del artículo 146, fracción II, inciso b), del Código Nacional de Procedimientos Penales, es posible advertir seis hipótesis de detención que extienden el concepto actualmente reconocido por nuestra Carta Magna del término *flagrancia*; esas hipótesis nos indican que se entenderá que hay flagrancia cuando:

Inmediatamente después de la comisión del delito el activo es detenido, en virtud de que:

- 1) La persona sea señalada por la víctima u ofendido;
- 2) La persona sea señalada por algún testigo presencial de los hechos;
- 3) La persona sea señalada por quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito;
- 4) La persona tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito;

5) Se cuente con información que haga presumir fundadamente que intervino en el mismo; o,

6) Se cuente con indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo,

Según el texto del último párrafo del artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales, los tres primeros incisos relativos a la flagrancia por señalamiento se actualizarán siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito, no se haya interrumpido la búsqueda o localización del perpetrador.

Los incisos 1), 2) y 3), contienen como condición a cumplir para que se considere legal la detención en flagrancia de un individuo, en el primer inciso: que exista el señalamiento en su contra por parte de la víctima u ofendido; en el segundo: que exista el señalamiento en su contra por algún testigo presencial de los hechos y, en el tercero: que exista señalamiento en su contra por quien hubiere intervenido con él en la comisión del delito.

Como se ve estos supuestos, establecen la necesidad de que inmediatamente después de la ejecución de un delito, exista un señalamiento en contra del ejecutor del mismo, ya sea por la víctima u ofendido, por un testigo presencial de los hechos o por quien hubiere intervenido con él en la comisión del delito y, como consecuencia de ese señalamiento, se lleve a cabo una persecución, detención que podrá efectuarse mientras no cese la persecución.

Los supuestos insertos en los incisos 1), 2) y 3), a nuestro parecer se tratan de una flagrancia equiparada, pues si bien no se precisó el lapso que se extiende el supuesto de detención en flagrancia, como sí se hizo en anteriores legislaciones, lo cierto es que permite que se prolongue la posibilidad de la detención en flagrancia por

el tiempo que dure la búsqueda y localización del activo, siempre y cuando no se interrumpa esta, pudiendo incluso realizarse en un tiempo mayor al que preveían anteriores legislaciones, dado que no tiene límite.

Por otro lado, no queda claro ante quién debe hacerse el señalamiento (denuncia) por parte de las personas descritas en los incisos 1), 2), y 3), pero parece poco probable, y hasta cierto punto ilógico, que la persecución la realice un particular y que la misma se prolongue de manera ininterrumpida hasta lograr la detención del perpetrador del ilícito; en todo caso, estimamos que en estos supuestos, el señalamiento deberá hacerse ante la autoridad competente a la que le corresponda conocer del delito, para que con los medios con que el Estado la dota, atienda dicho evento.

Es importante comentar que tampoco se establece un límite de temporalidad entre la ejecución del hecho delictivo y el señalamiento que cualquiera de las personas mencionadas realice; esto es, entre el momento mismo de la comisión del delito y el diverso momento en el que la víctima u ofendido, el testigo o el coacusado, comunican de la realización del delito acompañando los datos de identificación del perpetrador, ya sea a un particular o a una autoridad, para que procedan a realizar la persecución; pero lo más preocupante, insistimos, es que permite que se prolongue la posibilidad de la detención en flagrancia por el tiempo que dure la búsqueda y localización del activo, siempre y cuando no se interrumpa esta, esto es, la norma no establece un límite.

El inciso 4), alude a que inmediatamente después de la comisión del delito, el activo es detenido, en virtud de que se encuentren en su poder los objetos, productos o instrumentos del delito.

La construcción de esta proposición normativa sugiere que no existe en contra del perpetrador ningún señalamiento en específico hacia su persona, pero sí existe una descripción del hecho delictivo, de los objetos utilizados para su realización y de los productos obtenidos por su comisión, hipótesis que podría darse por ejemplo: cuando la víctima u ofendido o el testigo, no pudieran realizar un señalamiento que permitiera identificar al perpetrador de un robo, pero que describieran ampliamente los objetos robados, los instrumentos utilizados o los productos del mismo, ante la autoridad o un particular y que, al emprender la persecución, se detuviera a un sospechoso por tener aquellos en su poder; en este supuesto, lo único que vincularía al sospechoso con la comisión del hecho delictivo es la circunstancia de que le fueron encontrados los objetos, productos o instrumentos del delito.

Hipótesis que se aleja enormemente de la nueva connotación que nuestra Carta Magna sostiene respecto de un delito flagrante, que se entiende como aquel (y solo aquel) que brilla a todas luces, lo que obedece a que la flagrancia es siempre una condición que se configura previamente a la detención. Esto implica que la policía o cualquier particular no tienen facultades para detener ante la sola sospecha de que alguien pudiera haber cometido un delito; insistimos, la flagrancia resplandece, no se escudriña.

Además de que en esta hipótesis, la posibilidad de la detención se prolonga en el tiempo indefinidamente, pues al no tratarse de flagrancia por señalamiento no opera la condición inserta en el último párrafo, del artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativa a que la detención se considerará en flagrancia inmediatamente después de cometer el delito,

siempre que no se interrumpa la persecución del activo; detención que tendrá como única vinculación con el hecho delictivo la descripción de los objetos productos o instrumentos del delito y no propiamente la descripción del perpetrador del delito.

Nosotros advertimos con preocupación que las proposiciones contenidas en los incisos 1), 2), 3) y 4) se separaran con la conjunción disyuntiva *o* de la proposición descrita en el inciso 5), lo que implica una separación de ideas por parte del legislador, esto es, son supuestos diferentes; bajo esa interpretación, anotamos que se considera detención en flagrancia aquella en la que inmediatamente después de cometer el delito, la persona es detenida en virtud de que se cuente con información, en esta hipótesis la posibilidad de la detención se prolonga en el tiempo indefinidamente, pues al no tratarse de una flagrancia por señalamiento, no surge la condición inserta en el último párrafo del artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativa a que la detención se considerara en flagrancia inmediatamente después de cometer el delito, siempre que no se interrumpa la persecución del activo.

En efecto, esta porción normativa deja totalmente abierta la posibilidad de que la legalidad de la detención se satisfaga bajo el argumento de que, si bien no existe señalamiento en contra del activo, ni se le encontraron en su poder objetos o instrumentos del delito, sí existe información de que lo cometió, lo que desde nuestra óptica es contrario a los principios de presunción de inocencia, certidumbre y seguridad jurídica, y desde luego, a la nueva connotación del vocablo *flagrancia*, pues no se tiene la certeza del origen, obtención y por consecuencia, de la calidad de la información con la que cuentan los aprehensores.

Máxime que el supuesto contenido en el inciso 5), por su redacción, excluye la posibilidad de que esa información hubiere sido proporcionada por fuentes confiables –por haber conocido presencialmente del hecho delictivo– como pudieran ser la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o por quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, pues de no haber sido así, resulta ilógica su inclusión en la norma.

De la misma forma, que la proposición contenida en el inciso 5), se separara con la conjunción disyuntiva o de la proposición descrita en el inciso 6), desde luego significa una disociación de ideas por parte del legislador; son supuestos diferentes, bajo esa interpretación, anotamos que se considera detención flagrante aquella en la que, inmediatamente después de cometer el delito, la persona es detenida, en virtud de que se cuente con indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo; en esta hipótesis la posibilidad de la detención se prolonga en el tiempo indefinidamente, pues al no tratarse de una flagrancia por señalamiento, es incuestionable que tampoco se actualiza la hipótesis contenida en el último párrafo, del artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativa a que la detención se considerara en flagrancia inmediatamente después de cometer el delito, siempre que no se interrumpa la persecución del activo.

Esta porción normativa deja abierta la posibilidad de que la legalidad de la detención se satisfaga bajo el argumento de que, si bien no existe señalamiento en contra del activo, ni se le encontraron en su poder objetos o instrumentos del delito, ni existe información de que lo cometió, sí se cuente con indicios que hagan

presumir fundadamente que intervino en el mismo. Las preguntas que nos surgen son: ¿Cuáles serían esos indicios? ¿Quién los proporciona? ¿Bajo qué parámetros se les va asignar un valor que lleve a la presunción fundada de que la persona intervino en delito? ¿Quién va a realizar ese ejercicio de valoración de indicios, el aprehensor? ¿Con qué facultades?

Es así, porque la redacción del inciso 6) excluye los incisos que le precedieron, es decir, permite la posibilidad de incorporar indicios cuyo origen, obtención y licitud no estén sujetos a ningún control, y que incluso provengan de terceros que no percibieron por sus sentidos la comisión del delito en el momento en el que se estaba ejecutando por el activo, o que no lo vieron abandonar el lugar de los hechos después de su comisión, lo que desde nuestra óptica es contrario *per se* a los principios de presunción de inocencia y de seguridad jurídica.

Supuesto que también, indebidamente, permite que se prolongue la posibilidad de la detención en flagrancia por el tiempo que dure la persecución del activo; en esta hipótesis la posibilidad de la detención se prolonga en el tiempo indefinidamente, porque al no tratarse de una flagrancia por señalamiento, no se justifica la condición inserta en el último párrafo, del artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativa a que la detención se considerará en flagrancia, inmediatamente después de cometer el delito, siempre que no se interrumpa la persecución del activo.

Los supuestos analizados, sin lugar a dudas, constituyen lo que la doctrina conoce como *flagrancia equiparada*, dado que extienden las posibilidades de justificar la legalidad de la detención de una persona.

En ese orden, si bien los supuestos analizados en la fracción II, inciso b), del artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales, ya no contienen un número de horas determinado por la legislación para considerar como realizada en flagrancia una detención, como sí lo hacia el artículo 193, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, ello lejos de ser un mecanismo de seguridad jurídica para los gobernados que limite las hipótesis de flagrancia, lo cierto es que la porción normativa citada en primer término las extiende; por tanto, es regresiva del derecho humano a la seguridad jurídica, dado que el legislador ordinario construyó esa hipótesis normativa desatendiendo los parámetros marcados por el constituyente reformador, quien en la reforma constitucional de junio de 2008, proscribió el uso de la flagrancia equiparada de nuestro sistema jurídico penal.

Lo expuesto nos permite sostener que las hipótesis inmersas en el inciso b), de la fracción II, del artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales, no constituyen la flagrancia o cuasiflagrancia a la que se refiere el párrafo quinto, del artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino lo que se conoce doctrinariamente como una *flagrancia equiparada*, por ende, esa porción normativa contiene restricciones a la libertad personal no autorizadas por nuestra Carta Magna, restricciones que incluso fueron tajantemente repudiadas y abandonadas por el reformador constituyente en su reforma constitucional de junio de 2008.

A partir de lo planteado, es posible construir un argumento de defensa desde la perspectiva constitucional que nos permita combatir, durante la fase procesal a que se refieren los artículos 307 y 308 del Código Nacional

de Procedimientos Penales, la solicitud del Fiscal ante el Juez de Control, respecto de la calificación de la legalidad de una detención en flagrancia, que funde en el inciso b), de la fracción II, del artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En ese supuesto, sería viable argumentar la inconstitucionalidad de la porción normativa de dicho artículo, al establecer restricciones al derecho humano a la libertad personal no autorizadas por nuestra Carta Magna y, para ello, sería factible solicitar al Juez de Garantías que realice un control difuso de la constitucionalidad de ese precepto y, sin realizar declaratoria de inconstitucionalidad, provea la petición del Fiscal a la luz de los supuestos de flagrancia contenidos en el párrafo quinto de nuestra Carta Magna, apoyando tal petición en el artículo 1, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que manda lo siguiente:

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

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos

humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

...

Lo anterior, encuentra fundamento en el criterio sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la tesis cuyos datos de localización, rubro y texto a continuación se insertan (SCJN 2014):

Época: Décima Época

Registro: 160589

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1

Materia(s): Constitucional

Tesis: P. LXVII/2011(9a.)

Página: 535

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano

de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

Lo expuesto se fortalece con el criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la tesis cuyos datos de localización, rubro y texto a continuación se insertan (SCJN 2014):

Época: Décima Época

Registro: 2006478

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a. CXCIX/2014 (10a.)

Página: 547

LIBERTAD PERSONAL. LA AFECTACIÓN A ESE DERECHO HUMANO ÚNICAMENTE PUEDE EFECTUARSE BAJO LAS DELIMITACIONES EXCEPCIONALES DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL. La libertad personal se reconoce y protege como derecho humano de primer rango tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 1o., 14 y 16), como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7); de ahí que su tutela debe ser la más amplia posible, conforme a la fuente jurídica que mejor la garantice y solo puede limitarse bajo determinados supuestos de excepcionalidad, en concordancia con los sistemas constitucional y convencional, es decir, a partir del estricto cumplimiento de requisitos y garantías de forma mínima a favor de la persona; de lo contrario, se estará ante una detención o privación de la libertad personal prohibida tanto a nivel nacional como internacional.

Argumento que tendría como finalidad obtener la libertad con las reservas de ley de nuestro patrocinado.

La pretensión que aquí se plantea parte del punto de vista de la defensa; desde luego, es debatible, no buscamos *descubrir el hilo negro*; sin embargo, lo que sí deseamos comunicar es que, en nuestra función, no debemos dar nada por sentado, debemos ser creativos, exhaustivos, con amplia visión y criterio, con el objeto de intentar desarrollar a favor de nuestros usuarios todas aquellas líneas de defensa que tanto las normas internas como convencionales nos permitan.

III. Conclusiones

PRIMERA: El análisis del artículo 146, fracción II, inciso b), del Código Nacional de Procedimientos Penales, nos permite sostener que las hipótesis que contiene en esa porción normativa no reglamentan la cuasiflagrancia sino que retoman a la *flagrancia equiparada* pero sin límite de temporalidad; solo condicionada en los casos de flagrancia por señalamiento a que no se suspenda la búsqueda o localización del activo.

SEGUNDA. Consideramos que el contenido del inciso b), fracción II, del artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales, es contrario al párrafo quinto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la medida que contiene restricciones a la libertad personal no autorizadas por nuestra Carta Magna.

TERCERA: Sí es posible construir fundadamente un argumento de defensa para la audiencia de control de la detención, desde la perspectiva constitucional, cuando el Fiscal funde su petición de calificación de legalidad de la detención apoyándose en el inciso b), fracción II, del artículo 146, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

IV. Referencias bibliográficas

- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (2014), *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>
- _____: (2008), *CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. Recuperado de http://www.normateca.gob.mx/Archivos/34_D_1628_27-06-2008.pdf
- _____: (2014), *CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>
- _____: (2007), *REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL Y SEGURIDAD PÚBLICA (PROCESO LEGISLATIVO)*. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>
- Organización de Estados Americanos. (2014). *CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*. Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0259.pdf>
- _____: (1976). *PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>
- _____: (2002). *INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA ACERCA DE SU VISITA A MÉXICO*. Recuperado de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2175.pdf?view=1>

La jerarquía constitucional en México y en Colombia frente a los tratados internacionales en materia de derechos humanos

*OMAR JULIÁN ROMÁN PEÑA**

RESUMEN: Con las reformas constitucionales de junio de 2011, en México, se formó el parámetro de control de regularidad constitucional, concepto similar a lo que en Colombia se conoce como bloque de constitucionalidad; esto es, que las normas de derechos humanos previstos en los tratados internacionales adquieran rango constitucional, por tanto, en el presente artículo se definirá cada uno de estos temas.

SUMARIO: I. Introducción. II. Objetivo. III. Supremacía constitucional. IV. Jerarquía normativa. V. La Constitución. VI. Bloque de constitucionalidad. VII. Jerarquía constitucional en México y en Colombia frente a los tratados internacionales. VIII. Parámetro de control de regularidad constitucional. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

I. Introducción

El presente tema es de suma importancia, en virtud de que existen diversas interrogantes sobre la jerarquía normativa que tiene la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a partir de las reformas del 10 de junio de 2011.

* Asesor Jurídico Federal.

En fecha 24 de junio de 2011, se denunció la contradicción de tesis número 293/2011, misma que fue resuelta el día 3 de septiembre de 2013, en la que se determinó, que los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la Constitución se encuentran en el mismo nivel jerárquico; pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis 293/2011, reconoció que derivado de la reforma constitucional de junio de 2011, se formó un *parámetro de control de regularidad constitucional*.

¿Por qué es importante determinar la jerarquía constitucional? Consideramos su importancia, porque de ello depende el control de constitucionalidad y de convencionalidad.

Por lo anterior, consideramos que el presente tema es muy actual y por ello es fundamental establecer la jerarquía normativa.

En el presente artículo, se analizará, comparativamente, el orden jurídico que rige en México y en Colombia, los cuales están compuestos por normas jurídicas que se encuentran en diferente nivel jerárquico.

Compararemos ambas Constituciones con respecto a la Supremacía Constitucional y la jerarquía, en relación con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, toda vez que con dicho análisis podremos determinar cómo se debe realizar el control constitucional, esto es, si debe de ser a la luz de la Constitución o a la luz de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos.

Comentaremos sobre los aspectos más importantes en cuanto al principio de supremacía constitucional y jerarquía normativa en ambas legislaciones.

Definiremos lo que se entiende por bloque de constitucionalidad y si en México se formó este bloque a partir de las reformas del 10 de junio de 2011, tal y como se estableció en Colombia.

II. Objetivo general

En el presente artículo, hablaremos de la supremacía constitucional y de la jerarquía normativa respecto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es decir, analizaremos la jerarquía normativa en relación con el artículo 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comparándolos con los artículos 4, 93, 94 y 214 de la Constitución Política de Colombia.

Esto es, primeramente definiremos el concepto de supremacía constitucional, luego hablaremos de la jerarquía normativa, posteriormente analizaremos lo que ha definido la Corte Constitucional Colombiana por bloque de constitucionalidad, para después concluir con lo que definió la Suprema Corte, sobre *parámetro de control de regularidad constitucional*.

III. Supremacía constitucional

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual tiene como antecedente mediato, el artículo VI, sección 2, de la Constitución de Estados Unidos de América y que dispone:

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 ...

Atento a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante varias décadas determinó, con base en dicho precepto, la Supremacía Constitucional, emitiendo innumerables tesis jurisprudenciales respecto al tema e interpretando la Jerarquía Normativa en relación con los tratados internacionales y las leyes federales, por lo que mediante una tesis emitida en 1992¹, determinó que los tratados internacionales y las leyes federales tenían la misma jerarquía normativa, posteriormente en 1999², el máximo tribunal interpretó que la ley suprema es la Constitución Federal y que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y, en un segundo plano respecto de la Constitución Federal.

Asimismo, en 2007³ emitió otro criterio, en el sentido de que los tratados internacionales se ubican debajo de la Constitución y jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales; sin embargo, a partir de las reformas del 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos, dicho tribunal replanteó

¹ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 60, diciembre de 1992, p. 27, registro IUS: 205596 del rubro: **LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.**

² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, nov de 1999, tesis: P, LXXVII/99, p 46, registro IUS: 192867 del rubro: **TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, abril de 2007, tesis: P. IX/2007, p. 6, registro IUS: 172650 del rubro: **TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.**

la jerarquía normativa y la supremacía constitucional, determinando que estos, con independencia de su fuente, constituyen el *parámetro de control de regularidad constitucional* que es igual a lo que se conoce como *bloque de constitucionalidad*, el cual será analizado más adelante.

Ahora bien, respecto a la supremacía constitucional, podemos indicar que, de conformidad con la pirámide de Kelsen, en la cúspide se encuentra la Constitución Federal, la que se ha denominado norma fundamental, en virtud de que la Constitución crea los poderes, delimita sus funciones y señala las competencia de los órganos políticos, se establecen los procedimientos de la producción del derecho de normas inferiores, reconoce los derechos fundamentales a los habitantes del Estado, por ende, si los órganos políticos no actúan dentro del marco competencial establecido por aquella o las normas inferiores, no cumplen con los procesos legislativos que la misma Constitución establece, es evidente que dichos actos podrían impugnarse a través de los medios de control constitucional y, en su caso, podrían ser declaradas inconstitucionales por no respetar los principios de supremacía constitucional, de jerarquía normativa, de subordinación jerárquica y de reserva de ley, por ello se dice, que la Constitución es la norma suprema a la que deben de conformarse todos los actos y normas a las cuales deberá sujetarse el poder político del Estado.

La supremacía consiste en ser la regla de validez de las demás normas y tratados...⁴

La constitución esencialmente distribuye, organiza y limita el ejercicio del poder político⁵.

⁴ Silva Irarrázaval, L: "Supremacía..." cit, p. 124.

⁵ *Ibidem*, p. 134.

Una de las características de la normatividad de la Constitución, es que constituye el parámetro de validez de las demás normas del sistema jurídico, por lo que la supremacía constitucional implica la subordinación del orden jurídico a la Constitución. La supremacía tiene dos aspectos: uno es la superioridad política y el otro, la supremacía legal o supra legalidad.

Por ende, es importante determinar la supremacía constitucional y la jerarquía normativa, toda vez que de ello dependerá el control de constitucionalidad de las normas infra legales.

También en Colombia existe la supremacía constitucional, cuando en el artículo 4º de dicha Constitución se dispone:

Artículo 4º. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Por tal razón podemos advertir que en Colombia existe la supremacía constitucional y un control de constitucionalidad.

IV. Jerarquía normativa

Según Han Kelsen, la jerarquía da unidad y validez al orden jurídico, es también un elemento de cohesión, así lo apunta en los siguientes términos:

El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye,

a la postre, en la norma fundante básica. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción...⁶

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

Los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o de diverso rango. En la primera hipótesis hay entre ellos una relación de coordinación; en la segunda un nexo de supra o subordinación. La existencia de las relaciones de este último tipo permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela, al propio tiempo, el fundamento de su validez⁷.

Esto es, que las normas jurídicas tienen un límite superior y otro límite inferior, en donde existe una norma suprema que provoca que se produzcan las demás normas inferiores, por una serie de facultades a diversas autoridades que señala la misma norma suprema.

El proceso de aplicación es una larga serie de situaciones que se escalonan en orden de generalidad decreciente. Toda situación jurídica hállose condicionada por una norma abstracta.

⁶ Kelsen, H.: Teoría...cit., p. 232.

⁷ García Máynes, E.: Introducción... cit., p. 83.

*Las de general observancia, que en relación con los actos jurídicos son condicionantes, encuéntranse, a su vez, condicionadas por otros preceptos de mayor rango. Una norma es condicionante de otra, cuando la existencia de esta depende de la de aquella. Los actos jurídicos son condicionados por las normas del derecho, porque tanto la formación cuanto la validez y consecuencias de los mismos derivan de dichas normas, y en ellas encuentran su fundamento. La existencia de un contrato está condicionada por ciertas disposiciones, de carácter general que establecen las formas de contratación, las reglas de capacidad, los requisitos de validez y las consecuencias jurídicas de los diversos negocios. Un negocio jurídico concreto, que en relación con tales normas se halla en un plano de subordinación, constituye, relativamente a las partes, y por lo que toca a las consecuencias de derecho, una norma o conjunto de normas determinantes. En este sentido se dice que los contratos son ley para quienes los celebran (*lex inter partes*). Dicha ley (norma individualizada, según la terminología de los juristas vieneses) es condicionante de las consecuencias del negocio las cuales, a su vez, se hallan condicionadas por ella...*

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

Jano. Si se las examina desde arriba, aparecen ante nosotros como actos de aplicación; si desde abajo, como normas.

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

La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría. Por su parte, los actos posteriores de aplicación carecen de significación normativa, ya que representan la definitiva realización de un deber jurídico (un ser, por consiguiente).

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

1. Normas constitucionales.
2. Normas ordinarias.
3. Normas reglamentarias.
4. Normas individualizadas.

Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas, en cambio, refíeranse a situaciones jurídicas concretas.⁸

Así, tenemos que en el sistema jurídico mexicano existe la jerarquía de normas, que va desde la más general

⁸ *Ídem.*

a la que se ha dado el nombre de norma fundamental, la cual dispone la forma en que se deberán producir las normas secundarias y otorga facultades a diversos órganos o poderes para crear la norma, atendiéndose principalmente a la forma de gobierno y a la teoría de la división de poderes, esto es, que la forma para producir las normas inferiores y las atribuciones de los poderes del Estado para hacerlo, necesariamente deberá de estar dispuesto en la norma fundamental o norma suprema, en virtud de que de esta norma fundamental se deriva toda la producción del sistema jurídico.

Por tanto podemos señalar que existe una norma suprema, de la cual se deriva la ley y de esta, a su vez, se deriva el reglamento, hasta llegar a los decretos, circulares y acuerdos, pero estas deberán respetar los principios de subordinación jerárquica y principio de reserva de la ley.

V. La Constitución

Respecto a la Constitución, el doctor Serra Rojas, en su obra *Derecho Administrativo*, señala que:

Desde el punto de vista material, la Constitución está integrada por el conjunto de reglas jurídicas que determinan el arreglo y el funcionamiento de los órganos de la nación constituidos en Estado.

Siguiendo el criterio formal, una Constitución es la ley suprema, que se caracteriza por el hecho de que no puede ser modificada más que siguiendo el procedimiento especial que la misma señala.

La Constitución es la fuente por excelencia del derecho, en cuanto determina la estructura del Estado, la forma de gobierno, la competencia de los órganos constitucionales y administrativos, los derechos básicos de una comunidad, elevados a la categoría de

constitucionales, para mantenerlos permanentemente fuera de los vaivenes de los problemas políticos cotidianos...⁹

Se ha tratado de distinguir en los preceptos de la Constitución, aquellas normas que se refieren a la estructura permanente u orgánica de la Constitución, como su forma republicana, federal, democrática, representativa, considerando que esas normas Políticas sólo pueden, ser modificadas por el poder constituyente. Y las demás normas que quedan bajo la competencia del poder constituyente constituido¹⁰.

Así, tenemos que la Constitución es la norma fundamental que organiza a un Estado y que indica la forma de gobierno que asumirá, la forma en que se dividirán los poderes del gobierno y establecerá las competencias y facultades que a cada uno de ellos les corresponde, estableciéndose mecanismos para controlar los actos de los poderes de gobierno dentro de los límites competenciales, con la condicionante que si exceden de sus facultades, dichos actos pueden ser declarados nulos o inválidos.

Por tanto, podemos señalar que las facultades o atribuciones de los diversos órganos de gobierno que no estén establecidas en la Constitución para crear normas, violan el artículo 16 de la Constitución, toda vez que todo acto de autoridad necesariamente debe ser emitido por autoridad competente, quien debe fundar y motivar su actuación, la cual debe estar prevista en una norma jurídica y, en caso de no ser competente o no contar con dichas facultades, ese acto podría ser declarado nulo y para lograrlo, la misma Constitución prevé mecanismos

⁹ Serra Rojas, A: *Derecho ... cit.*, p. 177.

¹⁰ *Idem.*

de defensa contra posibles violaciones por parte de los órganos de gobierno o de los entes públicos.

VI. Bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad es un término que no ha sido, hasta la fecha, aceptado en México; sin embargo, en diversos países actualmente es una realidad.

La noción de bloque de constitucionalidad puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica: el *bloque de constitucionalidad* hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional.

Esto es, que a través de un artículo o de un preámbulo de la misma Constitución, se permite la incorporación de diversos derechos que no están expresamente señalados en la Constitución, sino en diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, es decir que en los ...*textos constitucionales se hacen remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de Valor constitución*¹¹.

Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, la Corte Suprema, al momento de interpretar la Constitución, introduce varios derechos (que no están expresamente señalados en el texto constitucional) a través de la novena enmienda de ese mismo ordenamiento legal.

Asimismo sucede en Francia, en donde el Consejo Constitucional Francés incorpora una amplia carta de derechos a través del preámbulo de la Constitución

¹¹ Uprimny, R.: “Bloque ...” cit., p. 2.

de 1958 que señala: ...*el pueblo francés proclama solemnemente en su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la constitución de 1946...*, por ende, al referirse su preámbulo a los derechos humanos, el consejo constitucional confirió jerarquía y valor constitucional a diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, dándole por consecuencia una jerarquía constitucional y con ello se logró ampliar el parámetro de control constitucional.

Por otro lado, respecto a la experiencia colombiana, podemos manifestar que en este país han existido, por lo menos, 4 etapas evolutivas del bloque de constitucionalidad, esto es, que Colombia, hasta hace poco, contaba con una de las Constituciones más antiguas del continente americano, ya que pese a las importantes y numerosas modificaciones que había recibido en su dilatado periodo de vigencia, su elaboración originaria tuvo lugar en 1886, sustituyendo entonces a la denominada Constitución de Rio Negro de 1863. Sin embargo, las fuertes tensiones políticas y sociales que se suscitaron en Colombia en la década de los años 80 del siglo XX, provocaron una corriente a favor de la reforma institucional, por lo que fue hasta 1991 cuando fue promulgado el nuevo texto constitucional.

Así, tenemos que antes de la promulgación de la nueva Constitución, los órganos jurisdiccionales rechazaron la posibilidad de incorporar otros derechos que no estuvieran expresamente señalados en la Constitución; posteriormente, en una segunda etapa (1992 a 1994) la Corte Constitucional resolvió algunos casos, conforme al bloque de constitucionalidad,

aunque no fue mencionado expresamente con ese nombre; una tercera etapa (1995 y 1996), cuando la Corte Constitucional Colombiana ingresa en forma expresa en la jurisprudencia constitucional el término de *bloque de constitucionalidad*; y, por último, una cuarta etapa, en donde se acoge plenamente dicho término, y se resuelven, con base en este principio, los casos sometidos a su consideración.

Por tanto, la Constitución de 1991 confiere una fuerza jurídica interna a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, mediante los artículos 53, 93, 94 y 214 de la Constitución Colombiana.

Consecuentemente, a través de dichos preceptos constitucionales, la Corte Colombiana ha incorporado al texto constitucional, diversos derechos fundamentales previstos en tratados internacionales en materia de derechos humanos, mismos que no aparecen previstos expresamente en la norma fundamental, ocasionando ciertas ventajas que permiten que la Constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta derechos que no están previstos directamente en el texto constitucional.

El bloque de constitucionalidad se refiere a las normas que tienen jerarquía constitucional para decidir un determinado asunto, pero debemos aclarar que la misma Corte Constitucional Colombiana hace la distinción respecto a los tratados internacionales en general y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, toda vez que ha interpretado en el sentido de que los primeros tienen una jerarquía supra legal e infra constitucional y, los segundos, tienen una jerarquía constitucional, los cuales pueden servir como parámetro para invalidar una norma.

La Corte consideró que no existía ninguna remisión normativa que justificara la inclusión de todos los tratados en el bloque, pues la Constitución Colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones, que el conjunto de todos los tratados ratificados por Colombia, deben ser tomados en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes.

Por otro lado, debemos manifestar las técnicas de reenvío normativo en la construcción del bloque de constitucionalidad; en esencia, existen cinco técnicas básicas¹²:

1. La remisión a textos cerrados y definidos; por ejemplo, cuando varias constituciones latinoamericanas incorporan la Convención Americana de Derechos Humanos.
2. El reenvío a textos cerrados, pero cuya determinación suscita algunas polémicas e incertidumbres; por ejemplo, cuando el preámbulo de la Constitución de Francia remite a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, pero no se sabe cuáles son esas leyes ni estos principios.
3. La remisión a texto por desarrollar; por ejemplo, cuando la Constitución Española se refiere a los estatutos de autonomía que serían ulteriormente aprobados.
4. Las remisiones abiertas a valores y principios, por ejemplo, la cláusula de derechos innominados de la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos.
5. La remisión a otros valores por medio del uso de conceptos, particularmente indeterminados.

¹² *Ibidem*, p. 29.

Atento a lo anterior, nos podemos percatar que existen diversas técnicas de renvío normativo en las Constituciones de los Estados, mediante las cuales se forma el bloque de constitucionalidad.

Por otro lado y en relación con las técnicas de reenvío, podemos afirmar que en Colombia se utiliza la remisión a textos cerrados pero no definidos, esto es porque los artículos 93 y 94 de la Constitución Colombiana disponen:

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

De lo anterior, nos podemos percatar que ambos preceptos constitucionales remiten a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, formándose a través de ellos un bloque de constitucionalidad.

Asimismo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de las reformas del 10 de junio de 2011, se debe utilizar la remisión a textos cerrados pero no definidos a través del artículo 1º constitucional, que dispone:

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

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

(....)

Esto es, que mediante el artículo 1º constitucional, al señalar que: ...*todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...* es en donde las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, deberán remitirse a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, formándose con ello un bloque de constitucionalidad, toda vez que dichos tratados internacionales adquieran rango constitucional; en cambio, los demás tratados

internacionales se deberán regir por el artículo 133 constitucional y, por ende, deberán seguir teniendo una jerarquía infraconstitucional y supralegal, en virtud de que no existe fundamento legal que permita que todos los tratados internacionales adquieran rango constitucional.

VII. Jerarquía constitucional en México y en Colombia frente a los tratados internacionales

Como anteriormente lo señalamos, el artículo 133 de la Constitución Política de México ha sido interpretado en diversas épocas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tratando de desentrañar la jerarquía normativa que tienen los tratados internacionales; sin embargo, a partir de las reformas del 10 de junio de 2011, los tratados internacionales en materia de derechos humanos adquirieron un rango constitucional; sin embargo, la Segunda Sala de la Corte, emitió una tesis¹³ en la que coloca a la Constitución en la cúspide del orden jurídico y debajo de ella, a los tratados internacionales de los que México sea parte; en consecuencia, es evidente que dicho órgano jurisdiccional desconoció el bloque de constitucionalidad; sin embargo, con la resolución de la contradicción de Tesis número 293/2011, emitida por el Pleno del Máximo Tribunal del país en fecha 3 de septiembre de 2013, en la cual determinó que los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la Constitución Federal, se encuentran en el mismo nivel jerárquico; pero cuando en la Constitución

¹³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo Libro XIII octubre de 2012, tesis: 2a. LXXXV/2012, p. 2038, registro IUS: 2002065 del rubro: SUPREMACIA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETAR ESTE PRINCIPIO.

haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, por ende, los operadores jurídicos deberán confrontar los actos y normas tomando como parámetro los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos.

Es decir, que dicha resolución fue acorde con lo determinado por la Corte Interamericana en el párrafo 339 del caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*¹⁴ que a la letra señala:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no

¹⁴ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Fondo. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209. Párrafo 339.

solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...

Asimismo, el Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente Varios 912/2010, referente al caso de Rosendo Radilla¹⁵, determinó que todos los juzgadores que tengan funciones materialmente jurisdiccionales deberán realizar no solo un control de constitucionalidad, al cual se refiere el artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, sino además, deberán realizar un control de convencionalidad de oficio, ya sea desaplicando la norma o en su caso, declarando su inconvenencialidad.

En consecuencia, debemos afirmar que en México, con las reformas constitucionales de junio de 2011, se formó un bloque de constitucionalidad y aunque muchos operadores jurídicos se resistan: ...*la existencia es evidente, por lo que sería un retroceso hablar de una jerarquía normativa de prevalencia entre Constitución y tratados, cuando el texto constitucional le dota de un mismo status jerárquico, cuando de derechos humanos se trate...*¹⁶

Asimismo, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado perfectamente el término de bloque de constitucionalidad y con ello ha logrado que, en el ámbito jurisdiccional, se respeten los derechos humanos, no obstante que en Colombia existe una aguda crisis en materia de derechos humanos, pero es claro que si cada uno de los poderes de gobierno ponen su granito de arena, respetando los derechos humanos, tarde o temprano se logrará que los mismos ganen más terreno.

¹⁵ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010. Derivado del caso *Radilla Pacheco Vs. México*, párrafo 22.

¹⁶ Herrerías Cuevas, I.: *El control...* cit.,p. 75.

VIII. Parámetro de control de regularidad constitucional

En fecha 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la Contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito donde fungió como Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en la que básicamente se resolvió lo siguiente:

- La posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en relación con la Constitución.
- Las limitaciones del *criterio jerárquico*.
- El principio de supremacía constitucional a la luz del nuevo marco constitucional.
- Se reconoció que en México existe el parámetro de control de regularidad constitucional.

Así, tenemos que, de la ejecutoria en comento, se pueden observar los siguientes puntos:

a) De la lectura del artículo 1º constitucional se desprende que el ordenamiento jurídico mexicano reconoce los derechos humanos provenientes de la Constitución y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

b) Las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales amplían los derechos fundamentales y se consideran que están al mismo nivel de la Constitución.

c) El criterio de jerarquías resulta insatisfactorio tratándose de normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales.

d) La Constitución incluye a las *normas de derechos humanos* reconocidas en tratados internacionales, no

así al resto de normas comprendidas en los mismos, por lo que es posible afirmar que la distinción entre tratados internacionales de derechos humanos y tratados internacionales no es determinante, pues pueden ser incorporados al catálogo de derechos humanos aquéllos previstos en tratados internacionales que no sean considerados de *derechos humanos*, es decir, puede resultar que aún y cuando no se trate de un *tratado de derechos humanos*, éste puede contener un derecho humano.

e) La reforma constitucional consiste en la incorporación de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales a ese mismo catálogo.

f) El catálogo de derechos humanos no puede ser estudiado en términos de jerarquía, pues la reforma constitucional modificó el artículo 1º constitucional, precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen.

g) Los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos.

h) Se reconoce un conjunto normativo de derechos humanos que escapa a la regulación de jerarquía de fuentes prevista en el artículo 133.

Asimismo, en la sentencia de la referida Contradicción de Tesis 293/2011¹⁷, se replantea el concepto de supremacía constitucional en los siguientes términos:

¹⁷ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 26/2013 entre el criterio sustentado por la Primera Sala y la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Denunciante: MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual se resolvió en fecha 9 de octubre de 2013.

(i) Las normas de derechos humanos constituyen un **parámetro de regularidad constitucional** que debe ser atendido por todas las autoridades.

(ii) El entendimiento de la supremacía constitucional no ha cambiado, sin embargo, sí se ha modificado la configuración del conjunto de normas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía, que da como resultado, la ampliación del catálogo de derechos humanos.

(iii) La supremacía constitucional se predica entonces de todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento mexicano en tanto forman parte de un mismo catálogo normativo.

(iv) Las normas internacionales de derechos humanos que cumplan con el requisito material previsto en el artículo 15 constitucional, pasarán a formar parte del catálogo constitucional de derechos humanos desvinculándose del tratado internacional que es su fuente y, por tanto, de su jerarquía normativa, para gozar de supremacía constitucional.

(v) Si bien los tratados internacionales deben ajustarse a los procedimientos de incorporación previstos en el ordenamiento jurídico, en caso de que contengan normas de derechos humanos, éstas pasan a formar parte del parámetro de control de la regularidad constitucional.

(vi) En caso de que tanto normas constitucionales como normas internacionales se refieran a un mismo derecho, éstas se articularán de manera que se prefieran aquéllas cuyo contenido proteja de manera más favorable a su titular (principio pro persona).

(vii) Se reconoce la posibilidad de que las autoridades jurisdiccionales realicen un control de regularidad, ya sea concentrado o difuso, dependiendo de las

atribuciones de cada órgano y de la vía en que se tramite el asunto.

(viii) Hablar de constitucionalidad o convencionalidad implica hacer referencia al mismo parámetro de regularidad, toda vez que ambos forman parte del mismo conjunto normativo.

(ix) El principio de supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que **el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material.**

Al efecto, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia aprobó las siguientes tesis de jurisprudencia:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. *El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en*

la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Esto es, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, pero cuando en la misma Constitución exista una restricción expresa se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, por tanto, los derechos humanos previstos en la Constitución como en los tratados internacionales, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional y, por tanto, todos los operadores jurídicos deben ajustar sus actos a un control de regularidad, ya sea concentrado o difuso, dependiendo de las atribuciones de cada órgano y la vía en que se tramite dicho asunto, para lo cual

pueden emplear parámetros de constitucionalidad y convencionalidad.

Sin embargo, consideramos que dicha resolución no es la más afortunada, toda vez que si alguna persona se le restringió un derecho humano por mandato expreso de la Constitución, válidamente podrá acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demandar al Estado Mexicano la violación de derechos humanos y el pago de una indemnización. Ahora bien, en el supuesto de que el Estado Mexicano resulte condenado, no podrá ...*invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...*¹⁸ y por consecuencia, podrían obligar al Estado Mexicano a modificar el texto constitucional con la finalidad de dar cumplimiento a la resolución, tal y como aconteció en el Caso *La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile¹⁹, en donde en el cuarto punto resolutivo de la sentencia, se condenó al Estado Chileno a ...*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable...* resolución que tuvo que cumplir y, por ende, modificar su Constitución; por ello, creemos que en caso de que dicho texto constitucional no esté armonizado con todos los Tratados Internacionales, puede existir el riesgo de que la Corte Interamericana condene al Estado Mexicano a modificar el texto Constitucional.

IX. Conclusiones

PRIMERA: El bloque de constitucionalidad consiste en el reenvío de un artículo o apartado de la Constitución a los tratados internacionales en materia de derechos humanos,

¹⁸ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 23 de mayo de 1969.

¹⁹ Corte IDH. Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)* Vs. Chile. Fondo. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. 4º Punto resolutivo

tal como lo hace el artículo 1º constitucional en México y los artículos 93 y 94 de la Constitución Colombiana.

SEGUNDA: En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado en varias ocasiones el artículo 133 constitucional con la finalidad de aclarar la jerarquía normativa y la supremacía constitucional.

TERCERA: Con la reforma al artículo 1º constitucional, en fecha 10 de junio de 2011, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, adquieren un rango constitucional, es decir que dichos tratados se encuentran en el mismo nivel jerárquico que la Constitución Federal.

CUARTA: Actualmente, en varias Constituciones de América Latina, han reconocido una jerarquía especial a los tratados internacionales de derechos humanos y han incorporado en su articulado ese pensamiento, que se expresa en preceptos que reconocen que los tratados de derechos humanos que han ratificado tienen jerarquía constitucional.

QUINTA: La Corte Constitucional Colombiana, a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, ha ido construyendo el concepto de bloque constitucional y por ende, ha tenido avances muy importantes en el respeto a los derechos humanos.

SEXTA: En la actualidad muchos juristas en México, siguen insistiendo en la supremacía constitucional y en la jerarquía infra constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, con doctrinas y teorías que han quedado ampliamente superadas y que en la actualidad son totalmente obsoletas, toda vez que lo que en la actualidad todos los Estados deben garantizar y respetar es la dignidad humana y los derechos humanos; ya no es aceptable que los operadores jurídicos apliquen normas y principios que violan derechos humanos, solo porque existe en el texto

jurídico, toda vez que *la injusticia extrema no es derecho*. SÉPTIMA: En Colombia se determinó que la Constitución Política y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, forman un bloque de constitucionalidad, y por lo tanto, los actos y las normas generales se miden de conformidad con dicho bloque.

OCTAVA: En México, a partir de las reformas de junio de 2011, se formó un bloque de constitucionalidad, esto es que todas las normas de derechos humanos previstos en los tratados internacionales adquieran rango constitucional y a este catálogo, la Suprema Corte de Justicia, lo ha denominado parámetro de control de regularidad constitucional.

X. Bibliografía

- Fraga, Gabino: *Derecho administrativo*, Porrúa, 45^a edición, México, 2006, pp. 506.
- García Máynes, Eduardo: *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa. 60^a Ed., México, 2008, pp. 434.
- Herrerías Cuevas, Ignacio: *El control de constitucionalidad y convencionalidad*. Ubijus. México, 2012, pp. 167.
- Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, UNAM, traducción Vernengo Roberto J., México, 1986.
- Serra Rojas, Andrés: *Derecho administrativo*, Porrúa. 23^a edición, México, 2002, pp. 718.

Páginas web consultadas

- Constituciones del Mundo: <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-supremaciaparte29.html>
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 23 de mayo de 1969.

www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

- Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Fondo. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209. http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Radilla_Pacheco.pdf
- _____: Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showDocument.asp?DocumentID=10>
- Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010. Derivado del caso *Radilla Pacheco Vs. México*.
<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/.../10009120.008.doc>
- _____: Contradicción de tesis 293/2011.
- <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>
- Silva Irarrázaval, Luis Alejandro: “Supremacía Constitucional y Aplicación Judicial de la Constitución en los Estados Unidos: Objeciones a la *Judicial Supremacy*”.
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000100004&script=sci_arttext
- Supremacía constitucional y medios de control Constitucional sncedj.ijf.cjf.gob.mx/Doctos/DerechoConstitucional/DerechoConstitucional/Docs/Eval20Preg1.pdf
- Uprimny, Rodrigo: “Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo procedimiento penal.” <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

La Corte Penal Internacional (incompatibilidad de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con el Estatuto de Roma)

*ALEJANDRO ZAVALA SOSA**

RESUMEN: Con motivo de la ratificación que realizó el Estado Mexicano al Estatuto de Roma, por el cual se crea la Corte Penal Internacional, surgieron voces de que era necesario reconocer su jurisdicción a rango constitucional (opinión que no se comparte ya que no se hizo lo propio cuando se aceptó la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos); situación que derivó en la reforma del artículo 21, párrafo octavo, de nuestra Carta Magna; sin embargo, la misma fue desafortunada, ya que en lugar de limitarse a reconocer llanamente la jurisdicción de la Corte, de forma indebida y contrario a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado Mexicano, condicionó su competencia al establecer que, en cada caso, el Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado, reconocer su jurisdicción. Esta condicionante o reserva introducida a nuestra Constitución, contraviene lo preceptuado y el espíritu del Estatuto de Roma: primeramente, porque el primero de los tres supuestos de competencia

* Defensor Público Federal.

que prevé su artículo 12, indica que la jurisdicción de la Corte es automática para aquellos Estados que sean Parte del mismo, lo que proscribe cualquier intento de limitar su actuar; segundo, porque el Estado mexicano no puede ampararse bajo el derecho que tienen los Estados a formular reservas a los Tratados que suscriben, ya que ello se encuentra expresamente prohibido por el artículo 120 del Estatuto; y, en tercer lugar, porque es evidente que el espíritu de la Corte Penal Internacional y de su Estatuto, de ninguna forma admitiría que un Estado Parte, de forma discrecional e indudablemente con implicaciones políticas, decidiera caso por caso cuándo se sujet a su jurisdicción, pues aceptar lo contrario contravendría la razón por la cual fue creada por la comunidad internacional.

A fin de sostener la tesis planteada, el presente ensayo se encuentra estructurado primeramente por los antecedentes que dieron origen al nacimiento de la Corte Penal Internacional, destacando el tema de la jurisdicción universal que tienen todos los Estados para sancionar los crímenes que por su gravedad afectan a la comunidad internacional; y en cuanto a la Corte Penal Internacional, más que realizar un análisis exhaustivo de su Estatuto, lo que se procuró fue mostrar un panorama general que nos introduzca a su estudio; como resultado de ello se desentraña su naturaleza jurídico político; se analiza su competencia espacial, material y temporal; se hace hincapié en su importantísimo

principio de complementariedad; se abordan temas concernientes a su proceso como son: investigación, juicio, apelación, penas y cooperación internacional; para finalmente concluir que el artículo 21 párrafo octavo, Constitucional, es incompatible con el contenido de su Estatuto.

SUMARIO: Introducción. I. Evolución de la idea de una jurisdicción penal internacional. II. La Corte Penal Internacional. III. Reforma del artículo 21, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. IV. Incompatibilidad del artículo 21, párrafo octavo, de la Constitución Federal, con el Estatuto de Roma. V. Consideraciones en torno a la iniciativa de la Ley Reglamentaria del párrafo octavo del Artículo 21 de la Constitución Federal. VI. Conclusiones. VII. Fuentes consultadas.

Introducción

El presente ensayo tiene por objeto evidenciar la incompatibilidad que existe entre lo preceptuado por el artículo 21, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con las obligaciones contraídas por el Estado mexicano al haber ratificado el Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional.

Para ello, se consideró conveniente abordar los antecedentes que dieron origen al nacimiento de la Corte Penal Internacional, destacando por su importancia la evolución del principio de responsabilidad penal internacional del individuo, el cual sin duda constituye

la base teórica de una jurisdicción penal internacional; asimismo se hace un análisis de la jurisdicción universal que tienen todos los Estados para sancionar los crímenes que por su gravedad afectan a la comunidad internacional; y finalmente poner de manifiesto la necesidad de contar con un mecanismo de jurisdicción penal internacional que permita asegurar la sanción de la responsabilidad penal del individuo, cuando los cauces internos sean insuficientes o resulten ineficaces.

En cuanto a la Corte Penal Internacional, más que realizar un análisis exhaustivo de su Estatuto, lo que se procuró fue mostrar un panorama general que nos introduzca en su estudio. Como resultado de ello, se desentraña su naturaleza jurídico político; se analiza su competencia espacial, material y temporal; se hace hincapié en su importantísimo principio de complementariedad; y finalmente se abordan temas concernientes a su proceso como son: investigación, juicio, apelación, penas y cooperación internacional.

Ya adentrados en materia, se hace referencia al procedimiento de ratificación del Estatuto de Roma y de la consecuente reforma a nuestro texto constitucional, para posteriormente realizar la argumentación tendiente a demostrar que la postura adoptada por el Estado mexicano es contraria al contenido y espíritu del Estatuto de Roma.

Finalmente, al margen de lo estrictamente jurídico, se hace mención de cuestiones políticas que influyeron en la decisión del Estado mexicano a adoptar un sistema casuístico, en donde son sus propias autoridades las que deciden si es aceptada o no la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, que cabe decir de paso dicha postura coincide mucho con una de las tantas propuestas que formularon los Estados Unidos de

América, a fin de boicotear la creación de la Corte Penal Internacional, la *case by case consent*, en donde es necesario el consentimiento de cada Estado de nacionalidad del sospechoso, para que la Corte ejerza su jurisdicción.

I. Evolución de la idea de una jurisdicción penal internacional

A. Principio de responsabilidad penal internacional del individuo

Con carácter general, puede afirmarse que el derecho internacional clásico desconocía la responsabilidad penal de los individuos, como es el caso de la doctrina positivista clásica que consideraba inimaginable que una norma de derecho internacional pudiera ser infringida por personas individuales.

Como antecedente más próximo y directamente vinculado con la responsabilidad penal del individuo en el orden internacional, tenemos el intento de juzgar al Káiser Guillermo II, de Hohenzollern, emperador de Alemania, al término de la Primera Guerra Mundial, decisión que se adoptó en el Tratado de Versalles, al acusársele públicamente de: *ofensa suprema contra la moral internacional y a la santidad sagrada de los tratados*.

Sin embargo, las responsabilidades penales individuales a las que se refería dicho tratado de paz no llegaron nunca a exigirse efectivamente, debido a las disparidades políticas entre los aliados, así como al hecho de que el Káiser se refugió en Holanda, cuyo gobierno denegó su extradición en 1920, invocando el principio *nullum crimen sin lege* para entregarlo. Así, gracias a las presiones diplomáticas de Alemania, los únicos juicios inculpatorios que se celebraron

tuvieron lugar ante un tribunal nacional alemán (el Reichsgericht de Leipzig) y en relación con una lista de inculpados muy reducida respecto a la inicialmente presentada por las potencias aliadas. A pesar de ello, se debe destacar la importancia que en las disposiciones plasmadas en el Tratado de Versalles se reconociesen los principios de responsabilidad y sanción penal del individuo, incluidos los jefes de Estado.

Durante el periodo de entreguerras, comenzaron a emerger opiniones doctrinales superadoras de las tesis positivistas clásicas, y favorables al reconocimiento de una responsabilidad penal internacional del individuo. Incluso antes de que concluyese la Segunda Guerra Mundial, los aliados formularon distintas declaraciones relativas a la necesidad de sancionar a los responsables de los crímenes cometidos durante la misma, mediante el establecimiento de tribunales penales internacionales. Como consecuencia de ello, se crearon un Tribunal Militar Internacional, cuya sede se estableció en Berlín, aunque los procesos se desarrollaron en Núremberg, y un Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, con sede en Tokio.

Las aportaciones del Tribunal de Nuremberg fueron esenciales en el reconocimiento y la configuración del principio de responsabilidad penal internacional del individuo, como se hace notar en la siguiente cita:

En la fundamentación de dicha responsabilidad, resulta particularmente ilustrativo el razonamiento desarrollado por el Tribunal de Núremberg, de conformidad con el cual los crímenes contra el derecho internacional son realizados por hombres, no por entidades abstractas, por lo que solo castigando a los individuos que cometieron tales crímenes pueden ser aplicadas las disposiciones del derecho

internacional. Como el Tribunal destacó, esta responsabilidad no queda excluida ni por la teoría del acto de soberanía, ni por un principio de orden jerárquico, ya que las inmunidades que bajo ciertas circunstancias protegen a los representantes del Estado, no son aplicables a los actos considerados criminales por el derecho internacional, en la medida en que los autores de los mismos no pueden escudarse en su condición oficial para liberarse de la sanción que los mismos lleven aparejados... Finalmente, el Tribunal afirmó que el propio Estatuto era “expresión del derecho internacional existente en el momento de su constitución”, rechazando que el principio de legalidad penal pudiera interpretarse como un límite a la soberanía, sino como un criterio inspirado de la justicia universal que aconsejaba castigar las atrocidades cometidas, aun a riesgo de incurrir en una aplicación retroactiva del derecho, antes que dejar impunes conductas inhumanas y profundamente lesivas para la sociedad internacional en su conjunto¹.

B. La jurisdicción universal, una solución adecuada pero insuficiente

Tradicionalmente, los tribunales de un Estado solo tenían jurisdicción sobre las personas que habían cometido un crimen en su propio territorio (jurisdicción territorial); sin embargo, a partir de la Segunda Guerra Mundial, el derecho y las normas internacionales permiten, y en algunos casos exigen, a los Estados ejercer su jurisdicción sobre las personas sospechosas de ciertos delitos graves, independientemente del lugar donde se

¹ Lirola Degado, I. y Martín Martínez, M. M.: *La Corte...* cit., pp. 18-19.

hayan cometido esos delitos, de que los acusados o las víctimas no sean nacionales suyos o de que los delitos no hayan representado una amenaza directa a los intereses concretos del Estado, esto es, lo que el derecho internacional ha llamado *jurisdicción universal*².

Ahora bien, qué delitos, por su gravedad, pueden ser considerados de carácter internacional; la respuesta la encontramos en el convencionalismo internacional, como es el caso de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de víctimas de conflictos armados, ya que en los mismos se exige a cada Estado parte buscar a los sospechosos de cometer u ordenar cometer infracciones graves de lo dispuesto en ellos, enjuiciarlos antes sus tribunales nacionales, extraditarlos a Estados en los que exista *prima facie* una causa contra ellos o entregarlos a un tribunal internacional. La otra fuente proviene del derecho internacional consuetudinario, el cual reconoce ampliamente como delitos internacionales por su afectación a la humanidad los siguientes: *genocidio; crímenes de lesa humanidad; las ejecuciones extrajudiciales; las desapariciones forzadas y la tortura*, entre otros.

No obstante el fundamento de justicia y moral en el que se apoya la jurisdicción universal, la misma se encuentra rodeada de cuestionamientos como son:

1. Por su carácter consuetudinario y su indeterminación en la tipificación de delitos, suscita numerosas dificultades para su aplicación;

² La jurisdicción universal tiene su origen con la piratería en alta mar, donde el derecho internacional comenzó a reconocer que los tribunales de un Estado podían ejercer en nombre de toda la comunidad internacional la jurisdicción sobre ciertos delitos graves comprendidos en el derecho internacional que eran motivo de preocupación internacional... todo Estado donde las personas sospechosas de tales delitos se encontraran podía llevarlas a los tribunales. *La jurisdicción universal: Amnistía Internacional*, mayo de 1999, tomado de Internet.

2. Se plantea la duda de si estamos ante un principio que se limita a reconocer una facultad al Estado o si, por el contrario, le impone una obligación de sancionar;
3. Se cuestiona si tiene que haber sido incorporado previamente al ordenamiento jurídico interno, o si puede ser utilizado directamente por el juez nacional en cualquier asunto en el que se le pida que ejerza su jurisdicción.

C. La necesidad de una jurisdicción penal internacional

Como se aprecia, la sanción de la responsabilidad internacional del individuo a través de jurisdicciones internas presenta importantes lagunas jurídicas en su aplicación, además hay cuestiones de índole política que impide a varios Estados asumir de forma plena esta obligación internacional, aumentando así la posibilidad de que los crímenes queden impunes. Ante este panorama, se pone de manifiesto la necesidad de contar con un mecanismo de jurisdicción penal internacional que permita asegurar la sanción de la responsabilidad penal del individuo, cuando los cauces internos sean insuficientes o resulten ineficaces.

Además, la implementación de una jurisdicción penal internacional cumpliría con una importante función preventiva, puesto que en la medida en que exista una institución internacional con competencias efectivas para sancionar la responsabilidad penal del individuo, es indudable que lleve aparejada en sí misma un efecto disuasorio en relación con el incumplimiento y la violación a las normas de derecho internacional de esta naturaleza.

II. La Corte Penal Internacional

A. Naturaleza de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional (CPI) es una institución permanente, creada por medio de un tratado para investigar y perseguir a aquellas personas que hayan cometido los crímenes más graves de trascendencia internacional. Bajo esta premisa y considerando los ideales que motivaron su origen, considero oportuno citar la siguiente opinión que nos describe la naturaleza jurídico política de la Corte.

La CPI es una institución basada en un tratado que obliga sólo a los Estados Partes. No es un cuerpo supranacional, sin un ente internacional similar a otros ya existentes. La CPI no es un sustitutivo de la jurisdicción penal nacional y no suplanta a los sistemas nacionales de justicia penal, más bien es ‘complementaria’ de estos. La CPI no hace nada más de lo que todos y cada uno de los Estados de la comunidad internacional pueden hacer conforme al actual derecho internacional. Es la expresión de la acción colectiva de los Estados Parte en un tratado, dirigida a crear una institución que haga justicia colectiva respecto de determinados crímenes internacionales. La CPI es, por tanto, una extensión de la jurisdicción penal nacional, creada por un tratado cuya ratificación por parte de la autoridad parlamentaria nacional lo convierte en parte del derecho nacional. Por consiguiente, la CPI ni afecta a la soberanía nacional ni pasa por encima de ningún sistema nacional deseoso y capaz de cumplir sus obligaciones convencionales³.

³ Bassiouni, M. Cherif, et al.: *La Corte...* cit., pp. 15-16.

B. Un aspecto general

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma en la noche del 17 de julio de 1998⁴, consta de un preámbulo y trece partes que comprenden un total de 128 artículos; su estructura, más que seguir criterios lógicos-objetivos, es producto de un proceso de discusión político jurídico de mucho años.

Nuestro objetivo no consiste en realizar un análisis extenso del Estatuto de Roma (ello escaparía los fines del presente ensayo), sino de mostrar un panorama general del mismo que nos introduzca en su estudio.

Así, tenemos que el Estatuto de Roma se puede resumir en los siguientes capitulados:

- I. Organización y financiación de la Corte y cláusulas finales (artículos 1-4, 34-52 y 112-128);
- II. Requisitos de competencia y admisibilidad (artículos 11-19);
- III. Fundamentos jurídico-penales: principios jurídicos y crímenes (artículos 20-23 y 5-10);
- IV. Fundamentos jurídicos del proceso penal: investigación (artículos 81-85); juicio (artículos 62-76) y recursos (artículos 81-85);
- V. Cooperación internacional y asistencia judicial (artículos 86-102); y
- VI. Penas y Ejecución de las mismas (artículos 77-79).

Apegados al fin buscado, diremos que la Corte Penal Internacional se constituye de: la Presidencia; las Secciones Judiciales (Cuestiones Preliminares; Primera

⁴ El Estatuto de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1 de julio de 2002, con la ratificación que se hizo del mismo por el país sexagésimo, de conformidad con el artículo 126 de dicho instrumento.

Instancia; y Sección de Apelación); la Fiscalía; y de la Secretaría. En total deberán ser elegidos 18 magistrados por un periodo de nueve años, en votación secreta por la Asamblea General de los Estados Partes, y no son reelegibles.

La Fiscalía es un órgano independiente de la Corte; el Fiscal General dirige y actúa con total autonomía y es auxiliado por varios fiscales adjuntos. El Fiscal y sus fiscales adjuntos son de igual forma elegidos por la Asamblea General de los Estados Partes por un periodo de nueve años y no son reelegibles.

La Secretaría es competente para la administración y prestación de servicios de la Corte; el Secretario será elegido por un periodo de cinco años y podrá ser reelegido una sola vez; pudiendo elegir con independencia a sus colaboradores.

Los idiomas de trabajo de la Corte, al igual que los restantes tribunales de Naciones Unidas, son inglés y francés.

La Corte se financia con las cuotas de los Estados Partes y de la ONU, así como de contribuciones adicionales voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras instituciones.

La Corte reconoce el *principio de responsabilidad penal individual*; por lo tanto solo tiene jurisdicción sobre personas naturales; y esta es solo sobre personas mayores de 18 años. Los crímenes competencia de la Corte (que serán abordados más adelante) son imprescriptibles.

C. Competencia de la Corte Penal Internacional

El artículo 12 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece un modelo de competencia de tres niveles:

En el primer nivel, un Estado que pasa a ser parte acepta automáticamente la jurisdicción de la Corte

(artículo 12, párrafo primero). A pesar de que el Estatuto no admite reservas (artículo 120), por disposición expresa del artículo 5, en casos de crímenes de guerra, un Estado Parte podrá hacer la declaración de que durante un periodo de siete años después de la entrada en vigor del Estatuto, no aceptará la competencia de la Corte.

En el segundo nivel, se reconocen como alternativas los puntos de contacto del Estado del lugar del hecho (Estado territorial) o del autor. Esto es, se otorga competencia cuando el Estado del lugar del hecho o de la acción es Estado Parte.

En un tercer nivel, un Estado que no es Parte, pero que es el Estado del lugar del hecho o del autor, puede aceptar la competencia *ad hoc* en un caso concreto (artículo 12, párrafo tercero).

Estos requisitos de competencia se aplican, sin embargo, solo en aquellas situaciones en las que un caso es remitido por un Estado Parte a la Corte o el Fiscal investiga *motu proprio*. Pues existe la hipótesis de un cuarto nivel de competencia, cuando el Consejo de Seguridad remite una caso con arreglo al Capítulo VII de la carta de las Naciones Unidas, donde la competencia de la Corte se otorga sin más (artículo 13).

Finalmente, es importante precisar que en relación a la competencia temporal de la Corte, el artículo 11 dispone que: *solo conocerá de hechos cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto*.

1) Principio de complementariedad (requisito de admisibilidad)

Como requisito de admisibilidad y principio central de la Corte tenemos el de *complementariedad*; previsto tanto en el preámbulo como en los artículos 1º y 17 del Estatuto de Roma, opera en el sentido de que la Corte

solo podrá actuar cuando la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir un delito que caiga en la esfera de su competencia. En principio, no está permitido un procedimiento ante la Corte cuando esté en trámite un procedimiento nacional o el asunto en cuestión no sea lo suficientemente grave como para justificar la intervención de la misma.

Los términos de que la jurisdicción nacional *no está dispuesta o es incapaz*, por su subjetivismo y margen de interpretación pueden devenir en una serie de dificultades para que la Corte pueda intervenir en los asuntos de su competencia, por lo que en opinión del prestigiado internacionalista Kai Ambos, estos supuestos se actualizan en los siguientes casos:

Debe admitirse una falta de voluntad de persecución penal cuando un determinado Estado incoa un procedimiento solo aparente, para sustraer a la persona interesada de la persecución penal; cuando se verifique una dilación procesal incompatible con una intención de persecución penal; o cuando el proceso no se sustancie de manera independiente o imparcial. La jurisdicción nacional será incapaz para la persecución penal cuando, con base en su colapso total o esencial, no consiga hacer comparecer al acusado o proporcionar los medios de prueba necesarios. El principio de complementariedad marca así la diferencia esencial entre la Corte Penal Internacional y los Tribunales ad hoc; mientras que éstos reclaman una competencia preferente para los hechos cometidos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, aquélla puede llegar a intervenir sólo complementariamente respecto de la jurisdicción nacional⁵.

⁵ Ambos, Kai y Guerrero, Óscar J.: *El Estatuto...* cit., p. 112.

D. Crímenes competencia de la Corte Penal Internacional

El artículo 5 del Estatuto de Roma consagra que la jurisdicción de la Corte abarca el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Como lo señala acertadamente el internacionalista Lyal S. Sunga, estos delitos competencia de la Corte constituyen un espectro más estrecho del que ofrece tanto el derecho internacional, o el propuesto por la Comisión de Derecho Internacional (Órgano Especializado de Naciones Unidas) que desde la adopción de los Principios de Núremberg en 1947, ha procurado la codificación y el desarrollo progresivo del derecho penal internacional:

Por ejemplo el Estatuto de Roma no impone la responsabilidad penal individual por: amenaza de agresión (si bien es posible que pueda incorporarse de alguna forma dentro de la definición del Estatuto de agresión); intervención; dominio colonial; reclutamiento; uso, financiamiento o entrenamiento de mercenarios; terrorismo internacional; o tráfico internacional ilícito de narcóticos. Todas estas formas se dejaron a un lado por el Estatuto de Roma, si bien en determinada etapa la CDI había propuesto su inclusión en la jurisdicción de una corte penal internacional permanente⁶.

1) Crimen de agresión

El artículo 5 en su párrafo segundo, dispone que la Corte no ejercerá su jurisdicción por el crimen de agresión, hasta en tanto no se defina el mismo y se enuncien las condiciones en los cuales lo hará.

⁶ *Ibidem*, p. 237.

2) Crimen de genocidio

La inclusión del crimen de genocidio dentro del ámbito material de la Corte, fue que suscitó menos problemas durante la elaboración del Estatuto de Roma (artículo 6), ello debido en gran medida a que las disposiciones de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio del 9 de diciembre de 1948, se consideran hoy en día reflejo del derecho internacional consuetudinario en función del amplísimo y significativo número de Estados que son parte de la misma.

El Estatuto recoge el mismo concepto de genocidio que la referida Convención de 1948, entendiéndose por tal los “*actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal*”. Descartándose así, la posibilidad de ampliar la definición anterior con el objeto de incluir dentro de los grupos objeto de protección a los miembros de un grupo político o social⁷.

3) Crimen de lesa humanidad

A pesar de que los crímenes de lesa humanidad se consideraban como crímenes centrales, su definición y alcance legal pasó a ser objeto de considerable debate en la Conferencia de Roma. Las delegaciones expresaron distintos puntos de vista en cuanto a que si los crímenes

⁷ Esta opción de mantener el tipo de la Convención de 1948 sin ampliaciones ha sido, en general, positivamente valorada por la doctrina en la medida en que con ella se contribuye a preservar la esencia consuetudinaria del crimen de genocidio. Así, este crimen se centra en la destrucción física de los miembros de un grupo y tiene como bien jurídico protegido en palabras de Gil Gil, *determinados grupos humanos con una entidad y caracteres propios, que los convierte, al mismo nivel que los propios Estados, en las bases de la comunidad internacional*. Desde esta perspectiva resulta, en nuestra opinión, plenamente justificable la exclusión del genocidio político y social, y su consideración en el marco de los crímenes de lesa humanidad. Lirola Delgado, I y Martín Martínez: *op. cit.*, p. 116.

de lesa humanidad corresponden solo a situaciones de conflicto armado internacional, o en cambio, también a situaciones de conflicto armado no internacional, e incluso a situaciones de tiempos de paz.

Acertadamente, en el marco del Estatuto de Roma se descartó la conexión de los crímenes de lesa humanidad con un conflicto armado, lo que abre la puerta que la Corte tenga competencia material en estos crímenes aún en tiempos de paz.

Al respecto, el artículo 7 párrafo primero del Estatuto de Roma, prevé: *A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crímenes de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.*

Y luego enuncia: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación; esclavitud sexual o prostitución forzada; embarazo forzado; esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; desaparición forzada de personas; el crimen de *apartheid*; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten en forma grave contra la integridad física o la salud mental o física.

4) Crímenes de guerra

Por lo que hace a los crímenes de guerra, éstos fueron sin duda el tema que mayores discusiones generaron durante el proceso de elaboración del Estatuto de Roma.

El artículo 8 párrafo primero del Estatuto, establece: *La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se comentan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.*

Como se aprecia de igual forma que los crímenes de lesa humanidad, la frase *en particular cuando se cometan como parte de un plan o política*; implica que la Corte asumirá jurisdicción solo sobre casos que involucren un cierto nivel de responsabilidad de mando, por lo que ciertos actos considerados como crímenes de guerra por el derecho internacional humanitario pueden no ser alcanzados por la definición de la Corte.

Sin embargo, de la expresión *comisión en gran escala de tales crímenes*, se debe interpretar de modo tal que, aún si los actos en cuestión no fueran cometidos como parte de *un plan o política*, puede de todos modos ser competencia de la Corte si se comenten en una escala suficientemente grande.

Ahora bien, por lo que hace a los actos que deben ser considerados como crímenes de guerra, el propio Estatuto nos remite a las cuatro Convenciones de Ginebra para ello.

E. Investigación, juicio y apelación

De acuerdo a los artículos 13 y 15 del Estatuto de Roma, la Corte puede ejercer su jurisdicción solamente si se presenta una situación en la cual los delitos cometidos que están comprendidos en el ámbito de su competencia

han sido remitidos a ella por un Estado Parte, por el Consejo de Seguridad o cuando el Fiscal ha iniciado una investigación preliminar por iniciativa propia, cumpliendo los requisitos establecidos por el Estatuto.

Por cuenta propia el Fiscal puede reunir y examinar pruebas, realizar interrogatorios, solicitar la cooperación de un Estado o de una organización intergubernamental, mantener en secreto informaciones confidenciales y adoptar o solicitar las correspondientes medidas de protección y aseguramiento. El otro órgano de la Corte encargado de la etapa de investigación es la Sala de Cuestiones Preliminares, dentro de cuyas atribuciones más importantes tenemos: la emisión de la orden de detención o comparecencia de un sospechoso; la confirmación de los cargos y la autorización de investigaciones en el territorio de un Estado.

Para el dictado de una orden de detención, se debe tener la suficiente convicción respecto a la existencia de fundamentos razonables para considerar que la persona ha cometido un delito de la competencia de la Corte y que la detención es necesaria a efectos de asegurar la presencia de la persona en juicio; o provenir que se ponga en peligro la investigación; o que se continúen cometiendo tales delitos.

Dentro de un plazo razonable desde la entrega o la comparecencia voluntaria del imputado ante la Corte, ha de celebrarse una audiencia para confirmar los cargos. Normalmente, el Fiscal y el imputado estarán presentes en la audiencia; sin embargo, la persona imputada puede renunciar a su derecho a estar presente; también puede realizarse la audiencia cuando la persona ha huido.

El Estatuto establece la presencia de todos los Magistrados durante cada una de las etapas del juicio

(máxime en la sentencia). La Corte debe basar su resolución final únicamente en las pruebas aportadas y discutidas ante ella en el juzgamiento (principio de inmediación), asimismo no puede ir más allá de los hechos y circunstancias descritos en los cargos.

Los Magistrados adoptarán el fallo en deliberaciones secretas, de ser posible por consenso y sólo en caso necesario por mayoría. El fallo, que ha de ser por escrito, debe estar ampliamente fundamentado e incluir en su caso la opinión de la mayoría y de la minoría; y el mismo deberá ser comunicado oral y públicamente.

Conforme al artículo 81 párrafo primero, una decisión de la Sala de Primera Instancia puede ser apelada por la persona condenada, por el Fiscal a favor del condenado o por el Fiscal a título personal. Las causales por las que procede el recurso de apelación son: vicios de procedimiento, error de hecho o error de derecho.

Cuando el Fiscal apela en nombre de la persona condenada, puede hacerlo con fundamento en la causal de motivos que afecten la imparcialidad, la regularidad del procedimiento o la decisión. En los casos de apelación contra sentencias, cuando el recurso se dirige únicamente contra el contenido de la sentencia, se puede hacer abstracción de las consideraciones sobre la responsabilidad penal, o se puede reducir la pena cuando el recurso impugna la responsabilidad. De acuerdo al párrafo tercero del artículo en comento, una persona condenada permanecerá en detención en tanto esté pendiente la apelación, a menos que la Sala decida otra cosa; en el caso de una absolución la Sala puede ordenar que la persona permanezca detenida mientras se surte el trámite de apelación interpuesto por el Fiscal.

En los casos en que la Sala de Apelaciones encuentre que las actuaciones fueron injustas o que el fallo o la pena impuesta fueron afectados materialmente por un error de hecho o de derecho, podrá revocar o enmendar el fallo o la pena, o bien, ordenar un nuevo juicio ante una Sala de Primera Instancia distinta. La Sala de Apelaciones tiene también la facultad de modificar la sentencia sobre el fundamento único de que el fallo es desproporcionado.

F. Cooperación internacional y asistencia judicial

De conformidad al artículo 86 del Estatuto de Roma, los Estados Parte están obligados a cooperar; las correspondientes solicitudes de la Corte serán dirigidas por vía diplomática o a través de la Interpol al Estado respectivo. El artículo 88 dispone una cuestión importante, consistente en que el derecho procesal interno deberá ser adaptado a las necesidades de la cooperación.

En el caso de incumplimiento de una obligación de cooperación, las facultades de la Corte dependen de si se trata de un Estado Parte o no. Si un Estado Parte incumple su obligación de cooperar, la Corte puede hacerlo constatar y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Parte o al Consejo de Seguridad, si el asunto le fue remitido por este. También, los Estados que no sean parte pueden resultar obligados a cooperar sobre la base de acuerdos *ad hoc*; en caso de incumplimiento, la Corte puede dirigirse igualmente a la Asamblea de Estados Parte o, en su caso, al Consejo de Seguridad.

G. Penas

El Estatuto prevé como penas principales una pena privativa de la libertad deambulatoria de hasta 30 años o una pena de cadena perpetua (artículo 77).

La pena privativa de libertad podrá ser revisada tras haberse cumplido dos tercios de su duración; la cadena perpetua, transcurridos 25 años. Con carácter de penas accesorias se prevén una multa y el decomiso.

Finalmente, en relación a la ejecución de la pena ha de ser ejecutada en un Estado que haya manifestado ante la Corte estar dispuesto a ello (artículo 103). Las condiciones de la ejecución se rigen por el derecho interno del Estado de ejecución, pero han de corresponderse con los estándares internacionales y serán supervisadas por la Corte (artículo 106).

III. Reforma del artículo 21, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El 20 de noviembre de 2001, el Ejecutivo Federal envió una iniciativa de reforma al artículo 21 Constitucional con el objeto de reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, haciendo dicho reconocimiento extensivo a los órganos jurisdiccionales internacionales creados por tratados de los que México es parte y cuya competencia en asuntos contenciosos ha reconocido nuestro país, como son la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Siendo la cámara de origen el Senado de la República, el cual, ante una falta de atención y voluntad para que se diera trámite a la reforma constitucional, el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Gobernación decidió enviar a dicha cámara el Estatuto de Roma para su ratificación o desaprobación, y para que fuera motivo de estudio conjunto con la reforma al artículo 21 Constitucional.

Dándose inicio, así, a un laborioso proceso de análisis y consulta en el seno de la Cámara Alta, que

desembocaría en una propuesta muy alejada de la que había planteado el presidente de la República, que a la postre se concretizó en la reforma del artículo 21, párrafo quinto, de la Constitución General⁸, aprobada el 4 de mayo de 2005 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio del mismo año, que a su vez motivo la aprobación del Estatuto de Roma, en los siguientes términos:

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

IV. Incompatibilidad del artículo 21, párrafo octavo, de la Constitución Federal, con el Estatuto de Roma

Después de dar un panorama general de lo que es la Corte Penal Internacional y los antecedentes que posibilitaron su nacimiento, es tiempo de abordar el motivo del presente trabajo, que consiste en evidenciar la incompatibilidad que existe entre el contenido del párrafo octavo, del artículo 21 Constitucional y lo preceptuado en el Estatuto de Roma.

Recordemos que el Estatuto de Roma prevé, en su artículo 12, tres hipótesis para ejercer su competencia:

- 1) El Estado que pasa a ser parte del Estatuto, acepta automáticamente la jurisdicción de la Corte respecto de los crímenes de su competencia;
- 2) Cuando un Estado, a pesar de que no sea parte, decide aceptar la competencia de la Corte *ad hoc*; y

⁸ Con motivo de las reformas constitucionales de 2008 por las que se instauró el proceso penal acusatorio y oral, el párrafo quinto del artículo 21 constitucional pasó a ocupar el párrafo octavo, de ahí la ambivalencia en la referencia de párrafos en el presente trabajo.

3) Cuando el Consejo de Seguridad, con fundamento en el Capítulo VII, de la Carta de las Naciones Unidas, decide que la Corte conozca de un caso en concreto aun cuando el Estado involucrado no sea parte del Estatuto.

Ahora bien, el párrafo octavo del artículo 21 de la Constitución establece:

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Evidentemente, el Estatuto de Roma no permite que un Estado Parte pueda, de forma casuística, decidir si llegado el momento acepta o no la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; ello sería atentar contra su propia finalidad y existencia; no obstante ello, nuestra Constitución, contrario al contenido y espíritu del Estatuto, dispone que será decisión del Senado, previa propuesta del Ejecutivo Federal, el someterse a la jurisdicción de la Corte en cada caso.

La hipótesis que plantea nuestra Constitución se podría asemejar al segundo de los supuestos de competencia que prevé el Estatuto de Roma, consistente en que un Estado podrá *ad hoc* reconocer la competencia de la Corte Penal Internacional; sin embargo, este caso está previsto solo para aquellos Estados que no son parte del Estatuto, situación que no es la de nuestro país. Esto viene a confirmar que la postura tomada por nuestra Constitución dista mucho de lo establecido por el Estatuto, además de reflejar que la decisión obedeció más a cuestiones políticas que a cumplir los compromisos que México asumió ante la comunidad internacional.

Es importante poner de manifiesto que la discrepancia existente entre el párrafo octavo, del

artículo 21 de la Constitución y el Estatuto de Roma, más que a un desconocimiento de la materia, obedeció a un rechazo y desconfianza del compromiso que México había suscrito para ratificar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Afirmación que se obtiene de una interpretación auténtica de la Constitución, pues del diario de debates de la cámara de senadores, se extraen las siguientes afirmaciones:

El senador José Guillermo Herrera Mendoza, al hacer uso de la palabra aseveró que: ...*no se ha aceptado de manera absoluta la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; será potestativo para el Ejecutivo reconocer esa jurisdicción, y adicionalmente intervendrá el Senado, sancionando la solicitud del Ejecutivo para someter un caso a la corte, completando así un proceso necesario para la efectiva salvaguardia de las garantías de los mexicanos*⁹.

De igual forma, el senador panista Diego Fernández de Cevallos, opinó que el dictamen pretende: ...*abrir una puerta para que, en caso dado, sea el gobierno de México, el titular del Ejecutivo, el que pueda optar por un sometimiento o una autorización o una aquiescencia a una jurisdicción, siempre y cuando cuente con la autorización previa, caso por caso, del Senado de la República*¹⁰.

Se podría argumentar a favor de lo preceptuado por nuestra Constitución, que dicha salvedad se hace con fundamento en el derecho que tienen los Estados a formular reservas de los Tratados que suscriben; sin embargo, el Estatuto, en su artículo 120, establece que no se admitirán reservas al mismo.

⁹ Tomado de la página de internet del Senado de la República, www.senado.gob.mx.

¹⁰ *Idem.*

El hecho de que nuestra Constitución fije ciertas condiciones al desempeño de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, atenta sin duda contra el objeto y fin del Estatuto de Roma, cuestión que resulta inadmisible dentro del derecho internacional de los tratados, pues expresamente el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.* Buena fe que, ciertamente, no existió de nuestra parte.

Asimismo, considero que una solución correcta hubiera sido utilizar la técnica adoptada por Francia, esto es, una norma constitucional que autorice, sin más, la posibilidad de acoger el Estatuto de Roma y conferirle aplicabilidad en los casos que este mismo previene. Con ello se deslindan las soluciones del derecho penal internacional sobre delitos de suma gravedad, de las correspondientes al derecho penal nacional en general y se evita una revisión minuciosa de la ley suprema.

Finalmente, resulta curioso que la postura adoptada por México en su texto constitucional guarde mucha similitud con una de las tantas propuestas que formularon los Estados Unidos con el objeto de boicotear la creación de la Corte Penal Internacional, al plantear una solución ‘*case by case consent*’, es decir, *que la Corte no habría podido ejercer su jurisdicción sin el consenso del Estado de nacionalidad del sospechoso, que sería requerido en cada caso particular. Como excepción a ese principio, la propuesta de Estados Unidos preveía que en ciertas hipótesis de hechos subsumibles en tipos especiales, dicho consenso no tendría efecto alguno y, en cambio, sería el Consejo de Seguridad el que habilitaría a la Corte para intervenir*¹¹.

¹¹ Eiroa, Pablo D.: *La Corte...* cit., pp. 84-85.

V. Consideraciones en torno a la iniciativa de la Ley Reglamentaria del párrafo octavo, del artículo 21, de la Constitución Federal

Al día de hoy, se tiene el conocimiento de la existencia de un proyecto de ley reglamentaria del párrafo octavo, del artículo 21, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en la *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, número 2940-II, de fecha 02 de febrero de 2010, la cual, no obstante ser solamente una minuta, considero adecuado su análisis para los fines del presente trabajo.

El artículo 1º de la referida ley reglamentaria fija como su objeto *regular la cooperación del Estado Mexicano con la Corte Penal Internacional en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de su competencia*.

En el capítulo primero *De las consultas preliminares con la Corte* (artículos 6-9), correspondiente al Título II *Del reconocimiento de jurisdicción de la Corte Penal Internacional*, se prevé un supuesto fáctico singular en donde la ley da una solución jurídica que en mi opinión va en contravención del *principio de complementariedad* establecido en el numeral 17 del Estatuto de Roma.

Como se ha hecho mención, el *principio de complementariedad* se encuentra previsto tanto en el preámbulo como en los artículos 1 y 17 del Estatuto de Roma, y opera en el sentido de que la Corte solo podrá actuar cuando la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir un delito que caiga en la esfera de su competencia. Asimismo, la Corte no podrá intervenir cuando esté en trámite un procedimiento nacional o el asunto en cuestión no sea lo suficientemente grave como para justificar su injerencia¹².

¹² Ver supra pp. 11-12.

Ahora bien, la hipótesis prevista en la ley consiste en que, si fuera el caso de que la Corte se encontrará investigando hechos probablemente delictivos que sean de la jurisdicción del Estado mexicano (artículo 6), este le solicitará a la misma que se inhiba del conocimiento de los hechos y gestionará ante ella la aplicación del principio de complementariedad en términos de los dispuesto por los artículos 1 y 17 del Estatuto de Roma (artículo 7). Incluso, la ley establece que la Corte deberá resolver de plano en el sentido de abstenerse de proseguir con el conocimiento de los hechos ya no solo de investigación, sino también del enjuiciamiento, una vez que reciba la solicitud de inhibición del Estado mexicano (artículo 8).

Aquí se pueden dar dos supuestos: el primero, que los hechos investigados por la Corte ya sean motivo de indagación por parte de las autoridades mexicanas, en este caso operaría el principio de complementariedad previsto en el artículo 17 del Estatuto; sin embargo, en el segundo de los escenarios, donde los hechos investigados por la Corte fueron iniciados con motivo de que nuestro país no hizo lo propio, es incorrecta la solución que da el proyecto de ley de ahora sí dar inicio a una averiguación previa y exigirle a la Corte que se inhiba en su actuar.

Lo anterior no se apega a lo establecido por el Estatuto, ya que en su artículo 17 prevé una serie excepciones al principio de complementariedad, siendo uno de ellos el previsto en el párrafo 2, inciso b), que dispone:

...b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Evidentemente, en el escenario que se especula sería poco probable que el Estado mexicano pasara por alto la comisión de hechos delictivos en su territorio, que por su gravedad hubieran motivado que la Corte se avocara a su conocimiento; lo que en realidad pareciera es que estamos ante una demora injustificada para su investigación, que en palabras llanas no es otra cosa que corra el tiempo para que opere la prescripción de los probables hechos delictivos, y en consecuencia se actualizaría la excepción al principio de complementariedad referido.

Siguiendo con el principio de complementariedad, el artículo 9 de la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 21 de la Constitución General en lo que nos interesa establece lo siguiente.

Artículo 9. La Corte, en razón del principio de complementariedad previsto en el artículo 17 del Estatuto, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

...

II. Los hechos que lo constituyan, hayan sido objeto de una investigación por parte de las autoridades federales o del fuero común en el Estado mexicano y este haya decidido no incoar acción penal en contra de persona alguna;

III. Las personas o persona a quienes se imputa su consumación, hayan sido ya enjuiciadas por la conducta a que se refiere la conducta, y la Corte no pueda incoar el juicio con arreglo a los dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20 del Estatuto; y

IV. Los hechos materia del asunto de que se trate no sean de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por parte de la Corte.

En relación a la fracción II, indebidamente solo

se hace referencia a la primera parte del inciso b), del párrafo primero, del artículo 17 del Estatuto, pues después de establecerse que la Corte no es competente para conocer de asuntos donde se haya decretado el no ejercicio de la acción penal, se hace la salvedad de que así será, siempre y cuando la decisión no haya obedecido a la intención de no continuar con la investigación hasta sus últimas consecuencias. Como se aprecia la remisión que hace la ley reglamentaría al Estatuto de Roma, es incorrecta y desafortunada, situación que en apariencia no parece trascendental, pero lo es, considerando que esta iniciativa de ley será la que aplicarán las autoridades mexicanas para determinar (de forma indebida) si un determinado caso es competencia o no de la Corte Penal Internacional.

El argumento anterior es igualmente aplicable a la fracción III, pues nuevamente el proyecto de la ley omite que el principio de cosa juzgada no operará cuando haya sido decretado con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, o bien, la misma no hubiera sido instruida de forma imparcial.

La fracción IV, al igual que las anteriores, deja abierta la puerta para que las autoridades mexicanas determinen que los hechos materia del asunto no sean de gravedad suficiente para que sean conocidos por la Corte.

Por otra parte, el capítulo segundo: *De la autorización del Senado de la República*, instruye el procedimiento de la aprobación del reconocimiento de la jurisdicción de la Corte, valiendo la pena resaltar que la decisión requiere el voto de una mayoría absoluta y en caso de que el Senado no se pronuncie al respecto en un plazo de treinta días, operará la afirmativa ficta; cuestiones que no merecen mayor comentario y me

remito a los argumentos vertidos en contra de esta clase de procedimiento por el cual supuestamente se acepta, caso por caso, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En conclusión, la iniciativa de ley legisla de forma indebida cuestiones que son de competencia exclusiva de la Corte Penal Internacional, de conformidad con su Estatuto, sin obstar que la ley en su articulado hace remisiones al propio Estatuto pero las hace de forma sesgada e incompleta. Aunado a lo anterior, el artículo 1º de la ley reglamentaria establece como su objeto el *regular la cooperación del Estado mexicano con la Corte Penal Internacional en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de su competencia*, situación en la que claramente no se ciñe su contenido, sino que el mismo se entromete en cuestiones sustantivas y de valoración propias de la Corte.

El problema de la regulación de cuestiones propias del Estatuto, se pondrá de manifiesto cuando las autoridades mexicanas quieran aplicarlas con motivo de la valoración de un caso en concreto que con apego al párrafo octavo, del artículo 21 constitucional, el Ejecutivo deba ponderar, con previa aprobación del Senado, si se acepta o no la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La inadecuada reforma al párrafo octavo, del artículo 21 constitucional, se hace extensiva a la iniciativa de su ley reglamentaria, pues el Estado mexicano en su afán proteccionista, violenta y altera a su favor lo dispuesto en el Estatuto de Roma, contraviniendo las obligaciones internacionales asumidas y poniendo en riesgo su papel de Estado proactivo de una jurisdicción penal internacional.

VI. Conclusiones

Primera. El principio de responsabilidad penal internacional del individuo gestado en el Tratado de Versalles al finalizar la Primera Guerra Mundial; desarrollado por la doctrina en el periodo de entreguerras; y finalmente reconocido en las sentencias del Tribunal de Núremberg, constituye la base teórica primogénita para la creación de una jurisdicción penal internacional. Máxima jurídica del derecho internacional que sostiene que los crímenes contra el derecho internacional son realizados por hombres y no por entidades abstractas, y en aras de una justicia universal no pueden quedar impunes tales conductas inhumanas y lesivas a la comunidad internacional.

Segunda. Como corolario del principio de responsabilidad penal internacional del individuo, surgió lo que el derecho internacional ha llamado jurisdicción universal, la cual faculta y en algunos casos exige a los Estados ejercer su jurisdicción sobre personas sospechosas de haber cometido crímenes internacionales, ello con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad de los acusados y víctimas, pues dichas conductas por su gravedad le interesa a la comunidad internacional que no queden impunes.

Tercera. A pesar de que la jurisdicción universal en un principio se consideró como una solución adecuada para sancionar los crímenes contra el derecho internacional, se ha comprobado que su aplicabilidad presenta dificultades tanto jurídicas como de índole política ya que si bien cualquier Estado puede ejercerla, pocos tienen la voluntad política y están en posibilidad de ejercerla, situación que quedó de manifiesto con los contados casos que fueron llevados a la justicia bajo esta modalidad. Fue así que la Corte Penal Internacional surgió como un mecanismo de

jurisdicción penal internacional que permitiera asegurar la sanción penal del individuo, cuando los cauces internos son insuficientes o resulten ineficaces.

Cuarta. La Corte Penal Internacional es una institución permanente, creada por medio de un tratado para investigar y perseguir a aquellas personas que hayan cometido los crímenes más graves de trascendencia internacional. Por lo que desde un plano filosófico jurídico, la Corte es una institución que obliga solo a los Estados Partes; no es un sustitutivo de la jurisdicción penal nacional, más bien es complementaria de estas; la Corte no hace más de lo que todos y cada uno de los Estados pueden hacer conforme al actual derecho internacional (jurisdicción universal); la Corte es la expresión de la acción colectiva de los Estados dirigida a crear una institución que haga justicia colectiva respecto de determinados crímenes internacionales; por consiguiente, la Corte Penal Internacional ni afecta a la soberanía nacional ni pasa por encima de ningún sistema nacional deseoso y capaz de cumplir sus obligaciones convencionales.

Quinta. Se concluye que lo dispuesto por el artículo 21 párrafo octavo, de nuestra Constitución, es incompatible con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado mexicano al ratificar el Estatuto de Roma.

Primeramente, porque condiciona la competencia de la Corte al establecer que en cada caso el Ejecutivo Federal podrá con la aprobación del Senado, reconocer la jurisdicción de la misma; situación que es contraria al contenido del Estatuto, pues éste en el primero de sus tres supuestos de competencia indica que la jurisdicción de la Corte es automática para aquellos Estados que sean Parte del mismo. Segundo, el Estado mexicano no puede ampararse bajo el derecho que tienen los Estados a formular reservas a los Tratados que suscriben, pues

ello está expresamente prohibido por el artículo 120 del Estatuto de Roma.

Evidentemente, el Estatuto no permite que un Estado Parte pueda de forma casuística decidir si acepta o no la competencia de la Corte, ello sería atentar contra su propia naturaleza. Es curioso, pero la postura tomada por nuestro país coincide mucho con una de las tantas propuestas que formularon los Estados Unidos de América, a fin de boicotear la creación de la Corte Penal Internacional, ella consistía en que *case by case consent*, era necesario el consentimiento de cada Estado de nacionalidad del sospechoso, para que la Corte ejerciera su jurisdicción.

Sexta. La hipótesis prevista por el párrafo octavo, del artículo 21 de nuestra Constitución, se asemeja al tercero de los supuestos de competencia que prevé el Estatuto de Roma, consistente en que un Estado podrá *ad hoc* reconocer la competencia de la Corte Penal Internacional; sin embargo, este caso está previsto solo para Estados que no son parte del Estatuto, situación que no es la de nuestro país. Esto viene a confirmar que la postura tomada por nuestra Constitución dista mucho de lo establecido por el Estatuto, y que la decisión adoptada más que a un desconocimiento de la materia, obedeció a cuestiones políticas.

Séptima. Otra consecuencia derivada de que nuestra Constitución fije ciertas condiciones al desempeño de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, es que dicho actuar resulta inadmisible dentro del derecho internacional de los tratados, pues expresamente el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece que *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*. Buena fe que ciertamente no existió de nuestra parte.

Octava. Considero que una solución correcta hubiera sido utilizar la técnica adoptada por Francia, esto es, una norma constitucional que autorice, sin más, la posibilidad de acoger el Estatuto de Roma y conferirle aplicabilidad en los casos que este mismo previene. Con ello se deslindan las soluciones del derecho penal internacional sobre delitos de suma gravedad, de las correspondientes al derecho penal nacional en general y se evita una revisión minuciosa de la ley suprema.

Novena. La iniciativa de la ley reglamentaria del párrafo octavo, del artículo 21 Constitucional, legisla de forma indebida cuestiones que son de la competencia exclusiva de la Corte Penal Internacional de conformidad con su Estatuto, sin obstar que la ley en su articulado hace remisiones al propio Estatuto pero las hace de forma sesgada e incompleta. Aunado a lo anterior, el artículo 1º de la ley reglamentaria establece como su objeto el *regular la cooperación del Estado mexicano con la Corte Penal Internacional en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de su competencia*, situación en la que claramente no se ciñe su contenido, sino que el mismo se entromete en cuestiones sustantivas y de valoración propias de la Corte.

El problema de la regulación de cuestiones propias del Estatuto, se pondrá de manifiesto cuando las autoridades mexicanas quieran aplicarlas con motivo de la valoración de un caso en concreto que con apego al párrafo octavo, del artículo 21 constitucional, el Ejecutivo deba ponderar con previa aprobación del Senado, si se acepta o no la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Décima. Finalmente, se concluye que la inadecuada reforma al párrafo octavo, del artículo 21 constitucional, se hace extensiva a la iniciativa de su ley reglamentaria, pues el Estado mexicano en su afán proteccionista violenta

y altera a su favor lo dispuesto en el Estatuto de Roma, contraviniendo las obligaciones internacionales asumidas y poniendo en riesgo su papel de Estado proactivo de una jurisdicción penal internacional.

VII. Fuentes consultadas

Bibliografía

- Ambos, Kai y Guerrero, Óscar Julián (Compiladores): *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 1^a reimpresión, Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Colombia 2003.
- Anello, Carolina Susana: *Corte Penal Internacional*, 1^a edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002.
- Bassiouni, M. Cherif; Broomhall, Bruce; y Canargo, Pedro Pablo: *La Corte Penal Internacional*, 2^a edición, Editorial Leyer, Bogotá, 2002.
- Eiroa, Pablo D.: *La Corte Penal Internacional, Fundamentos y Jurisdicción*, 1^a edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- Fernandes Marcel, Jean: *La Corte Penal Internacional*, 1^a edición, Editorial Temis y UBIJUS, México, 2008.
- Lirola Delgado Isabel y Martín Martínez, Magdalena M.: *La Corte Penal Internacional*, 1^a edición, Editorial Ariel Derecho, España, 2001.
- Zuppi, Luis Alberto: *Jurisdicción Universal para Crímenes contra el Derecho Internacional* (El camino hacia la CPI), 1^a edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

Hemerografía

- García Ramírez, Sergio: “Cuestiones Constitucionales a propósito de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional*, Número 6, Enero-Junio, 2002. Nota: material tomado de la Biblioteca Jurídica Virtual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- _____: “Cuestiones Constitucionales a propósito de la Corte Penal Internacional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 08, Septiembre-Diciembre, 2003. Nota: material tomado de la Biblioteca Jurídica Virtual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Guevara B., José Antonio y Dal Maso, J. Narciso (comps): “La Corte Penal Internacional. Una visión Iberoamericana”, en *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, Volumen VII, Sección de Reseñas, 2007. Nota: material tomado de la Biblioteca Jurídica Virtual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Méndez Silva, Ricardo: “Consideraciones sobre la Ratificación por México del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, número 4, Julio-Diciembre, 2005. Nota: material tomado de la Biblioteca Jurídica Virtual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- _____: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 98, 2000. Nota: material tomado de la Biblioteca Jurídica Virtual, del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- La Jurisdicción Universal: Amnistía Internacional, mayo de 1999, tomado de Internet.

Algunas consideraciones en torno a la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales

*KAREN ZARINA REYES SOLÍS**
*VÍCTOR MANUEL CUEVA TÉLLEZ***

RESUMEN: En el artículo se analizan algunos dilemas que se advierten en la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, principalmente relacionados con los retos del sistema procesal penal acusatorio y oral frente al mecanismo de protección de derechos humanos conocido como juicio de amparo.

SUMARIO: I. La reforma en materia penal y el Código Nacional de Procedimientos Penales. II. El juicio de amparo en el nuevo sistema procesal. III. Los interrogatorios y las objeciones en el nuevo código. IV. Los peritos terceros en discordia a la luz del nuevo sistema. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. La reforma en materia penal y el Código Nacional de Procedimientos Penales

En junio de 2008, se reformaron y adicionaron diversos artículos de la Constitución, para introducir el sistema penal acusatorio y oral en México.

Para la implementación del nuevo sistema procesal penal, se otorgó un plazo de 8 años, contado a partir

* Oficial administrativo. Delegación Nayarit del Instituto Federal de Defensoría Pública.

** Oficial administrativo. Defensoría Pública Federal adscrita al Primer Tribunal Unitario del Vigésimo Cuarto Circuito en Tepic, Nayarit.

del día siguiente de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del Decreto que contenía la reforma, o antes según lo estableciera la legislación secundaria.

En marzo de 2014, se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, el Código Nacional de Procedimientos Penales, que en su transitorio segundo señala que entrará en vigor gradualmente, a más tardar el 18 de junio de 2016.

El nuevo código, que suplirá al Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 y a los diversos códigos de procedimientos penales en la República Mexicana, cambia completamente la estructura y desarrollo del proceso penal.

Sin embargo, aunque la esencia de la reforma se enfoca en el respeto de los derechos humanos de todos los involucrados en el proceso penal, existen algunas cuestiones que deben ser consideradas antes de la completa implementación del sistema, como ejemplos se puede citar la incompatibilidad del juicio de amparo con algunos principios del nuevo sistema o la desaparición del perito tercero en discordia.

II. El juicio de amparo en el nuevo sistema procesal

El sistema procesal penal que se implementa en México enfrenta a varios retos frente al juicio de amparo.

El mecanismo de protección de derechos fundamentales conocido como juicio de amparo fue creado en México. Si bien es cierto que existen antecedentes de figuras protectoras en otros sistemas, lo limitado de su función (como el caso del *habeas corpus*) dan crédito a que el sistema jurídico mexicano fue el primero en desarrollar la amplia gama de protección de derechos, que ha influenciado a diversos países en donde se le reconoce como acción, recurso, derecho, garantía o al igual que en México: un juicio.

Por tanto, muchas de las figuras jurídicas que se intentan adaptar al sistema mexicano se enfrentan a los efectos del juicio de amparo; el proceso penal acusatorio y oral no es la excepción, sobre todo tratándose de los principios que lo rigen.

El principio de continuidad en el proceso penal establecido en el artículo 20 de la Constitución, se refiere principalmente al ininterrumpido desarrollo de las audiencias con el objeto de hacer rápido y veraz el desahogo de las mismas.

Por tanto, el proceso será continuo cuando la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrolle ante el juez y las partes en una audiencia, la cual será continua, sucesiva y secuencial, salvo casos y excepcionales previstas en la ley¹, aunque las referidas excepciones de ley pueden convertirse en una desnaturalización de la esencia del principio de continuidad.

La audiencia puede prolongarse a sesiones sucesivas hasta su conclusión, sin menoscabar ningún principio cuando no se puedan concluir en una sola ocasión; en determinados casos, puede interrumpirse sin afectar la esencia del proceso; como ejemplos, se pueden citar la suspensión de interrogatorios o declaraciones cuando por cansancio o por cuestión del horario se considere necesario.

Sin embargo, suspender indefinidamente una audiencia hasta la resolución de un juicio de amparo sí afectaría la continuidad del proceso, más cuando no le asiste la razón a la parte que interpuso el medio de protección de derechos humanos; tomando en cuenta que *la continuidad busca establecer las mejores*

¹ Natarén Nandayapa, CF. y Caballero Juárez, J.: *Los principios...* cit., p. 24.

condiciones posibles para que el juez tome las decisiones que el desarrollo del proceso requiere².

Los países que cuentan con un sistema penal acusatorio y oral no enfrentan dilemas como el que se ha planteado, porque han adecuado sus mecanismos de protección o sistemas de impugnación al desarrollo del proceso.

Para el sistema mexicano, el juicio de amparo presenta retos indiscutibles; por un lado, atendiendo a la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, que reconoció expresamente el principio de progresividad en el artículo 1 de la Constitución, se hace imposible la desaparición o limitación del amparo como mecanismo de protección ante violaciones directas por parte de cualquier autoridad a los derechos humanos; aunque por otro lado, existen implícitos diversos derechos de la misma naturaleza que podrían verse vulnerados con la interrupción de las etapas del nuevo proceso penal, tanto para la víctima como para el acusado.

La activación del juicio de amparo podría interrumpir la audiencia y por ende, retardar el dictado de la sentencia; aunque también podría afectarse el principio de continuidad en el supuesto de que la sentencia conceda el amparo y ordene la reposición del mismo.

Por lo anterior, *si lo que se desea es que los procedimientos penales sean más rápidos, que la mayoría de los casos se resuelvan en una sola audiencia, eso difícilmente puede lograrse con el actual sistema de impugnaciones³*; si se desea que, además de la rapidez exista certeza y congruencia en el desarrollo del proceso, manteniendo en todo momento la imparcialidad del

² *Ibidem*, p. 26.

³ Leguizamo Ferrer, ME.: “El papel... cit., p. 26.

juzgador para lograr una sentencia apegada a derecho, la protección de la continuidad de las actuaciones es un aspecto fundamental que debe garantizarse.

Por otro lado, también se contrapone la suplencia de la queja que tiene el acusado en materia penal en el juicio de amparo con el principio de contradicción del proceso penal acusatorio, pues *la suplencia de la queja favorece la garantía de no incriminación, pero menoscaba la contradicción y la igualdad rígida entre las partes del proceso penal*⁴; otorgándose preferencia al principio de suplencia de la queja, porque no se deben aplicar de manera rigurosa los principios del proceso penal en el juicio de amparo.

Al respecto, para garantizar el equilibrio procesal entre las partes del proceso penal acusatorio, la Ley de Amparo prevé la suplencia de la queja en favor del ofendido o la víctima, en los casos en que tenga el carácter de quejoso o adherente.

Además, en el nuevo sistema de justicia penal, el amparo enfrenta dilemas para su interposición, puesto que la oralidad y la forma en la que se desarrolla la audiencia, impiden o dificultan que algunas cuestiones puedan ser objetadas (o si lo fueren, pueden ser desechadas), en cuyo caso, será necesario esperar el momento procesal oportuno para la interposición del medio de impugnación pertinente, lo que podría traer como consecuencia la reposición del procedimiento, que vulnera el principio de continuidad como ya se explicó; o en su caso, se tendría que resolver de plano la situación planteada al momento de dictar la sentencia correspondiente.

⁴ Ferrer Mac-Gregor, E. y Sánchez Gil, R.: “Amparo...” cit., p. 436.

III. Los interrogatorios y las objeciones en el nuevo código

Las características del proceso penal en México se establecen en el artículo 20 de la Constitución: acusatorio y oral.

La oralidad como característica del nuevo proceso penal es uno de los pilares de la transformación del sistema de justicia en México; se busca la transparencia y rapidez en las actuaciones.

Toda la argumentación que presenten las partes en el sistema procesal penal se desarrollará de manera oral; se agrega que *la oralidad no es un principio gratuito o autónomo, sino que sirve a los de publicidad y en algunos aspectos al de inmediación*⁵.

La oralidad de todas las comunicaciones que se lleven a cabo en el proceso sirven *para que un auditorio pueda tener conocimiento casi directo de lo que se actúa, para que los ciudadanos participantes en él puedan controlar su desarrollo, y para que con mayor eficiencia el juez adquiera conocimiento personal de los elementos de prueba y se comunique con las partes*⁶; es una herramienta del juzgador para determinar por sí mismo la credibilidad de un testigo o la calidad de su testimonio.

La oralidad del proceso incluye la contradicción de las pruebas de la contraparte como herramienta fundamental para lograr la convicción del juzgador que emitirá la sentencia.

La obtención de cualquier prueba con violación de derechos humanos será considerada nula; el desequilibrio procesal que se derive de la vulneración de derechos humanos, hace que la prueba pierda su valor.

⁵ *Ibidem*, p. 437.

⁶ *Idem*.

Lo anterior podría presentarse cuando se deseche una pregunta que ha sido objetada por la contraparte, siempre y cuando esa pregunta sea indispensable para probar la teoría del caso; supuesto que se encuadraría como una violación de derechos fundamentales que deja en estado de indefensión a la parte objetada; pues la decisión del juez se basa en su propio criterio y razón; como ser humano, es susceptible de equivocarse.

Según el artículo 354 del Código Nacional de Procedimientos Penales, corresponde al juzgador la dirección del debate a juicio; es quien moderará la discusión, impedirá intervenciones impertinentes o que no resulten admisibles y resolverá las objeciones que se formulen durante el desahogo de la prueba.

La concentración de funciones en una sola persona puede generar errores involuntarios en su desempeño, sobre todo en debates largos en los que se tienen que desahogar muchas pruebas; aunque el juez es una persona experta en el desarrollo, múltiples factores pueden errar su criterio.

El artículo 374 del citado código señala que las objeciones serán analizadas por el juzgador que dirige la audiencia, sobre la que resolverá de plano, sin que se pueda admitir recurso alguno contra la determinación.

Lo anterior pone de manifiesto que ante el desechamiento de alguna pregunta relevante, el único camino es promover un juicio de amparo; por otro lado, la admisión de una pregunta objetada a la contraparte (cuando la objeción es pertinente), también vulnera derechos fundamentales que son de imposible reparación, porque la respuesta a dicha pregunta desaparecería la materia del posible juicio de amparo.

IV. Los peritos terceros en discordia a la luz del nuevo sistema

La prueba pericial es de suma importancia en el proceso penal mexicano; en el nuevo sistema de proceso penal acusatorio y oral será trascendental para que el juzgador pueda tener un pleno conocimiento de los hechos a través del experto en cuestiones que no son del conocimiento general y en áreas en donde la razón no es suficiente para emitir una sentencia justa, completa, imparcial y apegada a derecho.

Aunque la prueba pericial no se utiliza para todos los procesos, ni para todos los delitos; solo en aquellos que es necesario y no es el único factor que motivará la decisión del juzgador, es indispensable para acercarse a la verdad.

Sin embargo, la opinión de los expertos peritos no siempre es coincidente, ya sea por el método utilizado, por la experiencia que cada uno de ellos tenga respecto del punto sobre el que versa su opinión e incluso, por la propia creencia o convicción respecto de una situación; sin omitir que pudiera presentarse la parcialidad del perito al emitir el dictamen sustentada en razones particulares.

Para dar solución al conflicto que se deriva de dictámenes periciales opuestos en algunas o en todas sus partes, el artículo 236 del Código Federal de Procedimientos Penales prevé: *cuando las opiniones de los peritos discordaren, el funcionario que practique las diligencias los citará a junta en la que se discutirán los puntos de diferencia, haciéndose constar en el acta el resultado de la discusión. Si los peritos no se pusieren de acuerdo se nombrará un perito tercero en discordia.*

El Código Nacional de Procedimientos Penales suprimió por completo la figura del perito tercero en discordia.

La finalidad del desahogo de la prueba pericial mediante el interrogatorio directo al perito sobre el dictamen que elaboró con atención a su arte, ciencia u oficio, es la oportunidad de las partes para controvertir su dicho.

Cuando ambas partes presentan peritajes contradictorios, el juez (quién no es experto en el contenido del dictamen) carece de un valor de referencia para poder determinar cuál de las dos opiniones es la correcta; lo que podría traer como consecuencia la vulneración de derechos humanos de la víctima, del ofendido o del propio acusado a quién le interesa que se tome en cuenta un dictamen.

La valoración de la prueba queda al libre criterio del juzgador, advirtiéndose que el simple razonamiento no será suficiente para obtener la verdad.

V. Conclusiones

La implementación de la reforma al sistema procesal penal mexicano implica la participación de todos los involucrados para ajustar el derecho nacional vigente al nuevo sistema.

Es necesario reflexionar y, en su caso, revisar la compatibilidad del nuevo sistema procesal en materia penal y el juicio de amparo como mecanismo de protección de derechos fundamentales, principalmente en relación con el principio de continuidad establecido en el artículo 20 de la Constitución.

Se advierte que los países que cuentan con un sistema penal acusatorio y oral han adecuado sus mecanismos de protección o sistemas de impugnación al desarrollo del proceso; México no debe ser la excepción, se deben buscar soluciones que garanticen el respeto de los derechos humanos de las víctimas

u ofendidos, así como de los imputados, acusados o sentenciados.

También se debe buscar solución a los conflictos que se advierten en el Código Nacional de Procedimientos Penales, como los que podrían presentarse por el desechamiento de preguntas relevantes para la teoría del caso que han sido objetadas por la contraparte; pues la decisión del juez se basa en su propio criterio y razón, por lo que no está exento de incurrir en errores o la decisión del juzgador orientada por dictámenes periciales contradictorios, sin opción de tener una tercera opinión que le ayude a acercarse a la verdad.

VI. Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Benavente Chorres, Hesbert, *El amparo y su relación con el sistema acusatorio*, Serie Juicios Orales número 10, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2013.
- García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, coordinadores: *La situación actual del sistema penal en México*, XI Jornadas sobre Justicia Penal, serie Doctrina Jurídica, número 613, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- González Oropeza, Manuel y Ferrer MacGregor, Eduardo, coordinadores: *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, tomo I, serie Doctrina Jurídica, número 621, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén: “Amparo y proceso penal acusatorio en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Said Ramírez, Alberto, coordinadores, *Juicios orales. La reforma judicial en Iberoamérica. Homenaje al maestro Cipriano Gómez Lara*, serie Doctrina Jurídica, número 662, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- Natarén Nandayapa, Carlos F. y Caballero Juárez, José Antonio: *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral*, serie Juicios Orales número 3, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

Revistas

- Leguizamo Ferrer, María Elena: “El papel del juicio de amparo en los juicios orales”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* número 25, 2008.

Legislativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Internet

- Carbonell, Miguel: *La Reforma Penal que México necesita*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Institución Renace, A.B.P. y Red Nacional de Organizaciones Civiles de apoyo a los Juicios Orales y Debido Proceso. http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/La_reforma_penal_que_M_xico_necesita.pdf
- El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional. <http://www.cjf.gob.mx/reformas/documentos/ElnuevosistemadeJusticiaPenalAcusatorio.pdf>
- Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2^a. ed., trad. de Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001. [http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/30.-%20Derechos%20Y%20Garantias%20\(La%20Ley%20Del%20Mas%20Debil\)%20-%20Ferrajoli.pdf](http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/30.-%20Derechos%20Y%20Garantias%20(La%20Ley%20Del%20Mas%20Debil)%20-%20Ferrajoli.pdf)

Boletín bibliográfico

- Alcocer Herrera, Alejandro: *Justicia oral: guía para las audiencias del sistema acusatorio*. México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- Arce y Cervantes, José: *De las sucesiones*. México, D.F., Porrúa, 2014.
- Balaguer Callejón, Francisco: *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- Blum Carcelén, Jorge M.: *La ética judicial en el Ecuador*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- *Bravery in Public Procurement: Methods, Actors and Counter-Measures*. Español *El cohecho en las adquisiciones del sector público: métodos, actores y medidas para combatirlo*. México, Gobierno Federal, Secretaría de la Función Pública; [Paris, Francia], Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE, 2008.
- Brokmann, Carlos: *La justicia en el mundo prehispánico*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2010.
- Bunge Campos, Luis María: *Las cartas de derechos de las víctimas*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.

- Carbonell, Miguel: *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. México, D.F., Porrúa : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- *Cartografía de las defensas públicas de América*. Santo Domingo, República Dominicana, Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, 2014.
- Castellanos Malo, Eugenio: *La ratificación de magistrados, una decisión ética*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- Castro Caballero, Fernando A.: *La prueba y el trato justo*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- *Catálogo de las lenguas indígenas nacionales: variantes lingüísticas de México con sus autodenominaciones y referencias geoestadísticas*. México, D.F., Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, 2010, 2009.
- Chávez Castillo, Raúl: *El abc del juicio de amparo conforme a la nueva ley*. México, D.F., Porrúa, 2014.
- _____: *Formulario del nuevo juicio de amparo indirecto*. México, D.F., Porrúa, 2014.
- _____: *Nuevo juicio de amparo*. México, D.F., Porrúa, 2014.
- Chávez Padrón, Martha: *La ciencia jurídica y su vocación: la autonomía constitucional de los Poderes de la Unión*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.

- *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación: documentos de sustentación: décimo aniversario.* México, D.F. : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación y Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.* México, D.F. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, Secretaría Ejecutiva, 2014.
- *Código Penal para el Distrito Federal.* México, D.F., Porrúa, 1996.
- *Constitucionalidad de las figuras de testigo protegido y testigo colaborador.* investigador, Roberto A. Ochoa Romero.- México, D.F. : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- *Curso de ética judicial de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial 2013.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2014.
- Dávalos, José: *Derecho individual del trabajo.* México, D.F., Porrúa, 2014.
- *De la modificación a la sustitución de la jurisprudencia.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- Espinosa Castro, Carlos Alberto: *Arraigo como instrumento de violación a los derechos humanos.* México, D.F., Ubijus, 2014.
- *Ética judicial: normas y criterios aplicables al Poder*

Judicial de la Federación. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.

- Figueroa Jácome, Leonor: *Compromiso social, honestidad y respeto.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- González Blanco, Salomón: *Derecho del trabajo.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación ; Puebla, México : Benémerita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2014.
- González Martín, Nuria: *Inconstitucionalidad de las disposiciones que restringen a los mexicanos por naturalización para acceder a cargos de Ministerio Público, oficial secretario, perito o policía, en las procuradurías locales.*- México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- González Obregón, Diana Cristal: *Manual práctico del juicio oral.* México, D.F., Tirant lo Blanch, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación Profesional, Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014.
- González Oropeza, Manuel: *Avatares del Primer Congreso Constituyente del Estado de Morelos: la destitución de los diputados en 1869 y su amparo ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra la legislatura del Estado.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación,

Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.

- Hernández Flores, Ismael: *Justicia para todos*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- Hernández-Romo Valencia, Pablo: *Las garantías del inculpado*. México, D.F. : Porrúa : Escuela Libre de Derecho, 2012.
- Hidalgo Murillo, José Daniel: *De los medios de impugnación: recursos horizontales y verticales del proceso penal acusatorio y oral en México*. México, D.F., Flores Editor y Distribuidor; Chiapas, México, Universidad Autónoma de Chiapas, 2014.
- *Iter Criminis*: Revista de Ciencias Penales. México, D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1998.
- *Jurisprudencia y criterios relevantes en materia de acciones de inconstitucionalidad*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- *Jurisprudencia y criterios relevantes en materia de controversias constitucionales*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- Kühne Peimbert, Catalina: *Lenguaje judicial y transparencia*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- López Contreras, Felipe: *Felipe Tena Ramírez: el juez del siglo XX*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.

- López Sosa, Eduardo: *Derecho administrativo mexicano*. México, D.F., Porrúa : Universidad Anáhuac, 2014.
- *Matrimonio*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- *Mexicano: esta es tu constitución*. México, D.F., M.A. Porrúa, Cámara de Diputados, LV Legislatura, Comisión de Régimen Interno y Concertación Política, Comité del Instituto de Investigaciones Legislativas, 1997.
- *Normativa del juicio de amparo: concordancia entre el texto vigente y el de 1936 abrogado*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- Molina Argüello, Ligia Victoria: *Breve reseña sobre el estado de la ética judicial en el Poder Judicial de la República de Nicaragua*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- Orellana Wiarco, Octavio Alberto: *Curso de derecho penal: parte general*. México, D.F., Porrúa, 2014.
- *Parentesco*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- *Paternidad*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- Pineda Arzola, Javier: *Prontuario práctico del proceso penal oral mexicano: doctrina, jurisprudencia y formularios*. México, D.F., Ubijus, 2014.

- *Principios de la ética judicial iberoamericana: justicia y equidad.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación : Cumbre Judicial Iberoamericana : Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2014.
- *¿Qué es el Poder Judicial de la Federación?* México, D.F., Poder Judicial de la Federación : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Comunicación Social, 1999.
- *Raíz y conciencia: órgano informativo del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, 2007-.
- *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad de Buenos Aires.*- Buenos Aires, Argentina, Ministerio Público de la Defensa. Año 3, No. 5 (Diciembre), 2013.
- *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.
- Reynoso Dávila, Roberto: *Penología.* México, D.F. : Porrúa, 2011.
- Santos Azuela, Héctor: *Fundamentos y reforma del derecho del trabajo.* México, D.F., Porrúa, 2014.
- Sotelo Salgado, Cipriano: *La construcción de la defensa en el juicio oral.* México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- _____: *Práctica forense del contrainterrogatorio en el juicio oral.* México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2014.

- Tapia Hernández, Erick Francisco: *Una propuesta para regular el control constitucional a priori en México: normas de carácter general.* México, D.F., Cámara de Diputados, LX Legislatura, 2009.
- *Valores para una cultura de la legalidad.* México, D.F., Secretaría de Gobernación, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, 2009.
- Zulueta Rodríguez, Ana Cecilia: *Ética judicial en Venezuela.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014.

Actividades de capacitación

Como cada año, concluyeron exitosamente en la Sede Central las Especializaciones en Defensa Penal y Asesoría Jurídica, décimo cuarta generación, respecto a las cuales son dignos de mencionar los cambios que tuvieron los planes de estudio, pues se hizo énfasis en aquellas partes de las asignaturas que debían tratarse con mayor atención, con el fin de que los aspirantes a defensores o asesores tuvieran pleno dominio de ellas, como es la incorporación de la materia *Análisis del Código Nacional de Procedimientos Penales*, que ya forma parte de las asignaturas.

Por otro lado, y dada la exigencia de capacitación que existe en la actualidad para los Defensores Públicos Federales en el sistema procesal mixto al sistema acusatorio y oral, concluyó en la Sede Central la *Cuarta Edición del Curso Litigación Profundizado*, que, como ocurrió los años pasados, se imparte por catedráticos de la Universidad Alberto Hurtado de Chile, a través de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac del Norte. El curso tuvo lugar en las ciudades de Guanajuato, Gto., Monterrey, N.L. y Distrito Federal, con la participación de 150 Defensores Públicos de las veintisiete Delegaciones del Instituto, teniendo en cuenta que era necesario que los defensores tomaran un curso sistematizado que cubriera el ámbito teórico y el práctico del nuevo sistema penal.

Además, durante los meses de junio a octubre, se llevó a cabo la *Quinta Edición del Diplomado en Litigación*

en el Proceso Penal, que, como ocurrió en años pasados se imparte por catedráticos de la Universidad Alberto Hurtado de Chile a través de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac del Norte. Este año tuvo lugar en las ciudades de Mazatlán, Sinaloa; Mérida, Yucatán y Distrito Federal, con la participación de 150 Defensores Públicos de todas las Delegaciones del Instituto.

Lo anterior permitirá contar con un importante número de Defensores Públicos Federales capacitados para actuar en el sistema acusatorio y oral y contar con conocimientos sobre las Reformas más relevantes en el país.

Asimismo, el pasado mes de septiembre, se llevó a cabo en la Sede Central el *Curso Gestión de Personas y Organizaciones*, cuyo objetivo fue conocer y aplicar un modelo de gestión de personas que permita comprender su utilidad en procesos de cambio organizacional, promoviendo el diálogo y la reflexión respecto de los desafíos asociados a la implementación de la reforma en el sistema penal, al cual asistieron los Titulares de Unidad del Instituto, así como personal del área de Defensa Penal.

También en la Sede Central se llevó a cabo el *Curso Intensivo para Delegados y Supervisores en el Área Penal*, el cual reunió a los veintisiete delegados del Instituto y Supervisores, ya que es de suma importancia conocer la estructura, fases, reglas e instituciones del nuevo sistema penal y permitir de este modo comprender su lógica, funcionamiento y organización a fin de realizar una evaluación y supervisión de acuerdo a las exigencias

y necesidades que cada audiencia supone para los Defensores Públicos.

Finalmente, el Instituto, en coordinación con el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas y la Comisión Nacional para el desarrollo de Pueblos Indígenas y, con la finalidad de impulsar el fortalecimiento académico y revitalización de las lenguas indígenas nacionales, el reconocimiento y vigencia de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, se impartió, durante octubre de 2014, en la Sede Central el *Cuarto Curso de Actualización en Materia Penal* a 55 abogados en lenguas indígenas de toda la República.

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General
Maestro Mario Alberto Torres López

Junta Directiva

Maestro Rodolfo Félix Cárdenas
Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Doctor Héctor Felipe Fix Fierro
Doctor Moisés Moreno Hernández
Maestro Miguel Pérez López
Licenciado Javier Quijano Baz

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Jorge Rivero Ortiz
Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciada Susana Paczka Carmona
Unidad de Supervisión y Control de Defensa
Penal y Asesoría Jurídica

C.P. Silvia Madrigal Bueno
Unidad de Apoyo Operativo

*El diseño y la formación de este volumen
estuvieron a cargo de la Dirección
General de Comunicación Social del
Consejo de la Judicatura Federal.*