



**XV Aniversario**  
del Instituto Federal de Defensoría Pública



## **PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**

**CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA.**

---

**Director**  
Mario Alberto Torres López

**Coordinadores**  
Mario Alberto Torres López  
Rocío Alejandra Azuela Silva  
Héctor Antonio García y Hernández  
Miriam Falcón Ugalde

Captura: Miriam Falcón Ugalde  
Asesoría filológica: Ignacio Javier Martín Sánchez  
Diseño y formación: Jorge Alberto García Correa

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública  
Número 15, junio de 2013

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

Editor responsable: Mario Alberto Torres López

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

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

© Instituto Federal de Defensoría Pública  
ISSN 1870-7610

Tiraje 1,200 ejemplares  
Distribución gratuita.



## Índice

### Página

Presentación .....	5
<i>Ministro Juan N. Silva Meza</i> La independencia del Defensor Público ante los nuevos paradigmas constitucionales .....	6
<i>Ministra Margarita B. Luna Ramos</i> Candidaturas independientes. Primeras experiencias desde su incorporación al régimen constitucional electoral .....	25
<i>Magistrado Manuel González Oropeza</i> El voto de las personas privadas de su libertad sin sentencia condenatoria .....	52
<i>Maestro Mario Alberto Torres López</i> La defensa adecuada en el procedimiento penal .....	88
<i>Juez José R. Cornejo Olvera</i> El uso del control de convencionalidad en la ejecución de la pena, un caso real .....	113

<i>Licenciado Jaime Flores Cruz</i> El Poder Legislativo y el Sistema de Justicia Penal desde la perspectiva de los derechos humanos .....	161
<i>Maestro Óscar Enrique Castillo Flores</i> <i>Doctor Raúl Rodríguez Vidal</i> Juicio oral mercantil .....	226
<i>Licenciado Rogelio G. García Rojas</i> Sistema universal e interamericano de derechos humanos <i>versus</i> criminalización del farmacodependiente .....	257
Boletín bibliográfico .....	319
Actividades de capacitación .....	322

---

## **Presentación**

Tres lustros de vida ha cumplido el Instituto Federal de Defensoría Pública, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, dejando su impronta en la vida jurídica del país. El 28 de mayo de 1998, en el *Diario Oficial de la Federación*, aparece publicada la Ley Federal de Defensoría Pública, lo que marca un antes y un después en el otorgamiento de servicios de defensa gratuitos en materia federal, mediante la creación de una institución que cuenta con independencia técnica y operativa.

Durante esos 15 años de vida, en la Junta Directiva de la Defensoría Pública han transitado destacados juristas, han ocurrido eventos significativos y se ha logrado un posicionamiento inimaginable de la institución dada la calidad y cantidad de los servicios de defensa penal y de asesoría jurídica que se otorga en el ámbito federal. Todo eso gracias a la permanente presencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal.

Este número sirve para conmemorar el XV aniversario del Instituto Federal de Defensoría Pública y, como siempre, contiene artículos de actualidad y trascendencia que permitirán a los defensores públicos, a los asesores jurídicos y a los abogados generar una profunda reflexión acerca de los temas que se abordan.

**Mario Alberto Torres López**  
Director General  
Junio de 2013

---

## **La independencia del Defensor Público ante los nuevos paradigmas constitucionales**

*Juan N. Silva Meza<sup>1</sup>*

**RESUMEN:** En este artículo se aborda el papel de la Defensoría Pública en el marco de las reformas constitucionales en materia penal, amparo y derechos humanos. Recaba información de diversos diagnósticos de organismos internacionales, regionales y nacionales en la materia. Destaca la importancia de consolidar la independencia del Defensor Público para transitar venturosamente por los nuevos paradigmas constitucionales.

**SUMARIO:** I. Antecedentes. II. Los derechos de defensa a la luz de la reforma penal de 2008. III. El Defensor Público en el marco de la reforma constitucional en materia de amparo y derechos humanos. IV. Los retos de la Defensoría Pública. V. Conclusión. Bibliografía.

### **I. Antecedentes**

En su más reciente *Informe Anual de Labores*, el Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública da cuenta de que entre 2011 y 2012:

*Un total de 776 defensores actuaron en adscripciones distribuidas en 168 ciudades y poblaciones que abarcan la geografía nacional. En el período que se*

---

<sup>1</sup> Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal.

informa, 255 defensores públicos adscritos a las Agencias del Ministerio Público de la Federación, otorgaron 545 asistencias a personas en acta circunstanciada; asistieron a 3,152 testigos que solicitaron la presencia de un defensor para rendir su declaración; defendieron a 69,053 indiciados en averiguaciones previas, para hacer un total de 72,750 aceptaciones del cargo de defensa, respecto de las cuales se realizaron 91,985 entrevistas y se promovieron 579 juicios de amparo. Los 357 defensores públicos adscritos a juzgados de Distrito, representaron a 50, 429 inculpados; promovieron 1,615 juicios de amparo y realizaron 202,963 visitas a detenidos en centros de reclusión. Por otro lado, los 158 defensores públicos adscritos a Tribunales Unitarios de Circuito, tuvieron a su cargo 47,733 defensas; intervinieron en 8 reconocimientos de inocencia; promovieron 4,778 juicios de amparo y practicaron 73,477 visitas carcelarias. En averiguación previa, primera y segunda instancias, los 776 defensores públicos tuvieron a su cargo 170,912 defensas, promovieron 6,978 juicios de amparo, realizaron 91,985 entrevistas a detenidos y asistidos, practicando además 276,440 visitas carcelarias. De acuerdo con los resultados obtenidos por los defensores públicos en las tres fases procedimentales, el índice general de efectividad fue de 45.35%, el que hay que considerar como elevado, tomando en cuenta el complejo entorno de la justicia penal que se vive en la actualidad<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Instituto Federal de Defensoría Pública, *Informe Anual de Labores 2011-2012*, pp. 9-10.

Estos datos numéricos que, en principio, podrían parecer fríos, son en realidad la prueba elocuente de que la Defensoría Pública en México es una realidad tangible en pleno desarrollo y consolidación. Qué lejanas son las *Leyes de Indias*, especialmente las contenidas en la Ley Vigésimo Sexta del Título Vigésimo Tercero del Libro Segundo, concernientes a los deberes de los abogados y procuradores de pobres. Muy lejano también parece 1847, el mismo año en el que Manuel Crescencio Rejón introdujera el Amparo, cuando el notable liberal Ponciano Arriaga propuso al Congreso de San Luis Potosí la creación de la Procuraduría de Pobres, que tendría el propósito de defender a los desamparados de las injusticias, atropellos y excesos cometidos por algunas autoridades y agentes públicos, y también tenían la misión de procurar el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas pobres, favoreciendo su ilustración y bienestar. La Exposición de Motivos para la creación de dicha institución tiene tintes que auguran un futuro promisorio: *Tal vez la institución que hoy comienza bajo mis débiles auspicios, podrá dar los más felices resultados y con el tiempo no tan solamente economizar los padecimientos de nuestro pobre pueblo, sino también operar grandes mejoras en su situación social, en sus costumbres, en sus necesidades físicas y morales.*

De ahí, fue hasta febrero de 1922, cuando, con base en el andamiaje contenido en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), fue expedida la Ley de Defensoría de Oficio en el Fuero Federal. Dicho ordenamiento jurídico encargaba el servicio a un Jefe de Defensores y al número de defensores de oficio que fueran necesarios a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

que era la facultada para nombrar y remover a uno y otros<sup>3</sup>.

No obstante, más de siete décadas transcurrieron para que se reconociera que el hecho de que nuestra Constitución estableciera el acceso a la justicia y que la ley contemplase instituciones jurídicas para hacer efectiva esa garantía, no era suficiente para subsanar las desventajas que frente a la ley coloca a los menos favorecidos. Así, se pretendió la conformación de un sistema que garantice profesionalismo, capacidad, probidad, prestigio social y cobertura suficiente, para que la población de menos recursos esté debidamente defendida. *Toda persona tiene derecho a la asistencia efectiva de un defensor en todas las fases de los procedimientos penales, desde el principio mismo de la averiguación.* Esa determinación, adoptada por los miembros del Congreso Internacional de Derecho Penal, reunido en Viena, Austria, durante el mes de octubre de 1989, se plasmó a la poste en el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre de 1993, por el que se reformó, entre otras disposiciones constitucionales, la fracción X del artículo 20, para consagrar el derecho del indiciado a nombrar defensor desde la fase de la averiguación previa.

Con estos prolegómenos, y al amparo de sendas iniciativas presentadas al H. Congreso de la Unión en 1995 y 1996, respectivamente, fue promulgada, el 28 de mayo de 1998, la Ley Federal de Defensoría Pública, cuyo objeto es regular la prestación del servicio de defensoría pública en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante orientación, asesoría y representación jurídica en los términos que la misma establece. Finalmente, el

---

<sup>3</sup> Esquinca Muñoa, C.: *La defensoría...,* cit., p. 27.

penúltimo párrafo del artículo 17 de la CPEUM dispone: *La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.*

## **II. Los derechos de defensa a la luz de la reforma penal de 2008**

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 un verdadero cambio de paradigma que todos los actores que conforman un Estado democrático de Derecho, especialmente los defensores públicos, deben asumir con responsabilidad y compromiso. Como es sabido, mediante la reforma constitucional, el procedimiento penal transita del procedimiento semi-inquisitorio al acusatorio y oral, cuyos principios (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación) recoge el artículo 20 constitucional. La oralidad es el medio por excelencia para poner en marcha los principios rectores del sistema acusatorio. Así, el proceso penal estará presidido por la idea de debate, de controversia, de contradicción, de lucha de contrarios y será la síntesis dialéctica de la actividad de las partes encaminada a velar por los intereses que representan. El proceso será un diálogo abierto entre los

diversos actores que confrontarán por el predominio de lo que consideran es la verdad procesal.

De conformidad con el artículo 20, Apartado B, de la CPEUM, que prevé los derechos de toda persona imputada, incluye, en su fracción VIII el derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente, incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera. La fracción VI del mismo precepto constitucional dispone que al imputado le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. En consecuencia, el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirse declaración o entrevistararlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley, cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación, y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

En un sistema acusatorio, el papel de la defensa se torna indispensable e implica una posición mucho más activa que en el sistema tradicional, precisamente porque el nuevo sistema se fundamenta en el principio de contradicción<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. CONATRIB: *Código...*, cit., p- 38.

Gracias a la reforma al texto fundamental, la labor de los defensores públicos tendrá una preminencia sin precedentes en nuestro país. Y en consonancia con los derechos de toda persona imputada y los de la víctima o del ofendido que enuncia el propio artículo 20 constitucional, corresponderá a los jueces de control vigilar, controlar, avalar y, en su caso, descalificar las acciones llevadas a cabo en la etapa de investigación a fin de que se sujeten a reglas más exigentes desde el punto de vista jurídico, lógico y de respeto a los derechos humanos.

Esto es de suma importancia, porque el contenido, interpretación y alcances de la reforma constitucional en materia penal no pueden ser disociados, en absoluto de otras dos reformas constitucionales promulgadas a mediados del año 2011 en materia de amparo y derechos humanos.

### **III. El defensor público en el marco de la reforma constitucional en materia de amparo y derechos humanos**

En virtud de las reformas a los artículos 94, 103 y 107 constitucionales publicadas el 6 de junio de 2011, el juicio de amparo se actualizará, siendo más ágil y accesible para los individuos, y esto le permitirá recobrar su esencia, es decir, evitar los abusos de poder y garantizar el régimen de libertades. La reforma constitucional en materia de amparo, alineada con la reforma penal y la reforma en materia de derechos humanos, redundará en una mayor legitimidad social del trabajo de la Judicatura Federal y, con ello, en una mayor independencia y libertad en su desempeño.

La reforma otorga a los defensores públicos nuevas herramientas para atender los requerimientos de sus defendidos, en el marco de la Constitución y las leyes.

En ese tenor, la nueva Ley de Amparo, promulgada en 2013, dispone, en su artículo 6º, que el juicio de amparo puede promoverse por la persona física o moral a quien afecte la norma general o el acto reclamado, y cuando el acto reclamado derive de un procedimiento penal, podrá promoverlo, además, por conducto de su defensor o de cualquier persona en los casos en que esta ley lo permita. Por su parte, el artículo 14 establece que para el trámite de la demanda de amparo indirecto en materia penal bastará que el defensor manifieste, bajo protesta de decir verdad, tener tal carácter. En este caso, la autoridad ante quien se presente la demanda pedirá al juez o tribunal que conozca del asunto, que le remita la certificación correspondiente. Y con especial relevancia, las fracciones VIII y XIII del artículo 173 disponen, respectivamente, que en los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento con trascendencia a las defensas del quejoso, cuando:

- *VIII. No se respete al imputado el derecho a declarar o guardar silencio, la declaración del imputado se obtenga mediante incomunicación, intimidación, tortura o sin presencia de su defensor, o cuando el ejercicio del derecho a guardar silencio se utilice en su perjuicio; y*
- *XIII. No se respete al imputado el derecho a contar con una defensa adecuada por abogado que elija libremente desde el momento de su detención, o en caso de que no quiera o no pueda hacerlo, el juez no le nombre un defensor público, o cuando se impida, restrinja o intervenga la comunicación con su defensor; cuando el imputado sea indígena no se le proporcione la asistencia de un defensor que tenga conocimiento de su lengua y cultura, así como cuando el defensor no comparezca a todos los actos del proceso.*

Como puede apreciarse, el defensor público es el sujeto procesal que ejercita el principio de presunción de inocencia, y es a través de él y de su adecuada capacitación, que se puede proteger el debido proceso con el fin de defender la equidad que todo proceso debe guardar. Una buena defensa pública insta la mejor actuación de los policías y de los ministerios públicos, promueve la justicia restaurativa y los mecanismos alternos de solución de conflictos; es la defensa pública quien más solicita medidas cautelares distintas a la prisión preventiva y agota los recursos legales con que cuenta el imputado<sup>5</sup>.

De mayor envergadura, tal vez la reforma constitucional más importante desde 1917, y estrechamente ligada con la reforma en materia de amparo, es la que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos constitucionales, y que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011. Hacemos referencia, desde luego, a la reforma en materia de derechos humanos. Mediante la armonización de nuestra Carta Magna con los tratados internacionales en materia de derechos humanos se ha logrado disipar cualquier duda: todas las autoridades, incluyendo, por supuesto, a los juzgadores federales, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, debiendo tomar en cuenta los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En suma, la Ley Fundamental existe y se reforma, prioritariamente, para que nada esté por encima de la protección a los derechos humanos.

En esta parte tiene cabida lo que el doctor Sergio García Ramírez denomina *catálogo de trabajos* –de

<sup>5</sup> Cfr. Cedillo Villavicencio, O.: “El Defensor…”, cit.

Hércules– que puede asumir el defensor público, al lado de otros protagonistas del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos:

*Me refiero al favorecimiento de la recepción del Derecho Internacional de Derechos Humanos –en toda su extensión: desde declaraciones y tratados hasta sentencias y recomendaciones– en el orden interno; la llamada “implementación”, que constituye una prueba de fuego para la voluntad jurídica y política de los Estados y un territorio justamente ambicionado por la sociedad civil. El defensor público favorece esa recepción, se convierte en promotor y gestor de ella, cuando invoca en el enjuiciamiento penal los derechos internacionalmente consagrados –y nacionalmente aceptados por el Estado, a través del compromiso adquirido como parte de la convención que los reconoce y garantiza–, con la misma naturalidad, constancia y energía con que reclama los derechos previstos en las leyes internas<sup>6</sup>.*

Las reformas constitucionales en materia de amparo, de derechos humanos y de justicia penal vistas en conjunto, representan la renovación más intensa de las labores jurisdiccionales que el país haya atestiguado en su historia moderna. En consecuencia, la creación de la Décima Época simboliza el inicio de un cambio en la perspectiva de impartir justicia y los defensores públicos son actores de primordial relevancia en los albores de nuevos paradigmas.

#### **IV. Los retos de la defensoría pública**

Si don Ponciano Arriaga, precursor de los derechos de los pobres, del derecho a la defensa legal y de asesoría jurídica de los ciudadanos, viviera hoy, tengo la certeza de que

---

<sup>6</sup> García Ramírez, S.: “La jurisdicción...”, cit.

podríamos rendirle buenas cuentas sobre el *estado del arte* de la Defensoría Pública y que, como toda institución jurídica, su operación es perfectible, por lo que reiteramos nuestro compromiso indeclinable por estar atentos a los diagnósticos y recomendaciones para potencializar sus alcances.

#### **A. Diagnóstico de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados**

El 18 de abril de 2011 fue presentado ante Naciones Unidas el *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, en su Misión a México*<sup>7</sup>. En el apartado del *Informe* correspondiente a la Defensoría Pública, reconoce que la equiparación de la remuneración de los defensores de oficio con los agentes del ministerio público prevista en la reforma constitucional de 2008, es un claro avance, así como el reconocimiento constitucional del derecho a una defensa técnica y profesional a las personas acusadas de un delito. Tras identificar que a nivel federal, la Defensoría Pública depende del Poder Judicial, acota que a nivel de las entidades federativas la situación es variable, puesto que la defensa pública a veces depende del Poder Judicial, como en Chiapas, mientras que en algunos casos depende del Poder Ejecutivo, como en Yucatán, San Luis Potosí, Estado de México y Nuevo León, y el hecho de que en varias entidades federativas las defensorías de oficio estén vinculadas al Poder Ejecutivo, de quien también depende la procuración de justicia, puede ser un obstáculo para su autonomía y actuación independiente.

<sup>7</sup> *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Misión a México*, en: <http://bit.ly/YwL7o>, (Fecha de consulta, 22 de marzo de 2013).

Destaca el Informe que, además, subsisten notables diferencias entre las distintas entidades federativas y la Federación respecto a la calidad, efectividad y accesibilidad del sistema de defensa. Particularmente, en el apartado sobre recomendaciones, la Relatora Especial considera que para garantizar el principio de *igualdad de armas* en materia penal, se debería alcanzar la independencia de las defensorías de oficio de los poderes ejecutivos. También recomienda fortalecer la infraestructura de las defensorías de oficio a través, por ejemplo, de la asignación de recursos adecuados tanto humanos como financieros y la dotación de una instancia propia de investigación y servicios periciales autónomos.

### ***B. Garantías para el Acceso a la Justicia. El rol de los Defensores Pùblicos Oficiales (AG/RES.2556 (XLI-O/11)***

Otro cúmulo de recomendaciones que habrán de ser tomadas en cuenta está en la Resolución 2656, aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos el 7 de junio de 2011, intitulada *Garantías para el Acceso a la Justicia. El Rol de los Defensores Pùblicos Oficiales*<sup>8</sup>.

Tras recordar que el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección, destacando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 8.2.e, el Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí

<sup>8</sup> AG/RES. 26576 (XLI-O/11). *Garantías para el Acceso a la Justicia. El Rol de los Defensores Pùblicos Oficiales*, en <http://bit.ly/ZZLzsy>, (Fecha de consulta, 22 de marzo de 2013).

mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley, y teniendo presente tanto la Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, República Federativa del Brasil, 2008), resolvió lo siguiente:

- Afirmar que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados.
- Apoyar el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Pùblicos Oficiales de los Estados del Hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia.
- Afirmar la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.
- Recomendar a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los Defensores Pùblicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional.
- Alentar a los Estados que aún no cuenten con la institución de la defensa pública, que consideren la posibilidad de crearla en el marco de sus ordenamientos jurídicos.
- Exhortar a los Estados a promover oportunidades de cooperación internacional para el intercambio de experiencias y buenas prácticas en la materia.

- Alentar a los Estados y a los órganos del sistema interamericano a promover la celebración de convenios para la realización de capacitaciones y formación de los Defensores Públicos Oficiales.
- Respaldar la labor de Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) en el fortalecimiento de la defensa pública en los Estados Miembros.
- Solicitar al Consejo Permanente que informe a la Asamblea General, en su cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones, sobre la implementación de la presente resolución, cuya ejecución estará sujeta a la disponibilidad de recursos financieros en el programa presupuestario de la Organización y otros recursos.

Particularmente afortunada nos parece la resolución de la OEA en el sentido de respaldar la labor de la AIDEF, que, entre sus principales actividades, se encarga de efectuar diagnósticos acerca de la Defensoría Pública en la región. El más reciente, de 2012, incluyó la recolección de información de doce países, incluyendo a México (Estado de Veracruz), que brindaron respuesta al cuestionario que, en palabras del Coordinador General de la AIDEF, *representa un esfuerzo para realizar el ideal socrático de “conocernos a nosotros mismos”, al permitirnos compartir experiencias y trazar estrategias conjuntas destinadas al fortalecimiento de la Defensoría Pública en todo el continente*<sup>9</sup>. El cuestionario permite, entre otras cosas, que hagamos una reflexión sobre la situación de la Defensoría Pública, considerando: fecha de creación; garantías contenidas en la Constitución relativas al acceso a la justicia como derecho fundamental; el fundamento legal

<sup>9</sup> Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF): *Diagnóstico de la Defensoría Pública en América*, 2012, p. 4, en <http://bit.ly/WJBYsp>, (Fecha de consulta, 22 de marzo de 2013).

de la institución; la cantidad de defensores por habitante; la forma de elección y acceso al cargo de Defensor Público; el grado de estabilidad en el cargo; materias de actuación; la incidencia de la Defensa Pública en la regulación del derecho a la vivienda; escuela de formación; la existencia de Asociaciones de Defensores Públicos; las remuneraciones; la cobertura del servicio en el territorio nacional; el criterio de la actuación de la Defensa Pública en las materias Penal y Civil; la posibilidad de que inicie acciones colectivas; la composición del Consejo Superior de la Defensa Pública Oficial; la forma de elección, el tiempo de mandato y la cantidad de funcionarios que ejercen el control disciplinario en el ámbito de la Defensa Pública; la existencia de notificación personal; los plazos para recurrir; el presupuesto comparado con el asignado al órgano acusador; la autonomía administrativa y financiera, y el porcentaje de casos en los que interviene en relación con la defensa particular por parte de abogados de la matrícula.

Contar con esa información es tan solo el primer paso para un diagnóstico cabal acerca de la defensoría pública, pero es un paso que nuestro país debe dar con firmeza.

### **C. Problemáticas de la Defensoría Pública**

Además de los aspectos señalados en el *Informe de la Relatora Especial* al que se ha hecho referencia, el consejero de la Judicatura Federal, Juan Carlos Cruz Razo, identifica las siguientes problemáticas:

1. *La coexistencia entre dos órdenes normativos de defensoría pública; federal y local, cada uno con su régimen.*
2. *Falta de una política judicial articulada al respecto, es decir, cada entidad organiza su defensoría pública en función de objetivos, metas y necesidades muy*

*particulares, lo cual podría enriquecerse con un dialogo y construcción de acuerdos entre la instancia federal y local, a fin de coordinar actividades y funciones, con el objetivo común de lograr un pleno acceso a la justicia de la persona.*

*3. Diferenciación de materias y sujetos por los que se debe tener acceso al defensor, en algunas entidades se distinguen defensores para la materia indígena, agraria, penal, familiar; en síntesis, grupos sociales desfavorecidos.*

*4. Ausencia de un sistema nacional de capacitación del defensor público, cuya especialización varíe de acuerdo al tipo de materia y complejidad de los asuntos a tratar; así como estrategias de desarrollo, protocolos de actuación y manuales de trabajo, para la defensa correcta y oportuna.*

*5. Falta de configuración de un sistema de defensoría pública en el que, eventualmente, converjan recursos y políticas públicas para eficientar su desarrollo.*

*6. Disparidad en los salarios de los defensores públicos estatales y federales<sup>10</sup>.*

Al respecto, es menester reiterar que, como toda institución jurídica *perfectible*, debemos estar atentos a los diagnósticos y propuestas que se hagan en aras del *Vivat, Crescat, Floreat* de la Defensoría Pública nacional.

## **V. Conclusión**

La Defensoría Pública, con el decidido apoyo del Instituto Federal de Defensoría Pública, es la institución jurídica por excelencia, que acerca el ejercicio de la impartición de justicia a sectores sociales especialmente vulnerables. Como nos permitimos aseverar el 11 de octubre de

---

<sup>10</sup> Cruz Razo, J.C.: “Por una defensoría...”, cit.

2012, a propósito de la entrega de las Preseas “Ponciano Arriaga” y “Jacinto Palares”, esa representación legal debe privilegiar, como siempre lo ha hecho, el apego a derecho que la anima: gratuidad, probidad, honradez y profesionalismo, elementos necesarios para acercar su función a la sociedad que demanda sus servicios.

Concomitantemente, para beneplácito del sistema de justicia mexicano, la actividad que realiza este órgano, a través de la labor de asesores jurídicos y defensores públicos federales, ha cobrado una importancia excepcional en los últimos tiempos. Ello acredita el éxito de una institución, concebida para dar cumplimiento efectivo a las garantías constitucionales de los justiciables; empezando, claro está, por una adecuada y suficiente defensa en los procesos penales del orden federal. En la transición hacia el nuevo sistema de justicia penal, los defensores deberán asumir estos cambios procurando, ante todo, los intereses de los usuarios y el respeto irrestricto a sus derechos humanos. La sociedad mexicana cuenta con ese Instituto, y con el apoyo de todo el Poder Judicial de la Federación, para hacer frente a estos desafíos y preservar los derechos de quienes tocan sus puertas. La misión de facilitar una defensa adecuada en juicio requiere mayores esfuerzos, que hagan de la defensoría pública una institución a la altura de estos tiempos de cambio, más cercana a la sociedad. Para solventar esta demanda, el servicio civil de carrera constituye una condición indispensable.

Yes, precisamente, el servicio civil de carrera –un sistema que sirve para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública con base en el mérito y con el fin de impulsar el desarrollo de la función pública para beneficio de la sociedad, a través de sus procesos de selección, ingreso, adscripción, permanencia, promoción, capacitación, prestaciones, estímulos y sanciones–, un

elemento toral para garantizar la independencia del Defensor Público.

El reto prioritario para la defensoría pública es pues, la consolidación de su independencia. Los usuarios del sistema de procuración e impartición de justicia deben esperar que los defensores públicos trabajen con profesionalismo, con honestidad, con transparencia, con calidad, con validez, oportunidad y eficiencia. Deben, asimismo, exigir de ellos que rindan cuentas de sus actos, que honren los valores democráticos de la Constitución y que, de ser el caso, hagan valer a la Constitución como la ley del más débil.

Como impartidores de justicia, en congruencia con lo que se ha expresado, nuestra tarea principal es respetar la independencia de los Defensores Públicos, lo que les permitirá fortalecer su actividad esencial: defender desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél. A fin de lograr la plena la independencia de los defensores públicos, se requiere de la concurrencia de múltiples condiciones materiales, organizativas y normativas a cargo de los tres Poderes de la Unión y de todos los órdenes de gobierno. Finalmente, y parafraseando a un magistrado de la Corte de Casación italiana, un factor indispensable para que el defensor público cumpla el propio papel con independencia es su capacitación profesional. Un defensor sin capacidad profesional no puede cumplir su tarea y no tiene credibilidad alguna ni frente a las partes ni frente a la sociedad.

Tengamos presentes estas reflexiones para que esta figura, una de las más nobles establecidas por la Constitución, sea motivo de orgullo para la sociedad mexicana, y para transitar venturosamente por los nuevos paradigmas abiertos por las reformas penal, en amparo y en derechos humanos.

## VI. Bibliografía

- Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF): *Diagnóstico de la Defensoría Pública en América, 2012*, p. 4, en <http://bit.ly/WJBYSp>, (Fecha de consulta, 22 de marzo de 2013).
- Cedillo Villavicencio, Omar: “El Defensor Público, sujeto procesal indispensable en el éxito del nuevo sistema penal”, en *Revista del Nuevo Sistema de Justicia Penal*, Año 2, número 3, junio de 2011.
- CONATRIB: *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*, México, CONATRIB-Fondo Jurica, 2009.
- Cruz Razo, Juan Carlos: “Por una Defensoría Pública Nacional”, en *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, Número especial, octubre de 2012.
- Esquinca Muñoa, César: *La defensoría pública federal*, Editorial Porrúa, México, 2003.
- García Ramírez, Sergio: “La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Presencia del defensor público”, en *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, Año 4, número 7, junio de 2009.
- Instituto Federal de Defensoría Pública: *Informe Anual de Labores 2011-2012*.
- Naciones Unidas: *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Misión a México*, en: <http://bit.ly/YwlL7o>, (Fecha de consulta, 22 de marzo de 2013).
- Organización de Estados Americanos, AG/RES. 26576 (XLI-O/11). *Garantías para el Acceso a la Justicia. El Rol de los Defensores Públicos Oficiales*, en <http://bit.ly/ZZLzsy>, (Fecha de consulta, 22 de marzo de 2013).

---

## **Candidaturas independientes**

### **Primeras experiencias desde su incorporación al régimen constitucional electoral**

*Margarita Beatriz Luna Ramos\**

#### **I. Antecedentes**

Desde el surgimiento de México como nación independiente y hasta casi la primera mitad del siglo XX, la práctica de las candidaturas ciudadanas a los cargos de elección popular fue una constante en nuestro país.

La Ley Electoral de 1911, incluso, las reconoce expresamente y por vez primera les denomina *candidatos independientes*, otorgándoles las mismas facultades y prerrogativas que las conferidas a los candidatos de partido, pese a ser la primera que también reglamenta a los partidos políticos, que no alcanzarán reconocimiento constitucional sino hasta la reforma política en el año de 1977.

La Ley Electoral de 1946 pone fin a esta práctica que institucionalizó la ley anterior, prescribiendo en su artículo 60 que solo a través de los partidos políticos podía registrarse un candidato.

Esta disposición trascendió hasta el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales expedido en el año de 2008, actualmente en vigor, cuyo artículo 218, párrafo 1, establece que *corresponde exclusivamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular<sup>1</sup>*.

---

\* Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>1</sup> No obstante la anterior disposición, se destaca la contradicción en que aparentemente incurría el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales que en el artículo 252, apartado 2, inciso j), entre los elementos

En este proceso cabe destacar que la Constitución Federal fue omisa, pues nada disponía respecto a las candidaturas ciudadanas o independientes, pese a las trascendentales reformas que en la materia siguieron a la reforma política de 1977.

La ausencia de una disposición constitucional propició un largo debate sobre la viabilidad de las candidaturas independientes, particularmente en el ámbito de elecciones estatales.

Así surgieron diversos casos en que para una elección se postuló un candidato independiente, algunas de las cuales prosperaron, como aconteció en el municipio de Santander Jiménez, en el Estado de Tamaulipas, en el que Marina del Rosario Elizondo Salinas contendió como candidata independiente para la alcaldía en 1998, obteniendo el mayor número de votos, lo cual permitió que candidatos de su fórmula obtuvieran la asignación de cuatro regidurías. El Partido Revolucionario Institucional decidió/ interponer un recurso de inconformidad contra los resultados y validez de la elección, que el Tribunal Electoral estatal desestimó, sin que tal determinación se hubiere impugnado ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, por lo que María del Rosario Elizondo gobernó de 1999 a 2001.

En otros casos la postulación de candidatos ciudadanos no prosperó, debido a la negativa de registro que en última instancia confirmó la Sala Superior del

---

que contendrán las boletas electorales para la elección de Presidente de la República, senadores y diputados al Congreso de la Unión, dispone un espacio para candidatos o fórmulas no registradas. Así también la disposición contenida en el artículo 277, numeral 1, inciso c), en el que se establece con relación a las reglas para determinar la validez o nulidad de los votos emitidos el día de la elección, que los votos emitidos a favor de candidatos no registrados se asentarán en el acta por separado.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, o bien, al desestimar la impugnación en contra de los resultados desfavorables que obtuvieron los candidatos que determinaron postularse en forma independiente.

Sobre la interpretación de la Sala Superior del Tribunal Electoral en este tema, son de destacar las tesis relevantes siguientes:

***CANDIDATOS. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO ESTABLECE LA EXCLUSIVIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA SU POSTULACIÓN.***

*5/ El contenido literal de texto del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no es apto para considerar que incluye la exclusividad del derecho para postular candidatos en las elecciones populares, en favor de los partidos políticos, porque en dicho texto no está empleado algún enunciado, expresión o vocablo, mediante el cual se exprese tal exclusividad, o a través del que se advierta, claramente, la exclusión de las personas morales o físicas que no tengan la calidad de partido político, respecto del derecho de postulación, ni tal exclusión constituye una consecuencia necesaria del derecho de encontrarse reconocido, como uno de los fines de las organizaciones partidistas, el hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulen, y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, porque de estas expresiones no se puede deducir o inferir que solo estos institutos políticos puedan desempeñar las actividades que sean necesarias para la consecución del propósito citado, de hacer posible el acceso a los ciudadanos al ejercicio del poder público, sobre todo porque no se trata de labores que solo puedan atribuirse a un*

*tipo específico de personas, por su naturaleza, de modo tal que, cuando se confiriera a alguna clase de estas, ya resultara material y jurídicamente imposible otorgárselas a otras clases diferentes de personas; sino que, por el contrario, se trata de acciones que admiten la posibilidad de desempeño, a través de una adecuada regulación que las armonice evitando puntos de confrontación, tanto por los partidos políticos, por estar inmersas dentro de sus finalidades, como por otras personas morales con fines políticos e, inclusive, por las personas físicas no organizadas o afiliadas necesariamente en una persona moral. Esto es, el hecho de que la postulación de candidatos se encuentre dentro de los fines de los partidos políticos, solo constituye la expresión de ese hecho, pero en modo alguno conlleva la exclusión del ejercicio de tal derecho a otras entidades.*

Juicio para protección de los derechos político-electORALES del ciudadano SUP-JDC-037/2001. 5/ Manuel Guillén Monzón. 5/ 25 de octubre de 2001. 5/ Mayoria de cinco votos en el criterio. 5/ Engrose: José de Jesús Orozco Henríquez. 5/ Disidentes: Eloy Fuentes Cerdá y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo.

**CANDIDATOS. SUSTITUCIÓN POR REVOCACIÓN JURISDICCIONAL DEL REGISTRO, SUS EFECTOS JURÍDICOS ESTÁN CONDICIONADOS A LO QUE SE RESUELVE EN EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO.** 5/ De conformidad con lo previsto en los artículos 99, párrafo cuarto, fracciones IV y V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 79, 80 párrafo 1, inciso d), y 86 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, las sentencias

*dictadas por las autoridades competentes de las entidades federativas para resolver las controversias en materia electoral, mediante las cuales se revoque o se confirme la revocación del registro de un candidato a algún puesto de elección popular, son susceptibles de ser impugnadas por el partido político solicitante del registro mediante el juicio de revisión constitucional electoral, así como por el ciudadano cuyo registro haya sido revocado por la vía del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. En tal virtud, si el partido político legitimado para impugnar la sentencia revocada se abstiene de demandar por la vía del juicio de revisión constitucional electoral y, en lugar de ello, solicita la sustitución del candidato cuyo registro fue revocado, mientras que el ciudadano afectado por la revocación impugna en tiempo y forma la sentencia respectiva por la vía del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, el acuerdo de sustitución que, en su caso, emita el órgano electoral competente en fecha anterior a aquella en que se resuelva en forma definitiva e inatacable este juicio, estará sujeto a una condición resolutoria consistente en las consecuencias constitucionales y legales previstas en la sentencia definitiva, que resuelva el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, con el objeto, en su caso, de restituir al ciudadano promovente en el uso y goce de su derecho constitucional a ser votado.*

*Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-042/98.- Ezequiel Flores Rodríguez. 5/ 16 de julio de 1998. 5/ Unanimidad de cuatro votos. 5/ Ponente: José*

*de Jesús Orozco Henríquez. 5/ Secretario: Gustavo Avilés Jaimes.*

### ***Legislación electoral de Yucatán***

Un caso de particular relevancia lo constituye la reforma electoral de 2006 en el Estado de Yucatán que reconoció las candidaturas independientes en las elecciones de gobernador, diputados de mayoría relativa y planillas de ayuntamientos, reforma que fue impugnada por los partidos de la Revolución Democrática, Alianza Social y Alianza por Yucatán a través de una acción de inconstitucionalidad<sup>2</sup>.

En lo substancial, la resolución del Alto Tribunal de la Nación consideró que:

*En consecuencia, toda vez que de su contexto general deriva que cuando el artículo 35, fracción II, de la Constitución Federal señala que los ciudadanos para acceder a un cargo, comisión o empleo deberán reunir las cualidades que establezca la ley, se refiere a cuestiones que son inherentes a su persona, con lo que resulta incuestionable que la pertenencia a un partido político no puede considerarse como una calidad necesaria para ejercer un cargo de elección popular, dado que formar parte de un partido político no es un atributo intrínseco relativo a la persona, por lo que no puede entrar en la categoría de calidades requeridas por la Constitución.*

*Ahora bien, del régimen jurídico conferido a los partidos políticos, no se advierte que el derecho fundamental del ciudadano a ser votado para todos los cargos de elección popular se encuentre restringido*

---

<sup>2</sup> Acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006, resuelta por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión pública celebrada el día 5 de octubre de 2006.

*o limitado, pues como antes se señaló, del análisis de las funciones reconocidas a los partidos políticos en el artículo 41 constitucional, en el que se establece su carácter de entidades públicas, de promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración nacional y hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo; y que para cumplir con esos cometidos se les haya dotado de financiamiento permitiéndoles también la captación de financiamiento privado, se les permita el acceso en forma permanente a los medios de comunicación a efecto de que propaguen sus principios, programas de acción e ideología política y se les permita además, participar en la integración de los órganos públicos; no deriva que tales funciones establezcan una restricción o modalización del derecho fundamental del ciudadano a ser votado, esto es, que deba ser forzosa y necesariamente ejercido por conducto de un partido político, ni tampoco que prohíba las candidaturas independientes, se concluye que el derecho fundamental de ser votado, prevalece en toda su extensión.*

*Así, al no estar limitado por el régimen jurídico de los partidos políticos previsto en el artículo 41 constitucional, el derecho fundamental de ser votado para todos los cargos de elección popular teniendo las calidades que establezca la ley, debe entenderse que su única restricción está condicionada a los aspectos intrínsecos del ciudadano y no así a aspectos extrínsecos de este, como sería el de pertenecer a un partido político, para acceder a un cargo de elección popular, pues no debe pasarse por alto que es condición básica de la vida democrática, que el poder*

*público dimane del pueblo, y la única forma cierta de asegurar que esa condición se cumpla puntualmente, reside en la participación de los ciudadanos, sin más restricciones o calidades que las inherentes a su persona, es decir, sin depender de cuestiones ajena*s. En estas condiciones, toda vez que de la interpretación tanto en lo individual, como armónico y sistemático de las normas constitucionales antes analizadas, no deriva que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establezca de forma alguna que sea derecho exclusivo de los partidos políticos postular candidatos a cargo de elección popular (con excepción hecha de las elecciones por el principio de representación proporcional), debe concluirse que es facultad del legislador ordinario (federal o local) determinar dentro de su sistema jurídico electoral, si solo los partidos políticos tienen derecho a postular candidatos a esos otros cargos de elección popular o si también permiten candidaturas independientes.

Bajo las consideraciones anteriores, el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo que de la interpretación del marco constitucional entonces vigente, no se desprendía la exclusividad de los partidos políticos para el registro de candidatos a cargos de elección popular.

En este contexto, se estimaron infundados los conceptos de invalidez en los que se cuestionó la constitucionalidad de los artículos 28, 29, 30 y 31 de la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Yucatán, declarándose su validez.

Tales disposiciones, por su interés, a continuación me permito transcribirlas:

*ARTÍCULO 28.- Los ciudadanos podrán participar como candidatos independientes a los cargos de elección popular para Gobernador, fórmulas de diputados*

*por el principio de mayoría relativa y planillas de ayuntamientos.*

**ARTÍCULO 29.-** *Para la procedencia del registro, los ciudadanos que pretendan de manera independiente una candidatura de elección popular, deberán comunicarlo al Consejo General, por lo menos 60 días antes del inicio del plazo del registro de la candidatura a la que aspire, debiendo acreditar los requisitos estipulados en el artículo 31 de esta Ley.*

**ARTÍCULO 30.-** *El candidato independiente que obtenga el triunfo en la elección correspondiente podrá recuperar del Instituto, hasta un 50% de gastos máximos de campaña establecidos para la respectiva elección, previa comprobación de dicho gasto.*

*En caso de que un candidato independiente que resulte triunfador hubiere excedido en sus gastos máximos de campaña correspondiente, no tendrá derecho a la recuperación a que se refiere el párrafo anterior. Lo anterior sin perjuicio de las sanciones a que sea acreedor el candidato de conformidad con lo establecido en esta Ley.*

**ARTÍCULO 31.-** *Los ciudadanos que de manera independiente pretendan ser candidatos, deberán acompañar, a la solicitud de su registro ante el organismo electoral respectivo:*

*I.- Una relación que contenga el nombre, domicilio, clave de elector y firma autógrafa de cada uno de los ciudadanos que respalden dicha candidatura en la demarcación correspondiente haciéndose constar mediante fe de hechos notarial. De acuerdo a lo siguiente:*

*a) Para Gobernador del Estado, dicha relación deberá contener cuando menos la firma de una cantidad de ciudadanos equivalente al 2% del padrón electoral*

*correspondiente a todo el Estado con corte al 31 de diciembre del año previo al de la elección.*

*b) Para la fórmula de Diputados de Mayoría relativa, dicha relación deberá contener cuando menos la firma de una cantidad de ciudadanos equivalente al 15% del padrón electoral correspondiente al Distrito en cuestión con corte del 31 de diciembre del año previo al de la elección.*

*c) Para la elección de planillas de ayuntamientos, de municipios cuyos cabildos se integran por 5 y 8 regidores, dicha relación deberá contener cuando menos la firma de una cantidad de ciudadanos equivalente al 15% del padrón electoral correspondiente al municipio de que se trate, con corte al 31 de diciembre del año previo al de la elección.*

*d) Para la elección de planillas de ayuntamientos, de municipios cuyos cabildos se integran por 11 regidores, dicha relación deberá contener cuando menos la firma de una cantidad de ciudadanos equivalente al 10% del padrón electoral correspondiente al municipio de que se trate, con corte del 31 de diciembre del año previo al de la elección.*

*e) Para la elección de planillas de ayuntamientos, de municipios cuyos cabildos se integran por 19 regidores, dicha relación deberá contener cuando menos la firma de una cantidad de ciudadanos equivalente al 2% del padrón electoral correspondiente al municipio de que se trate, con corte al 31 de diciembre del año previo al de la elección.*

*II.- La relación de integrantes de su Comité de Organización y Financiamiento, señalándose las funciones de cada uno y el respectivo domicilio oficial;*

*III.- El emblema y colores con los que pretende contender, en caso de aprobarse el registro; mismos que no deberán ser análogos a los de los partidos políticos con registro ante el Instituto;*

*IV.- Presentar sus respectiva plataforma política electoral, y*

*V.- El monto de los recursos que pretende gastar en la campaña, y el origen de los mismos.*

### **Caso Castañeda**

En el ámbito federal es de señalar la solicitud de registro que realizó Jorge Castañeda como candidato independiente a la presidencia de la República para la elección presidencial de 2006.

En 2004 el señor Castañeda solicitó ante el Instituto Federal Electoral su inscripción como candidato, apoyado en el artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Civiles (que corresponde al artículo 218 del Código expedido en 2008) y el artículo 35, fracción II, de la Constitución Federal. El Instituto Federal Electoral negó el registro argumentando que la exclusiva facultad de los partidos políticos para postular candidatos y que el proceso de registro aún no iniciaba.

Con motivo de esta negativa, el señor Castañeda presentó demanda de amparo, la cual fue turnada al Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, que resolvió sobreseer la demanda por considerar que se trataba de una cuestión puramente electoral y no de la posible violación de garantías individuales y que, en consecuencia, el amparo resultaba improcedente.

Ante esta resolución, el entonces quejoso determinó inconformarse e interpuso un recurso de revisión, el cual fue atraído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su resolución.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Amparo en revisión 743/2005, resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión pública celebrada el 16 de agosto de 2005.

Tras un largo e interesante debate, el Tribunal Pleno determinó no analizar el fondo del asunto, toda vez que el juicio de amparo no es el medio idóneo para impugnar la violación a derechos político-electORALES<sup>4</sup>.

En esa oportunidad, mi personal criterio se orientó en el sentido de dar cauce a la inconformidad planteada por el recurrente a través de los medios de impugnación de la competencia del Tribunal Electoral, como órgano especializado del Poder Judicial de la Federación en la materia electoral, elevando a la consideración del Tribunal Pleno las alternativas que, en mi concepto, daban viabilidad jurídica a esta propuesta.

Sin embargo, ninguna de estas propuestas permeó, dado que para entonces prevalecía en la mayoría del Tribunal Pleno el criterio que desconocía la facultad del Tribunal Electoral para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Constitución Federal y declarar su inaplicación al caso concreto<sup>5</sup>.

Convencida en lo personal que el artículo 99 constitucional confería al Tribunal Electoral la potestad de ejercer un control constitucional de tipo concreto y considerando que el cambio de integración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacía necesario reflexionar sobre la posición que este mantuvo en el sentido de interpretar que no existen facultades constitucionales

<sup>4</sup> Los debates pueden consultarse en las versiones taquigráficas de las sesiones correspondientes al 8 y 16 de agosto de 2005.

<sup>5</sup> La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al resolver diversos medios de impugnación de su conocimiento, sostuvo el criterio que dio lugar a la tesis de jurisprudencia 05/1999, de rubro: **TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. TIENE FACULTADES PARA DETERMINAR LA INAPLICABILIDAD DE LEYES SECUNDARIAS CUANDO ESTAS SE OPONGAN A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES.** El anterior criterio dio lugar a la denuncia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la contradicción de tesis 2/2000-

que permitieran a ese Tribunal, en vía de excepción, conocer y resolver cuestiones de constitucionalidad de leyes, solicité la modificación de las jurisprudencias P./J. 25/2002 y P./J. 26/2002.

Como lo expuse en la solicitud de mérito, los derechos fundamentales de participación democrática *no se encontraban anclados a algún mecanismo constitucional de defensa efectiva frente al legislador*, como se advirtió del examen en el caso Castañeda, porque de conformidad con los criterios entonces vigentes del Tribunal Pleno, ni la acción de inconstitucionalidad (por falta de legitimación de los particulares); ni el juicio de amparo (por la inmunidad constitucional parcial de las leyes electorales); ni el juicio político electoral ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (por la interpretada falta de

---

PL, de la que surgieron las tesis P./J. 23/2002, 24/2002, 25/2002 y P./J. 26/2002 de rubros: **TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES, CONTRADICCIÓN DE TESIS. NO EXISTE VÁLIDAMENTE ENTRE UN CRITERIO SUSTENTADO POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CUANDO SE TRATA DE LA CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES ELECTORALES, LEYES ELECTORALES. LA ÚNICA VÍA PARA IMPUGNARLAS ES LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SI RESUELVE RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA ELECTORAL O SE APARTA DE UN CRITERIO JURISPRUDENCIAL SUSTENTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO A LA INTERPRETACIÓN DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, INFINGE, EN EL PRIMER CASO, EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Y EN EL SEGUNDO, EL ARTÍCULO 235 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.** A partir de la resolución de la citada contradicción de tesis, quedó en claro que la Sala Superior del Tribunal Electoral carecía de toda facultad para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de normas electorales, ni siquiera para el solo efecto de su desaplicación o inaplicación al caso concreto.

facultades a esos efectos), resultaban procedentes para hacer plenamente efectivos ese tipo de derechos, por lo que estimaba necesario revisar esos criterios, por cuanto excluían al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación del control de la constitucionalidad de las leyes.

No obstante que dicha solicitud se estimó procedente, se declaró sin materia, en virtud de la reforma al artículo 99 de la Constitución Federal en el año de 2007.<sup>6</sup>

Mediante esta reforma constitucional, el Constituyente Permanente determinó conferir al Tribunal Electoral la facultad de la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución, limitando esta facultad al caso concreto sobre el que verse el juicio, debiendo informar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de la Constitución Federal.

La resolución dictada en el caso Castañeda, ciertamente, no satisfizo las pretensiones del quejoso, quien determinó acudir a las instancias internacionales.

Por unanimidad, la Corte Interamericana resolvió que el Estado Mexicano *violo el derecho a la protección judicial* de Jorge Castañeda, *no su derecho político a ser votado ni tampoco su derecho de igualdad ante la ley*, disponiendo que México debía ajustar la legislación secundaria en esta materia.

No es sino hasta la citada reforma electoral de 2007 en que, tan solo por lo que hace a las elecciones locales, se eleva a nivel constitucional el derecho exclusivo de los partidos políticos a postular candidatos. Al efecto, se reformó el artículo 116 constitucional, cuya base IV, inciso e), dispuso:

---

<sup>6</sup> *Diario Oficial de la Federación*. México. 13 de noviembre de 2007.

*Artículo 116.- El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo.*

*Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:*

[...]

*IV.- Las Constituciones y leyes de los Estados en materia electoral garantizarán que:*

[...]

*e) Los partidos políticos solo se constituyan por ciudadanos sin intervención de organizaciones gremiales, o con objeto social diferente y sin que haya afiliación corporativa. **Asimismo tengan reconocido el derecho exclusivo para solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular**, con excepción de lo dispuesto en el artículo 2o., apartado A, fracciones III y VII, de esta Constitución;*

[...].

## **II. Reconocimiento de las candidaturas independientes en la Constitución Federal**

El 9 de agosto de 2012 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política.

Entre las disposiciones que sufrieron modificaciones, destaca la adición a la fracción II del artículo 35, incorporando como derecho de los ciudadanos mexicanos a registrarse de manera independiente a los cargos de elección popular, en los términos siguientes:

*Artículo 35.- Son derechos del ciudadano:*

[... ]

*II.- Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;*

[...].

A pesar del reconocimiento del Constituyente Permanente a este derecho ciudadano, los artículos 41 y 116, base IV, constitucionales permanecieron intocados.

En este sentido, las bases que ambas disposiciones constitucionales establecen en materia de financiamiento público de las campañas electorales, así como las relativas al uso de los medios de comunicación social en las precampañas y campañas electorales, se encuentran referidas en exclusiva a los partidos políticos sin haber sido modificadas en orden a señalar los términos en que regirán tratándose de candidatos independientes a cargos de elección popular.

Por otra parte, los artículos Tercero y Cuarto Transitorios del Decreto de reformas en comento, dispusieron lo siguiente:

*ARTÍCULO SEGUNDO. El Congreso de la Unión deberá expedir la legislación para hacer cumplir lo dispuesto en el presente Decreto, a más tardar en un año contando a partir de la entrada en vigor del mismo.*

*ARTÍCULO TERCERO. Los Congresos de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal deberán realizar las adecuaciones necesarias a su legislación secundaria, derivadas del presente Decreto en un*

*plazo no mayor a un año, contado a partir de su entrada en vigor.*

Hasta la fecha, encontrándose corriendo el plazo otorgado por la primera de las disposiciones transitorias antes transcritas, el Congreso de la Unión no ha expedido la legislación secundaria que reglamentará la participación de candidatos independientes en los comicios federales, de modo que se carece de un referente que a nivel federal determine la implementación de la reforma constitucional que se analiza.

En el ámbito de las entidades federativas, los estados de Zacatecas, Durango y Quintana Roo, que en el presente año habrán de celebrar elecciones, realizaron las modificaciones pertinentes, las que fueron impugnadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de sendas demandas de acción de inconstitucionalidad.

El examen de tales acciones de inconstitucionalidad planteó la carencia absoluta de bases constitucionales que definieran los alcances de la intervención de las candidaturas ciudadanas en los comicios estatales.

En contraste con lo parco de su inclusión en el texto de la fracción II del artículo 35 constitucional, los dictámenes que al efecto emitieron las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Reforma del Estado y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores que fungió como Cámara de origen, así como las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Gobernación, con opinión de la Comisión de Participación Ciudadana, de la Cámara de Diputados, como Cámara revisora, alcanzan un nivel de detalle mayor.

De dichos documentos cabe destacar lo siguiente:

El objeto de la reforma, en cuanto hace a las candidaturas independientes, consistió esencialmente en incorporar este derecho fundamental a la Carta Magna,

por considerarse, entre otras cosas, que el derecho de los ciudadanos al voto pasivo, es decir a la postulación como candidato a un cargo de elección popular, debe ser uno de los derechos ciudadanos que nuestra Constitución reconozca, en congruencia con lo dispuesto por los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, en particular el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ***para que sobre esa base, el legislador ordinario establezca los requisitos y procedimientos, derechos y obligaciones, que deberán cumplir y podrán ejercer quienes aspiren a un cargo de elección popular por fuera del sistema de partidos.***

Asimismo, se enfatizó en los citados dictámenes que:

- Con motivo de la reforma electoral de 2007, se discutió a profundidad la propuesta de admitir para México la postulación de candidatos *independientes*, es decir, postulados al margen de los partidos políticos. Se analizó también la propuesta de llevar a la Constitución la exclusividad de los partidos en materia de postulación de candidatos. Ante la falta de consenso, se optó por dejar el asunto para una futura reforma. Si bien el texto del artículo 41 de la Constitución fue corregido para que el tema siguiese siendo analizado, pero que *por un error no se realizó la misma corrección en el texto del artículo 116 de la propia Carta Magna, de manera tal que quedó aprobado y promulgado el derecho exclusivo de los partidos políticos para postular candidatos a cargos de elección popular en comicios locales. Hasta hoy no ha sido posible armonizar la norma constitucional a ese respecto.*
- Las candidaturas independientes deben ser una fórmula de acceso a ciudadanos sin partido para

competir en procesos comiciales, no una vía para la promoción de intereses personales o de poderes fácticos que atenten contra la democracia y el propio sistema electoral y de partidos políticos.

- Los partidos políticos deben seguir siendo la columna vertebral de la participación ciudadana, los espacios naturales para el agrupamiento y cohesión de la diversidad que está presente en la sociedad, de forma tal que la diversidad encuentra en ellos un cauce democrático para dar lugar a la pluralidad de opciones que compiten por el voto ciudadano y hacen posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio de los cargos públicos de elección popular.
- La solución no está en preservar el derecho exclusivo de los partidos políticos para la postulación y registro legal de candidatos a cargos de elección popular, sino en abrir las puertas a la participación independiente de los ciudadanos en las contiendas electorales, **con los requisitos de ley que aseguren representatividad y autenticidad, con ciertos derechos y obligaciones que sean armónicos con las existentes para los partidos políticos, que garanticen transparencia y rendición de cuentas**, de forma tal que los candidatos independientes no sean caballo de Troya por el que se introduzcan al sistema político proyectos ajenos a su base y sentido democrático, y mucho menos para la penetración de fondos de origen ilegal en las contiendas electorales.
- Se propuso introducir en nuestra Constitución, en los artículos 35 y 116, la base normativa **para la existencia y regulación, en la ley secundaria**,

**de las candidaturas independientes, a todos los cargos de elección popular, tanto federales como locales.**

- La reforma conlleva la necesidad de realizar adecuaciones de fondo, de gran calado y complejidad, en las leyes electorales, tanto federales como locales.
- Para la reglamentación en la ley secundaria de las *candidaturas independientes*, deben atenderse ciertos lineamientos fundamentales, entre los que se indican:
  - Deberán establecerse requisitos de naturaleza cualitativa y cuantitativa a satisfacer por quienes pretendan registro bajo esa nueva modalidad.
  - Respecto a lo cuantitativo, al igual que en la normatividad existente en varios países, los aspirantes a registro como candidato independiente deberán comprobar, de manera fehaciente, contar con el respaldo de un número mínimo de ciudadanos, de entre los inscritos en el padrón electoral o lista nominal de la demarcación que corresponda al cargo por el que pretenden registro; a esos requisitos deberán añadirse los relativos a una adecuada distribución territorial del respaldo ciudadano, pues no sería adecuado que, para poner el ejemplo más importante, quien pretenda ser registrado como candidato independiente a la Presidencia de la República, presente firmas de respaldo que se concentren de manera evidente en unas cuantas entidades federativas, o en una sola.

- Corresponderá al Congreso de la Unión, con base en el estudio de experiencias comparadas y de nuestra propia realidad, determinar los derechos y prerrogativas a las que, de ser el caso, tendrán derecho los candidatos independientes. Al respecto, el sistema de financiamiento público sujeto a reembolso que se presenta en un buen número de sistemas que admiten esta figura, resulta de especial atención. Habrá que prever lo necesario para, en su caso, permitir el acceso de candidatos independientes a los tiempos de Estado, considerando las bases establecidas en el artículo 41 constitucional.
- La ley deberá también dotar a las autoridades electorales, administrativa y jurisdiccional, de las normas aplicables a las actividades de campaña de los candidatos independientes, su aparición en la boleta electoral y el cumplimiento riguroso de sus obligaciones, en especial en lo relativo a transparencia de su financiamiento y gasto y a la debida rendición de cuentas.
- En el ámbito internacional, los derechos políticos son considerados por su relevancia derechos humanos y las candidaturas no son la excepción, así lo establece el Pacto de San José, en su artículo 23, en el capítulo Sobre Derechos Políticos.
- El ejercicio de los derechos políticos no se encuentra supeditado a requisitos de afiliación política o pertenencia a alguna agrupación, por ello, esta reforma observa en estricto sentido la norma internacional como fuente del derecho mexicano.

- Es evidente, que la fuerza jurídica de los instrumentos internacionales frente al derecho interno, constituyen obligaciones asumidas por México frente a la comunidad internacional, es por ello, que por congruencia y coherencia entre la legislación nacional y los instrumentos internacionales se hace necesaria la reforma constitucional en estudio.

En suma, la reforma confirma la circunstancia de que los Poderes legislativos federal y estatales gozan de un amplio margen de configuración legal para regular las cuestiones inherentes a las candidaturas independientes, lo que así ha interpretado el Alto Tribunal de la Nación, el que ha orientado su determinación en las acciones inconstitucionales de las que hasta ahora ha conocido, en el reconocimiento a esa libertad de configuración del legislador estatal que se desprende del artículo 35, fracción II, de la Ley Fundamental, por supuesto, reconociendo los valores y principios que en la materia electoral dimanan de la propia Constitución, particularmente, cuando ha sido notoria la muy diversa visión del legislador estatal en torno a su reglamentación, lo que pone en evidencia que no existe un modelo único que le dé viabilidad.

En efecto, el examen de las acciones de inconstitucionalidad hasta ahora promovidas para impugnar la inclusión de las candidaturas ciudadanas permite advertir que, en el caso de Durango, la incorporación de los candidatos independientes, cuya participación en comicios estatales, por cierto, se previó a partir del año 2016 y no en el proceso electoral que actualmente transcurre en la entidad, alcanzó apenas dos escasas adiciones al artículo 25 de la Constitución local, en aspectos de financiamiento (límite máximo a

la erogación en campañas electorales y monto máximo de aportaciones de simpatizantes) y de acceso a medios de comunicación, en el que remitió a lo dispuesto en la Constitución Federal y leyes aplicables.

Pese a lo escueto de la regulación que acogió el legislador duranguense, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el sentido de declarar su validez<sup>7</sup>.

Por lo que hace a la legislación del Estado de Zacatecas, el legislador local planteó una regulación más desarrollada en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley electoral estatal, previendo que los ciudadanos podrán participar como candidatos independientes a los cargos de elección popular para Gobernador, diputados por el principio de mayoría relativa o planillas para la conformación de los ayuntamientos, requiriendo según sea el caso, de un determinado porcentaje de ciudadanos que respalden la candidatura en la demarcación correspondiente, para la procedencia de su registro.

No obstante los planteamientos de los partidos políticos accionantes y de la entonces Procuradora General de la República, las acciones de inconstitucionalidad se desestimaron, por cuanto a los señalados artículos se refiere, al rechazarse por una mayoría de 6 votos la propuesta de declarar su inconstitucionalidad<sup>8</sup>.

Además, impuso ciertas obligaciones a los candidatos, tales como:

1. La relación de integrantes de su comité de campaña electoral.

---

<sup>7</sup> Acción de inconstitucionalidad 50/2012, fallada por el Tribunal Pleno en sesión pública celebrada el 27 de noviembre de 2012.

<sup>8</sup> Acción de inconstitucionalidad 57/2012 y sus acumuladas 58/2012, 59/2012 y 60/2012, fallada por el Pleno del Alto Tribunal en sesión pública celebrada el 10 de diciembre de 2012.

2. El emblema y colores con los que pretende contender, en caso de aprobarse el registro o acreditación ante el Instituto.
3. Presentar su respectiva plataforma electoral.
4. Designar a la persona encargada del manejo de los recursos financieros y rendición de informes de gastos de campaña.
5. Aperturar cuenta bancaria para el manejo de los recursos de campaña electoral y que no deberá exceder del importe correspondiente al tope de gastos de campaña aprobados por el Consejo General en la elección que pretenda contender.
6. Informe relativo al monto de los recursos que pretende gastar en la campaña y el origen de los mismos.

En materia de financiamiento, dispuso que el candidato independiente que obtenga el triunfo en la elección correspondiente, podrá recuperar del Instituto en el siguiente ejercicio fiscal, hasta un 50% de gastos máximos erogados durante su campaña, previa comprobación de dicho gasto y que, en el caso de que un candidato independiente que resulte triunfador hubiere excedido en sus gastos máximos de campaña correspondiente, no tendrá derecho a la recuperación a que se refiere el párrafo anterior. Lo anterior sin perjuicio de las sanciones a que sea acreedor el candidato de conformidad con lo establecido en esta Ley.

Aún más novedosa es la reforma que planteó el Congreso de Quintana Roo a la Constitución y ley electoral local, en que el diseño para la participación de candidatos independientes en elecciones estatales se basa en un proceso previo de selección entre los diversos candidatos interesados en participar, a fin de obtener un único candidato, fórmula o planilla

independientes, que acrediten al menos el 2% del respaldo ciudadano del total del padrón en la demarcación correspondiente.

Examinadas las acciones de inconstitucionalidad que se promovieron para impugnar tales reformas y tras un largo debate, se declaró la validez de las normas relativas del código electoral estatal, desestimándose tan solo por cuanto al artículo 134, en las porciones que refería al porcentaje del 2% del respaldo ciudadano requerido para el registro del candidato independiente respectivo<sup>9</sup>.

Estos son apenas tres diversos modelos en la construcción del diseño constitucional y legal que los Estados de la República han adoptado para incorporar las candidaturas ciudadanas en el régimen electoral estatal, respecto de los cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido la oportunidad de examinar y pronunciarse respecto de su constitucionalidad.

Todavía restan un número importante de Estados en reglamentar dichas candidaturas en su legislación, disposiciones que probablemente sean impugnadas a través de la acción de inconstitucionalidad, de cuyo examen habrán de obtenerse los primeros lineamientos en la materia y la definición de algunos criterios en los que se advierte no existe unanimidad en el Tribunal Pleno.

Tal es el caso de la conceptualización de los derechos políticos de los ciudadanos dentro del género de los derechos humanos, consideración de la que en su momento me aparté, pues en mi concepto no cabe su equiparación, baste decir que ni siquiera son reconocidos

---

<sup>9</sup> Acción de inconstitucionalidad 67/2012 y sus acumuladas 68/2012 y 69/2012, resueltas por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión pública celebrada el 14 de marzo de 2013.

a todas las personas, solo a quienes tienen la calidad de ciudadanos frente a un Estado determinado<sup>10</sup>.

En fin, cuestiones como la señalada, que ameritan un profundo análisis y discusión a partir de la Norma Fundamental, los tratados internacionales, la doctrina, y no de una mera convicción personal.

Ciertamente, habrá de transitarse por la experiencia que derive no ya de la sola reglamentación de las candidaturas independientes por el Congreso Federal y las legislaturas estatales, sino de los mismos procesos electorales en que participen candidatos ciudadanos, lo que brindará la oportunidad para reflexionar y ponderar futuras modificaciones que vayan perfilando un diseño cada vez más adecuado, que dé respuesta al reclamo ciudadano de una mayor participación directa, pero también conforme a los principios constitucionales que rigen la renovación de los Poderes Públicos en una democracia constitucional como la nuestra, en la que hoy por hoy tiene preeminencia el sistema de partidos políticos para la postulación de candidatos a cargos de elección popular.

---

<sup>10</sup> A modo de ejemplo, cito el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, adoptada en San José de Costa Rica y abierta a firma el día 22 de noviembre de 1969.

*Artículo 23. Derechos Políticos*

*1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:*

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de voluntad de los electores, y*
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

*2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.*

No puede perderse de vista tampoco que el proceso de consolidación del régimen de los partidos políticos, desde que fue elevado a rango constitucional en el año de 1977, ha sido continuo, producto de la particular preocupación del Estado y de la sociedad misma en aspectos tales como el financiamiento de las campañas electorales; la rendición de cuentas; el uso de los medios de comunicación social, sobremanera la radio y la televisión, en condiciones de equidad y transparencia, así como también la democratización y control legal y constitucional de los procesos internos de selección de candidatos a puestos de elección popular y de sus propias dirigencias, tópicos todos los anteriores que siguen vigentes en la mesa de debates y, más importante todavía, en el conocimiento de las instancias jurisdiccionales en la materia electoral.

Un proceso similar –estimo– habrá de seguir la participación de candidatos independientes en los comicios federales y locales.

---

## **El voto de las personas privadas de su libertad sin sentencia condenatoria**

*Manuel González Oropeza\**

### **I. Introducción**

El modelo democrático se basa en la participación de los ciudadanos en la construcción de sus gobiernos. Para ello, el atributo de ciudadanía se corresponde con un conjunto de derecho de participación que se reconoce de manera universal. En el caso mexicano, el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece cuáles son los derechos de naturaleza política reconocidos a los ciudadanos mexicanos<sup>1</sup>. De entre tales derechos, destaca que los ciudadanos cuentan con el derecho de voto, que posee una vertiente activa,

---

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

<sup>1</sup> Este artículo 35 prevé: *Son derechos del ciudadano: I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación; III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición. VI. Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley; VII. Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Federal Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley, y VIII. Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional, las que se sujetarán a lo siguiente [...].*

consistente en la posibilidad de votar por otros ciudadanos que desean representarlo, y una vertiente pasiva, que es la posibilidad de ser votado por los demás a efecto de representarlos.

Como todos los derechos, el de voto no es un derecho absoluto, lo que implica que se reconoce la posibilidad de ser limitado en la propia Constitución o por el legislador, según se reconozca en cada sistema jurídico.

En el caso mexicano, el artículo 38 de la Constitución federal establece que la suspensión de los derechos políticos se dará en las siguientes hipótesis:

**Artículo 38.-** *Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:*

*I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley;*

**II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;**

**III. Durante la extinción de una pena corporal;**

*IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;*

*V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y*

*VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.*

*La ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.*

Nos interesa revisar el caso de las personas que se encuentran privadas de su libertad, y que siendo

ciudadanos, no pueden ejercer su derecho de voto por encontrarse sujetas a un proceso penal, es decir, aun no cuentan con una sentencia condenatoria. Esta revisión se hace a la luz del reconocimiento de una visión protectora de los derechos humanos, derivada de la reforma constitucional de junio de 2011. Adicionalmente, al reconocimiento de un principio de presunción de inocencia que, consideramos, irradia de manera positiva en la protección de los derechos ciudadanos de participación política.

Aunado a lo anterior, la revisión tiene también la intención de aportar ideas para construir un modelo integral de protección de los derechos, que permita hacerlos eficaces en términos del diseño democrático que corresponde al Estado mexicano y que se cristaliza, precisamente, en la universalidad de la participación de los ciudadanos en la vida política. Esta visión exige, a nuestro parecer, cuestionar los obstáculos que se ponen, incluso a nivel constitucional, para el ejercicio de los derechos de naturaleza política, como es el caso.

Por otra parte, dado el matiz particular de lo que aquí se ofrece, debe recordarse que el artículo 18 CPEUM, en sus dos primeros párrafos, señala que:

*Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.*

*El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en*

*lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto [...]*

Estas referencias son importantes porque nos permiten ubicar los mandatos constitucionales ante la posibilidad de que las personas que se encuentren privadas de su libertad, pero que aun no han sido sentenciadas, puedan ejercer su derecho de voto.

El tema que se aborda está íntimamente relacionado con los alcances y límites de la suspensión de derechos de naturaleza política por motivos penales, particularizándose en una solución presente en otros países latinoamericanos; y que en el caso mexicano, ha sido tratado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), dictándose diversos criterios que constituyen nuestro primer acercamiento al tema.

Las soluciones dadas por la SCJN a la problemática relacionada con la suspensión de los derechos político-electorales de las personas sujetas a un proceso penal han sido las siguientes:

***DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SOLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD.*** El artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los derechos o prerrogativas del ciudadano se suspenden, entre otros casos, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a partir de la emisión del auto de formal prisión. Por su parte, el principio de presunción de inocencia y el derecho a votar constituyen derechos fundamentales, cuya evolución y desarrollo constitucional llevan a atemperar la citada restricción constitucional. Ahora bien, la interpretación armónica de tal restricción con

*el indicado principio conduce a concluir que el derecho al voto del ciudadano se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, supuesto que implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho, lo que no se presenta cuando está materialmente en libertad, supuesto en el cual, en tanto no se dicte una sentencia condenatoria, no existe impedimento para el ejercicio del derecho al sufragio activo<sup>2</sup>.*

De acuerdo con esta jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, las respuestas a esta problemática son las siguientes:

- a) el derecho al voto del ciudadano se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, solo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, supuesto que implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho,
- b) la imposibilidad física para ejercer el derecho al voto no se presenta cuando está materialmente en libertad, supuesto en el cual, en tanto no se dicte una sentencia condenatoria, no existe impedimento para el ejercicio del derecho al sufragio activo.

## **II. Los fundamentos internacionales**

Ahora bien, ¿existe la posibilidad jurídica de que las personas voten aun cuando se encuentren privadas de su libertad?, y ¿cuáles serían los fundamentos jurídicos y las razones fundamentales en que se sustentaría el derecho

---

<sup>2</sup> 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Septiembre de 2011; pág. 6. Tesis P./J. 33/2011.

de que puedan votar las personas que se encuentran privadas de su libertad, sin que exista una sentencia condenatoria? En relación con este tema, es interesante la interpretación que se está haciendo en otras latitudes respecto de los conceptos *discriminación* y *dignidad*, en el ámbito de los derechos humanos, respecto de las personas privadas de su libertad.

En diversos trabajos que se han consultado, se citan –entre otros– los siguientes fundamentos de derecho internacional: el artículo 5 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (DOF del 7 de mayo de 1981), que establece lo siguiente:

**Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal**

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*

2. (...) *Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

(...)

4. *Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.*

(...)

6. *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*

De este precepto se pueden derivar las siguientes líneas argumentativas:

a) la primera, de índole genérica, que se refiere a que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral –en cuyo caso, el concepto de **integridad** abarcaría todas las esferas de desarrollo del ser humano–;

- b) la segunda, de carácter específica, que plantea que toda persona privada de su libertad deberá ser tratada con respeto a su dignidad de ser humano –sobre este punto, y desde mi perspectiva, el concepto de **dignidad humana** se seguirá ensanchando en la medida en que avance el debate sobre los límites de esa **dignidad**–;
- c) la tercera, que plantea una distinción –y una separación de los espacios físicos– entre los procesados y los condenados, y un tratamiento diferenciado a favor de los primeros, por su *condición de personas no condenadas*; y
- d) una cuarta, que se refiere solo a los condenados, por la cual se establece que la finalidad de las penas privativas de la libertad es la modificación de la conducta y la readaptación social de esas personas –aquí destaca que el artículo no hace una distinción entre personas condenadas con sentencia *pendiente de definirse* y personas condenadas mediante una sentencia *ejecutoriada*, pero consideramos que el sistema penitenciario sería aplicable solo a estas últimas, aunque el artículo no es expreso en este sentido–.

Asimismo, el artículo 23 de la mencionada *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (7 de mayo de 1981), señala que:

**Artículo 23. Derechos Políticos**

1. *Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:*

a) *de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*

*b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de voluntad de los electores, y*

*c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

**2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.**

También se señala como fundamento de ese derecho de votar de las personas privadas de su libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada, el artículo 10 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (DOF)* del 20 de mayo de 1981), que señala lo siguiente, en lo concerniente a nuestro tema:

### **Artículo 10**

1. *Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

2. a) *Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;*  
(...)

3. *El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. (...)*

En esta parte, encontramos tres líneas argumentativas:

a) una primera, aplicable a cualquier persona que se encuentre privada de su libertad en locales o instalaciones públicas o gubernamentales, en cuyo caso, esa persona

deberá ser tratada humanamente y con el respeto debido a su dignidad;

*b)* una segunda, que consiste en distinguir a las personas que se encuentran sujetas a un proceso, de cualquier naturaleza que sea, por el cual se encuentren privadas de su libertad –**prisión preventiva o reclusión preventiva**, según el artículo 18, primero y último párrafos, de la CPEUM–, y a las personas que, estando también privadas de su libertad, ya hubieran recibido una condena, de lo cual se deriva un trato diferente, aplicable a las personas no condenadas; y

*c)* una tercera, que plantea que el régimen penitenciario tendrá como objetivo principal la modificación de la conducta y la readaptación social de los condenados –esto es, solo se aplica a las personas que ya hubieran sido sentenciadas con una pena de privación de la libertad, aunque este artículo tampoco es expreso, en el sentido de que se trate de una sentencia de carácter ejecutoriada–.

También se mencionan, como parte de esos fundamentos de carácter internacional, los siguientes: las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, y los *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990.

En las *Reglas Mínimas* destacan las siguientes recomendaciones:

**C.- Personas detenidas o en prisión preventiva**

84. 1) A los efectos de las disposiciones siguientes es denominado “acusado” toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada. 2) El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia. (...)

85. 1) Los acusados serán mantenidos separados de los reclusos condenados. ...

88. (...) 2) Si lleva el uniforme del establecimiento, éste será diferente del uniforme de los condenados.

(...)

93. El acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. (...)

En primer lugar, es importante observar que en dichas *Reglas Mínimas* se hace una distinción entre los **acusados**, a quienes se les imputa una violación a la ley penal, detenidos en un establecimiento de policía o en prisión, pero que todavía no han sido juzgados –y, por lo tanto, que aún no cuentan con una sentencia, ni condenatoria ni absolutoria– y los **condenados**, es decir, las personas que ya están recluidas cumpliendo una pena o una medida privativa de la libertad de cierta duración –aunque en las *Reglas Mínimas* no se define de una manera específica quiénes tienen este carácter, dichos elementos se desprenden de las Reglas 65 (*condenados a una pena o medida privativa de libertad*) y 66, párrafo 2 (*cada recluso condenado a una pena o medida de cierta duración*)–; en segundo lugar, el *acusado* goza de una presunción

de inocencia –hasta que sea juzgado, o más bien, hasta que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada–; en tercer lugar, los **acusados** deben mantenerse en espacios distintos a aquellos en que se encuentren las personas **condenadas**, y el uniforme que porten unos y otros debería ser diferente; y, en cuarto lugar, los **acusados**, precisamente porque se encuentran en una situación de detención o prisión preventiva, tienen derecho a un defensor de oficio o a ser visitados por su abogado –indudablemente, también las personas **condenadas** tienen derecho a recibir la orientación de un defensor de oficio o de los servidores públicos competentes, en atención a su caso particular, pues el hecho de que ya hayan sido condenadas no implica que el Estado pueda o deba desligarse totalmente de esas personas, en cuanto a la orientación continua y constante que requieran, empero, la necesidad de un defensor es más apremiante para los **acusados**, en las diversas fases procesales de su juicio, de cuya atención inmediata y responsable depende con mucha frecuencia la libertad y los bienes de las personas–.

Finalmente, en el *Conjunto de Principios* son relevantes las siguientes estipulaciones:

*Para los fines del Conjunto de Principios:*

- a) (...)
- b) *Por “persona detenida” se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito;* c) *Por “persona presa” se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito;* (...)

*Principio 1*

*Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

(...)

*Principio 8*

*Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas.*

(...)

*Principio 11*

*1. Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.*

*2. Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.*

(...)

*Principio 36*

*1. Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.*

(...)

De estos principios se tiene que:

**a)** se establece una distinción entre la **persona detenida** (aquella que se encuentra privada de la libertad personal, que no sea a causa de la condena por la comisión de un delito) y la **persona presa** (aquella que se encuentra privada de su libertad personal como consecuencia de una condena por razón de un delito);

**b)** tanto las personas sometidas a prisión como a detención serán tratadas humanamente y con el respeto debido a su dignidad;

**c)** se reitera la recomendación de que exista un trato diferenciado para las personas detenidas, en razón de que no han sido condenadas, por lo cual deberán ser separadas de las personas presas;

**d)** las personas detenidas tienen derechos específicos por razón de que su situación jurídica se está definiendo a través de un proceso legal, y por ello necesitan del auxilio de un abogado, a lo cual tienen derecho; y

**e)** se presumirá la inocencia de quien sea sospechoso o acusado de un delito, en tanto no haya sido probada su culpabilidad en juicio público, en el que reciba todas las garantías para su defensa, a que tenga derecho.

De todo lo anterior, destaca que los citados instrumentos internacionales sí dan cabida a que se establezca una diferencia entre las personas procesadas, esto es, aquellas en que está pendiente de definirse de una manera definitiva su situación jurídica (*sub júdice*), respecto de la privación de su libertad, y las personas que, estando también privadas de su libertad, ya cuentan con una sentencia condenatoria ejecutoriada, esto es, existe cosa juzgada (*res iudicata*), se trata de una sentencia firme. La diferencia jurídica entre unas y otras estriba en la presunción de inocencia, que prevalece como garantía jurídica de orden constitucional (Art. 20.- ... B. *De los derechos de toda persona imputada: I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; ..., de la CPEUM.*)

Adicionalmente, por lo que respecta a nuestro país, en la CPEUM se establece el derecho humano a no ser discriminado (Artículo 1°, quinto párrafo: *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) y, si partimos de que aún no se encuentra definida la situación jurídica de las personas privadas de la libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada, entonces, tendríamos que en principio no existirían razones suficientes para impedirles a dichas personas que ejerzan el derecho al voto activo.*

Debemos señalar, además, que aún existe una tercera categoría de personas privadas de su libertad, y son aquellas que se encuentran detenidas, sujetas a una verificación, investigación o averiguación previa, ante la policía o ante el Ministerio Público, y su característica principal es que aún no *haya cargos en su contra*. A esta categoría se refieren las *Reglas Mínimas* en su recomendación 95, en que se señala textualmente:

**E.- Reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra**

*95. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las personas detenidas o encarceladas sin que haya cargos en su contra gozarán de la misma protección prevista en la primera parte y en la sección C de la segunda parte. Asimismo, serán aplicables las disposiciones pertinentes de la sección A de la segunda parte cuando esta aplicación pueda redundar en beneficio de este grupo especial de personas bajo custodia, siempre que no se adopten medidas que impliquen que la reeducación o la rehabilitación proceden en forma alguna respecto de personas no condenadas por un delito penal.*

### **III. El derecho de votar para las personas privadas de la libertad en América Latina**

Debemos abordar ahora el caso particular de algunos países, en que el derecho de votar para las personas que se encuentran privadas de su libertad, sin que exista todavía una sentencia ejecutoriada, está garantizada directamente en la Constitución Política o a través de diversas sentencias emitidas por tribunales de variada índole.

#### **A. Ecuador**

Así tenemos el caso, en primer lugar, de la **República del Ecuador**, cuya Constitución<sup>3</sup> señala en su artículo 62 lo siguiente:

**Art. 62.-** *Las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente, de conformidad con las siguientes disposiciones:*

*1. El voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años. Ejercerán su derecho al voto las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada.*

*(...)*

Adicionalmente, el Consejo Nacional Electoral<sup>4</sup> del Ecuador ha emitido ya en dos ocasiones un instructivo

---

<sup>3</sup> La actual Constitución de la República del Ecuador fue redactada entre el 30 de noviembre de 2007 y el 24 de julio del 2008, por la Asamblea Nacional Constituyente en Montecristi, Manabí, y se presentó el 25 de julio del 2008. Se sometió a referéndum constitucional el 28 de septiembre del 2008, siendo aprobada mediante ese mecanismo. Esta Constitución dejó sin efectos la anterior, que databa de 1998, y entró en vigor desde su publicación en el Registro Oficial (órgano del Gobierno del Ecuador), número 449 del 20 de octubre del 2008.

<sup>4</sup> De acuerdo con el artículo 217 de la Constitución de la República del Ecuador, tanto el Consejo Nacional Electoral como el Tribunal Contencioso Electoral tienen a su cargo la Función Electoral, y ambos órganos tienen su sede en Quito.

para el registro y sufragio de las personas privadas de la libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada. El primero de ellos es el número PLE-CNE-4-10-2-2009, publicado en el Registro Oficial número 538 del 2 de marzo del 2009, y el número PLE-CNE-3-2-10-2012, que se publicó en el Registro Oficial número 814 del 22 de octubre del 2012.

En dichos instructivos se establecieron, entre otras cuestiones, las siguientes:

**1)** en el instructivo del 2009 (artículo 1) se estableció que *[l]as personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada tienen derecho al voto, y para poder sufragar deberán encontrarse inscritas en el Registro Electoral...*; en cambio, en el instructivo del 2012 (artículo 1) se señaló que ... **están obligadas a ejercer su derecho al voto**, conforme lo dispuesto en el artículo 62, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, aunque en ambos instructivos se aclara que es voluntaria la obtención de la cédula de ciudadanía para ejercer el voto;

**2)** en ambos instructivos se establecieron **brigadas de cedulación**, conformadas por el Consejo Nacional Electoral y el Ministerio de Justicia, a fin de que las personas privadas de su libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada obtuvieran la cédula de ciudadanía (la cual es necesaria para ejercer el derecho al voto), y se establece un registro electoral específico para los centros de rehabilitación social;

**3)** las brigadas de cedulación tienen un calendario de actividades, el cual es establecido de manera coordinada por el Consejo Nacional Electoral y por el Ministerio de Justicia;

**4)** la votación en los centros de rehabilitación social se realiza dos días antes que la ciudadanía en general, porque los domingos son días de visita en esos

centros –de esta forma, por ejemplo, por lo que hace a las elecciones del 2013, la votación en dichos centros se llevó a cabo el viernes 15 de febrero, y la ciudadanía votó de manera general el domingo 17 de febrero, para la primera vuelta–;

**5)** se establece la conformación de juntas receptoras del voto y la forma en que se instalarán dichas juntas y en que se recibirá la votación respectiva, entre otras cuestiones;

**6)** se señala además la participación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, para garantizar la seguridad de esta parte del proceso electoral; y

**7)** conforme a dichos instructivos, se encuentran prohibidas las campañas electorales en el interior de los centros de rehabilitación social, a nivel nacional.

En este año, se registró el voto en 53 centros de rehabilitación social de hombres, mujeres y de jóvenes infractores. Alrededor de 8,963 electores (personas privadas de su libertad sin sentencia condenatoria) estuvieron en posibilidad de votar de manera anticipada en las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, Asambleístas Nacionales, Provinciales y Parlamentarios Andinos, en Ecuador. El proceso electoral se efectuó en 19 provincias, bajo estrictas medidas de seguridad, a fin de evitar incidentes. La votación en esos centros inició a las nueve horas y, en términos generales, concluyó antes de las diecisiete horas, en el momento en que sufragó la totalidad de personas de cada centro. Las juntas receptoras del voto en los centros de rehabilitación social no efectúan el conteo de los votos, solo reciben la votación y, una vez terminado el proceso, el paquete electoral es transportado por la Policía Nacional a la Junta Provincial o Distrital Electoral correspondiente, la cual efectúa el escrutinio el domingo siguiente.

## **B. Colombia**

En el caso de la República de Colombia, el antecedente legislativo es la Ley número 65 del 19 de agosto de 1993, publicada en el *Diario Oficial* número 40.999 del 20 de agosto de 1993, relativa al **Código Penitenciario y Carcelario**. En el artículo 57 de este Código se estableció lo siguiente:

### **ARTÍCULO 57. VOTO DE LOS DETENIDOS.**

*Los detenidos privados de la libertad, si reúnen los requisitos de ley, podrán ejercer el derecho al sufragio en sus respectivos centros de reclusión. La Registraduría Nacional del Estado Civil facilitará los medios para el ejercicio de este derecho. Se prohíbe el proselitismo político al interior de las penitenciarías y cárceles, tanto de extraños como de los mismos internos.*

(...)

Sobre este precepto legal, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia se pronunció el 7 de septiembre de 1995, en la sentencia número C-394/95<sup>5</sup>, en los siguientes términos:

*En la oportunidad legal, el señor viceprocurador general de la Nación se pronunció sobre la demanda presentada por el actor y(...)*

(...)

*Sobre el tema de los derechos fundamentales de los internos, afirma que ‘la suspensión del derecho a la libertad física no implica que la persona afectada por la medida no sea titular de otros derechos fundamentales limitados como consecuencia de la relación carcelaria, pero que no obstante ésta, permanecen incólumes en*

---

<sup>5</sup> Vid. la sentencia completa en el link <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-394-95.htm>.

*su núcleo esencial'. Bajo este parámetro encuentra ajustados a la Carta Política (...) el voto de los internos, (...) 'siempre y cuando no se atente contra los derechos de los demás y su ejercicio no sea obstáculo para el logro de la convivencia pacífica, la prevalencia del interés social, la moralidad, las buenas costumbres, la seguridad y salubridad, entre otros, dentro de los límites que impongan la ley y los reglamentos(...)*

(...)

#### **4.**

*Los demás artículos impugnados por el actor se refieren a supuestas violaciones de distintos derechos individuales de los reclusos, y de otras normas constitucionales.*

(...)

*El artículo 57, referente al derecho al voto de los detenidos, es de claridad manifiesta: Si el detenido reúne los requisitos que exige la ley, podrá ejercer el derecho al sufragio en su respectivo centro de reclusión. El punto más controvertido por el actor es el de prohibir el proselitismo político al interior de las cárceles y penitenciarías, tanto de extraños como de los mismos internos. El proselitismo político es una manifestación de normalidad, no de excepción. Lo anterior no impide que pueda expresar el detenido, a otros, sus creencias íntimas acerca del devenir de la política. Lo que se prohíbe es el activismo proselitista público, es decir, la arenga, el tumulto, el debate propio de la plaza pública al interior de las cárceles y penitenciarías, porque riñe con la disciplina. Se repite que lo anterior no afecta el derecho que asiste a un recluso de profesar una ideología política o de militar en un partido o movimiento, ni tampoco la prudente transmisión de un contenido filosófico o doctrinario. Lo*

*que se entiende aquí por proselitismo, es el convertir a las cárceles en un foro abierto y beligerante que pueda llevar al desorden. Los derechos políticos se tienen siempre, pero su ejercicio puede estar limitado y restringido en casos especiales por la Constitución y la ley, como es el de las cárceles. En otras palabras, la cárcel no es propicio (sic) para la agitación política, sino para la reflexión. Por tanto, en la norma acusada no se afectan ni la libertad de pensamiento ni la comunicabilidad natural de los hombres; simplemente se prohíben ciertas manifestaciones exteriores, en aras de la disciplina. Por ello será declarada exequible.<sup>6</sup>*

(...)

### **DECISION**

*En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, R E S U E L V E :*

### **SEGUNDO.-**

**DECLARAR EXEQUIBLES** las siguientes disposiciones de la Ley 65 de 1993 ‘por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario’: (...) el primer inciso del artículo 57(...)

Estas mismas consideraciones se exponen en la sentencia número C-329/03, expedida también por la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, del 29 de abril del 2003.

Ahora, independientemente de que, de acuerdo con la sentencia C-394/95, no está a discusión el derecho al

---

<sup>6</sup> De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, 22<sup>a</sup>. edición, lo *exequible* significa “que se puede ejecutar”, “que se puede hacer, conseguir o llevar a efecto”.

voto de los detenidos, en su respectivo centro de reclusión, siempre que reúnan los requisitos que exige la ley, son dos los elementos adicionales que se pueden rescatar de la parte transcrita, el primero es que lo que está prohibido es (...) *el proselitismo político al interior de las cárceles y penitenciarías, tanto de extraños como de los mismos internos.* (...) *Lo que se prohíbe es el activismo proselitista público, es decir, la arenga, el tumulto, el debate propio de la plaza pública al interior de las cárceles y penitenciarías, porque riñe con la disciplina;* el segundo es que lo que está permitido es (...) *que pueda expresar el detenido, a otros, sus creencias íntimas acerca del devenir de la política.* (...) *el derecho que asiste a un recluso [es el] de profesar una ideología política o de militar en un partido o movimiento,* (...) *la prudente transmisión de un contenido filosófico o doctrinario.* (...) *la cárcel no es propicio (sic) para la agitación política, sino para la reflexión*(...) Lo anterior significa que a las personas privadas de su libertad, que aún no han sido condenadas, se les respeta el derecho a votar, con la limitante de que no pueden realizar proselitismo político.

Obsérvese además que el artículo 57 de la Ley 65 *Código Penitenciario y Carcelario* del 19 de agosto de 1993, se refiere a *llos detenidos privados de la libertad*, pero dicho artículo se debe interpretar en forma funcional y sistemática con los diversos artículos 7° y 11 del citado Código, en los que sí se hace una distinción entre quienes ya cuentan con una sentencia ejecutoriada, los que aún no han sido sentenciados y los que apenas se está definiendo su captura. En el artículo 7°.- MOTIVOS DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, se señala que *lja privación de la libertad obedece al cumplimiento de pena, a detención preventiva o captura legal*—esto es, se establecen tres categorías-. El artículo 11.- FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA dice

que *[l]a detención preventiva tiene por objeto asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, y la efectividad de la pena impuesta.* En conclusión, se puede decir que los detenidos a que se refiere el artículo 57 de este Código son aquellos que se encuentran en **detención preventiva**.

Por otra parte, ya en la sentencia número T-324/94<sup>7</sup>, expedida por la Sala Tercera de Revisión<sup>8</sup> de la Corte

<sup>7</sup> Vid. la sentencia completa en el link <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-394-95.htm>. La revisión se concederá en el efecto devolutivo, pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de este Decreto. ARTICULO 36. EFECTOS DE LA REVISIÓN. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.

<sup>8</sup> En el Decreto número 2591 del 19 de noviembre de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, que fue expedido por el Presidente de la República y publicado en el *Diario Oficial* número 40.165 de la misma fecha, se establece un procedimiento de revisión de las sentencias dictadas por los jueces, en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 33. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.** La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por estos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.

**ARTÍCULO 34. DECISIÓN EN SALA.** La Corte Constitucional designará los tres Magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los Tribunales del Distrito Judicial...

**ARTÍCULO 35. DECISIONES DE REVISIÓN.** Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.

Constitucional de Colombia, del 14 de julio de 1994, se había pronunciado sobre el tema. Desde mi perspectiva, son tres los argumentos torales que le dan sustento a esta sentencia. El primero, es que únicamente se refiere a personas detenidas, privadas de su libertad, aún no condenadas (*véase el apartado 2.3.1. de la sentencia*); el segundo, que el derecho al sufragio es un derecho específico establecido en el artículo 57 de la Ley 65 *Código Penitenciario y Carcelario* del 19 de agosto de 1993, el cual no está sujeto a excepciones, y tercero, que existían otras soluciones posibles –las cuales no alteraban la organización del proceso electoral en general–, antes que imponer una excepción discriminatoria en relación al derecho de votar de las personas detenidas de manera preventiva.

### **C. República Dominicana**

En este país, la Junta Central Electoral emitió el *Reglamento para la Implementación del Voto en Recintos Penitenciarios*<sup>9</sup>, el 22 de septiembre del 2011, para las elecciones presidenciales del domingo 20 de mayo del 2012.

En dicho Reglamento se estipuló en su artículo 1 que el ***sufragio en recintos penitenciarios*** es ... *el derecho que tiene toda persona que al momento de celebrar la jornada electoral se encuentra privada de su libertad, pero que por su condición penal no ha sido objeto de una suspensión de sus derechos civiles y políticos, y por tanto, conserva intacto el derecho constitucional de elegir.*

El mencionado artículo señalaba dos condiciones básicas para ejercer el derecho a votar en los centros penitenciarios:

<sup>9</sup> Vid. el reglamento en el link [http://www.jce.gob.do/Transparencia/Actas y Resoluciones.aspx#dltop](http://www.jce.gob.do/Transparencia/ActasyResoluciones.aspx#dltop), de la Junta Central Electoral de la República Dominicana.

a) Las personas privadas de libertad deberán estar en condición de internos preventivos, es decir, que sobre las mismas no exista una sentencia que haya adquirido el carácter de la cosa irrevocablemente juzgada; o si está condenado de manera definitiva deberá ser por un delito que no conlleve la pérdida de sus derechos civiles y políticos.

b) *El ciudadano o ciudadana incluido(a) dentro de esta condición, deberá disponer de su Cédula de Identidad y Electoral, sin la cual no podrá ejercer el derecho al voto.*

En el inciso a) se pueden observar a su vez dos supuestos, 1) que no exista una sentencia que tenga el carácter de cosa juzgada, y 2) si existe cosa juzgada, que la condena no sea por un delito que implique la pérdida de sus derechos civiles y políticos.

El *Reglamento* también indicaba en su artículo 3 que la aplicación y cumplimiento de la implementación del sufragio en los centros penitenciarios estaba a cargo de la Junta Central Electoral y de la Procuraduría General de la República y, en diversos artículos, se regulaba el funcionamiento de un *colegio electoral penitenciario* –equivalente a la mesa directiva de casilla– en cada uno de los centros penitenciarios en que se aplicara dicho *Reglamento*.

No se debe omitir que, entre los diversos fundamentos jurídicos que se citan en la parte considerativa del *Reglamento*, se encontraba el de **presunción de inocencia**, contenido en el artículo 69 de la Constitución de la República:

**Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso.** Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:

(...)

*3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;*  
(...)

El Reglamento no llegó a aplicarse debido a que –según trascendió– *no se pudieron completar los expedientes de los reclusos preventivos en todas las cárceles del país para la confección de un padrón especial*<sup>10</sup>. De cualquier modo, nos pareció importante citar este antecedente.

#### **D. Argentina**

La República Argentina ha establecido el derecho al sufragio en el artículo 37 de su Constitución (promulgada el 22 de agosto de 1994), en los siguientes términos:

**Artículo 37-** *Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.*

(...)

Sin embargo, la Ley 19.945 del Código Electoral Nacional del 14 de noviembre de 1972, publicada en el Boletín Oficial 22568 del 19 de diciembre de 1972, establecía en su artículo 3º diversas causales de exclusión del padrón electoral, por lo cual los afectados no podían ejercer el sufragio:

**ARTICULO 3º — Quiénes están excluidos.** *Están excluidos del padrón electoral:*

(...)

---

<sup>10</sup> Vid. la nota “JCE deja sin efecto voto de presos preventivos. Afirman que no se pudo completar expedientes de los reos” del 1º de mayo del 2012 de **listindiario.com** en el link <http://www.listindiario.com/la-republica/2012/5/1/230797/JCE-deja-sin-efecto-voto-de-presos-preventivos>.

- d) Los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad;*
- e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena;*
- (...)*

Fue hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina emitió la sentencia del 9 de abril del 2002 en la acción de amparo promovida por Emilio Fermín Mignone, representante de del Centro de Estudios Legales y Sociales<sup>11</sup>, actor cuando el panorama jurídico en este tema comenzó a cambiar. La secuencia impugnativa de este asunto se desarrolló de la siguiente manera:

a) el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), por conducto de su representante, el señor Emilio Fermín Mignone, promovió la acción de amparo contra el Estado (Ministerios del Interior y de Justicia) para que se adoptaran las medidas que garantizaran el derecho de sufragio (artículo 37 de la Constitución Nacional) respecto de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios del país; reclamó asimismo la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3, inciso d), de la ley 19.945 (Código Electoral Nacional) porque resulta contrario al normal funcionamiento del sistema democrático; fundó su pretensión en el artículo 23, apartado 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que los derechos políticos solo pueden ser reglamentados en función de razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en proceso

<sup>11</sup> Expediente **M. 1486. XXXVI. REX.** Vid. la sentencia completa en el link <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=realizaConsulta>, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

penal, y en el artículo 18 de la Constitución Nacional que impone que todo ciudadano goza del ejercicio de sus derechos por el principio de inocencia;

b) la demanda fue rechazada en la primera instancia, la cual fue apelada por el CELS, y ello originó el pronunciamiento de la Cámara Nacional Electoral, la que dejó sin efecto el fallo recurrido y declaró la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso d), del Código Electoral Nacional; la Cámara señaló que la norma impugnada excluye del sufragio a los detenidos sin condena a pesar de la presunción de inocencia que resulta del artículo 18 de la Constitución Nacional, y que atenta contra el artículo 23, apartado 2, de la mencionada Convención, que impide la exclusión del ejercicio del sufragio de toda persona detenida que no haya sido condenada; la Cámara concluyó que la declaración de inconstitucionalidad solo implicaba la declaración de que la norma impugnada era contraria a la Carta Magna y que sobre los detenidos representados por la actora no podía recaer un impedimento jurídico para emitir el voto, con la aclaración de que aquellos se encontrarán liberados de sufragar efectivamente mientras los poderes competentes no dictaran la reglamentación necesaria y que hasta ese momento debía considerárselos como liberados de ejercer sus derechos electorales por fuerza mayor;

c) el CELS promovió una aclaratoria de sentencia y pidió que la Cámara dispusiera las medidas necesarias para garantizar el derecho al sufragio de las personas detenidas sin condena, pero la Cámara rechazó esta petición pues estimó que su decisión había restablecido la titularidad del derecho a sufragio respecto de esas personas y que las medidas necesarias consistentes en las modificaciones legales al Código Electoral no eran

de la competencia de los jueces, los que no estaban habilitados para ordenar a los demás poderes del Estado que dictaran ese tipo de normas, porque ello significaría una violación al principio de separación de poderes;

d) el CELS interpuso entonces un recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara, sosteniendo que esta omitió ejercer su poder jurisdiccional para garantizar el efectivo goce del sufragio sin considerar que el derecho de acceder a la jurisdicción incluye que el tribunal competente cuente con suficientes facultades para remediar en forma efectiva la violación de los derechos humanos denunciada en la demanda; el Ministerio del Interior también interpuso un recurso extraordinario y afirmó que la acción de amparo no era el proceso idóneo para el tratamiento de las cuestiones de orden político planteadas por la actora, las que debían ser resueltas por los poderes Legislativo y Ejecutivo con un debate previo que incluya todo el escenario político del país; el Ministerio de Justicia presentó asimismo un recurso extraordinario y, entre otras cuestiones, cuestionó la admisión de la acción de amparo, pues el plazo de caducidad se encontraba vencido y porque el tribunal declaró la inconstitucionalidad de la norma sin haber efectuado una interpretación integradora del ordenamiento aplicable con los artículos 30 y 23, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que el principio de inocencia era inaplicable en este asunto toda vez que debía salvaguardarse ante todo la seguridad común;

e) el CELS promovió también un recurso extraordinario contra la resolución aclaratoria y sostuvo que la Cámara debió utilizar su poder jurisdiccional para restablecer de inmediato el derecho violado mediante las medidas necesarias;

f) la Cámara Nacional Electoral admitió los recursos interpuestos por los ministerios del Interior y de Justicia por la presencia de una cuestión federal y desestimó los recursos interpuestos por el CELS, bajo el argumento de que los mismos solo constituían una mera discrepancia con lo decidido, por lo cual el CELS presentó un recurso de queja, el cual fue admitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se establecieron básicamente las siguientes cuestiones:

*3º Que el a quo<sup>12</sup> tras reconocer la legitimación activa de la demandante y la admisibilidad de la vía del amparo para resolver la cuestión, halló a la norma impugnada ‘como manifiestamente contraria al art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto consagra el principio de inocencia y al art. 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que limita la reglamentación de los derechos políticos por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso penal’. Afirmó que ‘toda restricción que supere la necesidad del proceso resulta un avasallamiento innecesario e injustificable de esos derechos, además de violentarse el principio de inocencia del que goza todo ciudadano’. ‘Además [dijo] teniendo en cuenta lo establecido por los arts. 12 y 19 del Código Penal en virtud de los cuales los condenados a pena de prisión o reclusión superior a tres años pierden el goce del derecho electoral, su extensión a los no condenados implicaría un adelanto de condena’.*

---

<sup>12</sup> Se refiere a la Cámara Nacional Electoral.

*Precisó también el Tribunal que la inconstitucionalidad decretada ‘solo importa declarar que la disposición legal que determina la exclusión del padrón electoral de los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad es contraria a la normativa de la Carta Magna y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’. ‘Mas no se sigue de esto que podrán efectivamente emitir el voto en tanto los poderes competentes –el Legislativo y el Ejecutivo– no dicten la necesaria reglamentación que posibilite el sufragio de tal categoría de personas, atendiendo a los requerimientos de seguridad y técnica electoral. Mientras ello no ocurra quienes se hallan detenidos sin condena, si bien no se encuentran jurídicamente impedidos de votar, se verán impedidos de ejercer ese derecho por razones de fuerza mayor al estar privados de su libertad y no poder entonces egresar de los lugares en que están detenidos para acudir a las mesas de votación’.*

*Finalmente, al rechazar la aclaratoria deducida por la actora, la cámara consideró que no le competía al Poder Judicial adoptar las medidas necesarias para garantizar, efectivamente, el derecho al sufragio de las personas que se encuentran procesadas sino a los ‘poderes políticos’ por ‘no haber previsto el constituyente, que el poder jurisdiccional pueda ordenar a aquéllos ejecutar ciertos actos’.*

*(...)*

*5º) Que la parte actora, en sustancial síntesis, sostuvo que: a) la sentencia no garantiza en forma efectiva el derecho al sufragio, ya que sujeta su ejercicio a la voluntad de la administración en tanto no ordena ‘tomar las medidas necesarias para que, de hecho, las personas detenidas puedan votar’; b) tampoco*

*garantiza el derecho a la jurisdicción pues pese a haber resuelto adecuadamente el fondo del asunto en su favor omite ‘restablecer de inmediato el efectivo goce del derecho restringido’ y se limita a ‘notificar de tal decisión a los demás poderes’. (...)*

*(...)*

*9º) Que, finalmente, corresponde dar respuesta a los agravios del demandante. El reconocimiento del a quo de la razón del reclamo de la parte actora y la consiguiente declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada resultan incompatibles con el rechazo parcial de la pretensión que, en definitiva, contiene la sentencia al sostener que ‘no se sigue de esto que podrán efectivamente emitir el voto en tanto los poderes competentes –el Legislativo y el Ejecutivo– no dicten la necesaria reglamentación que posibilite el sufragio de tal categoría de personas’. Reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo. En consecuencia, corresponde urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados y en este marco, esta Corte considera prudente disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses.*

*Por ello, y oído el señor Procurador General, se resuelve:* a) *Hacer lugar a la queja de la parte actora, declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia, en ese aspecto, con el alcance establecido en el considerando 9º; b) declarar procedentes los recursos deducidos por la demandada y confirmar la sentencia en los demás aspectos; c) imponer las costas en el orden causado, por tratarse de una cuestión novedosa. Agréguese la queja al principal.*

En resumen, la Cámara Nacional Electoral había reconocido el derecho a votar de las personas que están siendo procesadas, pero no estableció la manera de remediar la imposibilidad material de ejercer el sufragio. En cambio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció un plazo de seis meses para que los poderes Legislativo y Ejecutivo adoptaran las medidas que fueran necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de las personas detenidas pero no condenadas.

Luego de esta sentencia, o con motivo de ella, el Congreso de la Nación expidió la Ley 25.858, publicada en el *Boletín Oficial* número 30311 del 6 de enero del 2004, mediante la cual se derogó, entre otros, el inciso d) del artículo 3º de la Ley 19.945 del Código Electoral Nacional, y se adicionó un artículo 3º bis –respecto del cual se estableció que (...) *entrará en vigencia a partir de su reglamentación por el Poder Ejecutivo nacional, la que deberá dictarse en el plazo máximo de veinticuatro (24) meses contados a partir de la publicación de la presente*–, que dice:

**Artículo 3º bis.-** *Los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos.*

*A tal fin la Cámara Nacional Electoral confeccionará el Registro de Electores Privados de Libertad, que contendrá los datos de los procesados que se encuentren alojados en esos establecimientos de acuerdo con la información que deberán remitir los jueces competentes; asimismo habilitará mesas de votación en cada uno de los establecimientos de detención y designará a sus autoridades.*

*Los procesados que se encuentren en un distrito electoral diferente al que le corresponda podrán votar en el establecimiento en que se encuentren alojados*

*y sus votos se adjudicarán al Distrito en el que estén empadronados.*

Después de ello, se publicó el Decreto 1291/2006 (*Boletín Oficial* número 31.000, del 28 de septiembre del 2006), por el cual se reglamentó el artículo 3º bis del Código Electoral Nacional. Este decreto se ha aplicado desde las elecciones del 2007. En dicho Decreto destaca el hecho de que el registro de electores privados de libertad estará a cargo de la Cámara Nacional Electoral sobre la base de la información que remitan todos los tribunales del país con competencia en materia penal, y que la Cámara Nacional Electoral elaborará un catálogo por distrito electoral, por cárcel y por sexo y por orden de matrícula (artículo 3º); y que las autoridades de los comicios serán los funcionarios de las cárceles, quienes estarán a cargo de los procedimientos del acto comicial, así como también de las tramitaciones vinculadas a la gestión y correspondencia de información y documentación relacionadas con los comicios (artículo 11, segundo párrafo).

Posteriormente, el 25 de octubre del 2011, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, provincia de Buenos Aires, declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 2, del Código Penal y del artículo 3, inc. e) del Código Electoral Nacional, en cuanto impiden votar a los presos con condena, imponiéndoles un plus sancionatorio comparable con la muerte civil.

Sobre este tema, diversos autores de Argentina se han planteado lo siguiente<sup>13</sup>:

---

<sup>13</sup> Vid. Filippini, Leonardo, et al.: “El voto de las personas condenadas: un derecho pendiente”, en ADC/Asociación por los Derechos Civiles, Serie “Documentos de difusión”, número 1, marzo de 2012, en [www.adc.org.ar](http://www.adc.org.ar), y “Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 13, número 1, Diciembre de 2012.

*¿Es legítimo denegar la capacidad electoral a las personas que recibieron una condena?*

*¿Una condena constituye por sí sola una razón válida para justificar una restricción en el derecho a votar? La pena no debería trascender la restricción de la libertad ambulatoria, o el derecho afectado, y su imposición exige promover la inclusión futura de los condenados a la vida de nuestra comunidad. La ‘función resocializadora’ que sostiene a la lógica penitenciaria difícilmente puede alcanzarse amputando los lazos que unen a los sujetos privados de su libertad con el resto de la sociedad.*

(...)

*¿Cuál es la razón de la prohibición del voto?*

(...)

*Al igual que ocurre con otras instituciones penales infamantes, no parece imprudente asumir que se trata sin más de un resabio poco meditado de concepciones perimidas sobre la ejecución del castigo, superadas por el derecho de los derechos humanos y las nuevas normas penales... la restricción persiste huérfana tanto de razones como de deliberación previa que la autorice y cualquier finalidad que le sea atribuida, en este contexto, será dudosa<sup>14</sup>.*

#### **IV. Palabras finales**

La posibilidad de que las personas privadas de su libertad, que no cuentan con una sentencia condenatoria, puedan ejercer su derecho al voto, es una realidad en diversos países latinoamericanos. En el caso mexicano, dada la redacción del artículo 38 constitucional y la interpretación adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

---

<sup>14</sup> Vid. Filippini, L., et al.: “El voto...”, cit. pp. 2-3.

estamos ante una decisión fundamental que impide el ejercicio de los derechos políticos del ciudadano.

La revisión planteada, que resulta acorde con otras experiencias distintas al área latinoamericana, permite advertir la posibilidad de que en aras de maximizar los derechos humanos, los tribunales mexicanos empiecen a explorar posibles criterios en los cuales se permita el ejercicio del derecho a votar a aquellas personas que, aunque encontrándose sujetas a un proceso penal, aun no han recibido una sentencia condenatoria, lo cual estaría en sintonía con el principio de presunción de inocencia.

Estamos seguros de que estas referencias de derecho comparado motivarán la reflexión sobre estos temas en el derecho mexicano, especialmente a la luz de los avances que se ha tenido en la protección de los derechos de naturaleza política, lo mismo ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

## V. Fuentes

- Defensoría del Pueblo de Colombia, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Unión Europea: *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, 1<sup>a</sup> edición, Bogotá, abril de 2006.
- Filippini, Leonardo, *et al.*: “El voto de las personas condenadas: un derecho pendiente”, en ADC/ Asociación por los Derechos Civiles, Serie “Documentos de difusión”, número 1, marzo de 2012, en [www.adc.org.ar](http://www.adc.org.ar).
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Unión Europea: *Personas privadas de libertad*.

*Jurisprudencia y doctrina*, 1<sup>a</sup>. edición, Bogotá, mayo de 2006.

- Pérez, Omar Alejandro: “Degradación cívica y voto penitenciario en República Dominicana”, en *Observatorio Político Dominicano*, en [http://www.opd.org.do/index.php?option=com\\_content&view=article&id=756:degradacion-civica-y-voto-penitenciario-en-republica-dominicana&catid=69:analisisp&Itemid=78](http://www.opd.org.do/index.php?option=com_content&view=article&id=756:degradacion-civica-y-voto-penitenciario-en-republica-dominicana&catid=69:analisisp&Itemid=78).

---

## **La defensa adecuada en el procedimiento penal**

*Mario Alberto Torres López\**

SUMARIO: I. Introducción. II. El inicio de un concepto. III. La defensa adecuada es instrumental. IV. La defensa adecuada es técnica-jurídica. V. Presupuestos de la defensa. VI. Personas de la defensa. VII. Atributos de la persona fin (imputado o sentenciado). VIII. Atributos de la persona medio (defensor). IX. Defensa particular y defensa pública. X. Derechos del defendido y derechos del defensor. XI. Condiciones necesarias para la defensa adecuada. XII. La defensa adecuada. XIII. A manera de conclusión. XIV. Bibliografía

### **I. Introducción**

Con las reformas del año 1993 al artículo 20 constitucional (publicada en el *DOF* de 3 de septiembre), concretamente la fracción IX, aparece por primera vez en la legislación patria el derecho del inculpado o sentenciado a una *defensa adecuada*. Este sustantivo (defensa) y su adjetivo (adecuada) pretenden significar que la defensa sea la óptima en un procedimiento penal para el imputado o sentenciado.

Pretendemos en este ensayo llegar a un concepto instrumental de lo que es la defensa adecuada, es decir, una definición que abarque en la medida de lo posible todos los aspectos que deben concurrir en las diversas

---

\* Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública.

aristas de la defensa penal de una persona para que pueda ser calificada de **adecuada**.

## **II. El inicio de un concepto**

El vocablo *adecuado* no tiene más significación gramatical que aquello que es apropiado respecto de algo concreto con miras a un fin. En varios ámbitos de nuestra vida cotidianamente utilizamos el concepto, v.gr: en la elección de un auto, vestimenta, aparatos, forma de hablar, etc., y lo adecuado en cada caso dependerá de las circunstancias específicas y/o de lo que pretendemos (fin mediato o inmediato).

La defensa adecuada es un derecho humano que cobra vida en un procedimiento penal (desde su inicio hasta su conclusión), siendo titular de él la persona imputada o sentenciada; la finalidad es que dentro de ese procedimiento se respeten los derechos humanos que la Constitución, normas equivalentes, normas secundarias y otras disposiciones legales establecen en favor de ese individuo sujeto a una acusación penal o sentenciado por ella. Conforme a esto, la defensa adecuada es la apropiada para hacer valer esos derechos.

En uno de los anteproyectos o propuestas de Código de Procedimientos Penales para la República Mexicana se contiene este concepto:

*Se entenderá por una defensa adecuada, la que debe realizar el defensor que el imputado elegirá libremente, para que le asista en su detención y a lo largo de todo el procedimiento en igualdad de condiciones que la víctima u ofendido, sin perjuicio de los actos de defensa que el propio imputado pueda llevar a cabo.*

La pertinencia de definir o no qué es **defensa adecuada**, así como si este concepto es suficiente, queda al prudente arbitrio del lector.

### **III. La defensa adecuada es instrumental**

Por sí mismo, el derecho humano a la defensa adecuada está carente de contenido, dado que es un instrumento para hacer valer derechos fundamentales del imputado o sentenciado en un procedimiento de orden penal, v.gr: recibir información, datos u orientación sobre la acusación, controvertir la acusación, ofrecer medios de prueba, recibir la sentencia y, en su caso, la sanción justas, impugnar resoluciones, entre otros más. Así, la afirmación de que una persona no tuvo una adecuada defensa se traduce sin más en que se violaron uno o más de sus derechos fundamentales<sup>1</sup>.

### **IV. La defensa adecuada es técnico-jurídica**

En un procedimiento de orden penal se debaten cuestiones de índole jurídica; en qué precepto se subsume una acción (lato sensu), cómo debe interpretarse, qué hechos deben considerarse probados o a probarse legalmente, cómo han de ser los actos propios de un debido proceso, qué tipo de impugnación procede respecto de una resolución, cuál debe ser la sentencia justa y muchas otras cuestiones.

Debido a esto, la defensa adecuada necesariamente la lleva a cabo una persona que tenga conocimientos técnico-jurídicos; además porque su contraparte el agente del ministerio público o el fiscal posee tales conocimientos y, la igualdad entre partes, no sería una realidad si una parte está legalmente preparada y la otra no.

El artículo 20 constitucional, apartado B, fracción VIII, dispone que el imputado tendrá derecho a una

<sup>1</sup> Expresa Ferrajoli: *El derecho de defensa representa, en pocas palabras, una metagarantía: el derecho a gozar de los otros derechos* (según expresión de Hannah Arendt) cuya satisfacción, como justamente dice el preámbulo de la Ley 277 del 2004, es una condición necesaria para la efectividad de todas las otras garantías penales y procesales, en *Fundamentos del...*, cit.

defensa adecuada por abogado. El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en el artículo 14.3, que el acusado tiene la garantía de ser asistido por un defensor. La Convención Americana sobre Derechos Humanos *Pacto de San José* contempla en el artículo 8.2.d) y e) el derecho del inculpado de ser asistido por un defensor.

Todos los actos de defensa, dicho de otro modo, lo que lleva a cabo el defensor penal son una serie de actos regulados por la ley, de ahí también el rasgo técnico-jurídico de aquella.

## V. Presupuestos de la defensa

Sea que el imputado cuente con defensor particular o con defensor público, los actos de defensa presuponen que se conozcan los datos legales que hacen de esa persona un imputado, y que exista una comunicación entre ambos, es decir la entrevista previa.

La Primera Sala ha reconocido la entrevista previa como presupuesto de la defensa adecuada:

### **DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA.**

*La garantía individual de defensa adecuada contenida en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008) entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor, no impedirle que se entreviste de*

**manera previa y en privado con él y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público.** Así, para proteger la citada garantía es necesario que la labor de quien funja como defensor sea eficaz, pues aquella no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que debe entenderse en el sentido de permitir una implementación real para tener oportunidades de descargo que, básicamente, permitan al imputado una efectiva participación en el proceso. Ahora bien, el juez de la causa garantiza la posibilidad de la defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el inculpado sea debidamente asistido (tanto formal como materialmente); de manera que si en los hechos no es posible calificar de adecuada la defensa del inculpado –en razón de la forma en que se conduce el defensor respectivo–, ello no significa que el juez de la causa viole la garantía en cuestión, pues el control de la correcta o incorrecta actitud procesal del defensor, del debido ejercicio de las cargas procesales, así como de su pericia jurídica, solo podrían ser materia de responsabilidad profesional, en términos de las leyes administrativas o penales, y según se trate de un defensor de oficio o particular. Esto es, el juez respeta la garantía de defensa adecuada (i) al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y (ii) al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada,

*sin que el juzgador esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excede las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada.*

*Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. (El énfasis es nuestro)*

Consecuencia de la entrevista previa es que debe darse un conocimiento entre la persona fin y la persona medio, que no necesariamente ha de llevarse a cabo de manera física.

## **VI. Personas de la defensa**

Dado que existe la figura del imputado (defendido) y la persona que lleva a cabo los actos jurídicos en su favor (defensor), podemos decir que en toda defensa existen dos personas:

**Persona fin.-** Es el individuo titular de los derechos fundamentales o subsecuentes que se hacen valer en la defensa: el imputado o sentenciado.

**Persona medio.-** Es la persona o personas que con conocimiento técnico-jurídico hacen valer en un procedimiento penal los derechos que le asisten a la persona fin. La Constitución y leyes lo denominan como abogado o licenciado en derecho y adquiere el nombre de **defensor o defensor penal**.

**VII. Atributos de la persona fin (imputado o sentenciado)**  
No se exige ninguna característica, cualidad o habilidad en la persona fin, basta con que sea imputado o sentenciado para que esté en posición de contar con un defensor, sea particular o público.

## VIII. Atributos de la persona medio (defensor)

El defensor en materia penal debe reunir una serie de cualidades, características o habilidades para poder desarrollar una defensa adecuada, entre otras: profesionales, técnicas (experiencia), de salud física y mental, sociales y culturales, y/o éticas. Cabe decir que estas pueden ser naturales o adquiridas.<sup>2</sup>

### a) Atributos profesionales

En 1993 se estableció en el artículo 20, B, fracción IX, de la Constitución y desde 2008 con carácter obligatorio en el mismo precepto y apartado, fracción VIII, que el defensor debe ser **abogado**.

La expresión **abogado** parece contrastar con los títulos que expiden la mayoría de las universidades públicas y privadas en cuanto señalan **licenciado en derecho**. En realidad, no existe a mi juicio ninguna discrepancia si se considera lo siguiente:

La Real Academia Española; en la definición de abogado establece: *Licenciado o Doctor en Derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico.* En cuanto al verbo **abogar** señala: *Interceder o hablar en favor de alguien.*

En consecuencia, el vocablo **abogado** hace referencia a la función sustantiva que realiza una persona; el de **licenciado en derecho** tiene la connotación de aquella persona que ha demostrado contar conocimientos en una

---

<sup>2</sup> Señala Hernández Pliego, J.A.: *Cuestiono seriamente nuestro actual sistema de justicia penal que a pesar de la garantía de defensa adecuada que reconoce al acusado, tolera en realidad una pretendida defensa ayuna de profesionalismo, carente de ética, de capacidad y respeto a los valores en general, no supervisada ni controlada por nadie...*, en “La defensa adecuada...”, cit.

especial rama del saber humano, la ciencia jurídica y, por eso, puede abogar por o asesorar a otra persona en lo que a esa rama de la ciencia se refiere.

En lo que atañe a defensores públicos federales, la Ley Federal de Defensoría Pública dispone:

*Art. 5.- Para ingresar y permanecer como defensor público(...) se requiere:*

*II. Ser licenciado en derecho, con cédula profesional expedida por la autoridad competente.*

### **b) Atributos técnicos**

Consisten en las cualidades de experiencia que debe poseer el defensor respecto de la concreta rama penal de la ciencia jurídica, lo cual abarca conocimientos especializados en derecho penal, derecho de procedimientos penales, derechos humanos, ejecución de penas, justicia de adolescentes, juicio de amparo e instrumentos internacionales, entre otros.

Sobre el particular la Ley Federal de Defensoría Pública dispone:

*Art. 5.- Para ingresar y permanecer como defensor público... se requiere:*

*III. Tener como mínimo tres años de experiencia profesional en las materias relacionadas con la prestación de sus servicios.*

*V. Aprobar los exámenes de ingreso y oposición correspondientes.*

Sobre la base de que poseer un título de licenciado en derecho o de abogado no garantiza que el defensor penal realmente cuente con los conocimientos técnico-jurídicos y la experiencia propia de la materia<sup>3</sup>, se ha pensado y así ha

---

<sup>3</sup> Sobre la adecuada defensa se ha expresado: (...)implica dos premisas básicas: 1) la idoneidad de la persona que la tiene a su cargo y, 2) la eficiencia en la actuación del defensor. Salazar Santana, B.

A.: “La Garantía...”, cit.

quedado en uno de los anteproyectos o propuestas de Código de Procedimientos Penales para la República Mexicana, que el titular del órgano jurisdiccional podría actuar al respecto:

*Cuando el juez o tribunal advierta un deficiente desempeño en el ejercicio de la defensa técnica, deberá informarlo en audiencia pública al imputado, a fin de que este decida si ratifica o cambia al defensor particular(...), si se trata de defensor público, con independencia de la responsabilidad en que incurriere, se dará vista al superior para efecto de su sustitución.*

Una prevención de este tipo no podría ser calificada de parcialidad hacia la defensa porque, en su caso, lo que estaría anticipando y evitando el juzgador sería la reposición del procedimiento ordenada en la segunda instancia o bien como resultado de la concesión del amparo directo.

Independientemente de la tesis de la Primera Sala que con antelación se citó, está la siguiente jurisprudencia:

**DEFENSA ADECUADA. ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).**

*Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, que aquella se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público.*

***Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal puede ser concebida como un mero requisito formal, y***

**para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación requiere de la participación efectiva en el procedimiento por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social.** Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la “asistencia” no solo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor.

Amparo directo en revisión 1236/2004. 10 de noviembre de 2004. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Amparo directo en revisión 759/2005. 15 de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo.

Amparo directo en revisión 1782/2005. 23 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

Amparo directo en revisión 1908/2005. 30 de

*noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.*

*Amparo directo en revisión 2151/2005. 22 de febrero de 2006. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Arnoldo Castellanos Morfín.*

*Tesis de jurisprudencia 23/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintinueve de marzo de dos mil seis. (El énfasis es nuestro)*

### **c) Atributos de salud física y mental**

La persona medio debe poseer ciertas características de salud física y mental para poder desarrollar integralmente la defensa adecuada en un juicio acusatorio o adversarial. En efecto, el nuevo proceso representa una actuación muy activa por parte del defensor, entre otras, leer las constancias de los expedientes o carpetas, exponer verbalmente sus argumentos, escuchar los atestes, advertir en los interrogatorios ciertos indicios de que el testigo adverso u hostil es especialmente susceptible a la pregunta: lividez en el rostro, movimiento de ojos o de los brazos o manos, dirección de la mirada hacia otra persona esperando alguna señal, sudoración en el rostro u otras, lo que le permitirá poner énfasis en cierto tema propio del interrogatorio.

Como se infiere de lo anterior, el juicio oral presupone cierto tipo de atributos en el defensor que, si bien no le impedirían actuar en el juicio oral, dado que puede ser parte de un grupo de defensores, sí harían pensar que deberían preverse en la ley procesal mecanismos que les permitan actuar como cualquier otro defensor en el proceso acusatorio oral. Estimo que dichos mecanismos son un imperativo de carácter legislativo para evitar prácticas discriminatorias.

Sobre la capacidad para hablar en público es de recordar el orador griego Demóstenes (384-322 a.c.) de quien se dice ponía piedras y un pequeño y filoso cuchillo en su boca para superar los problemas de elocución que tenía.

Desde luego, el juzgador deberá estar atento de cualquier capacidad disminuida del defensor del imputado.

#### **d) Atributos éticos**

El defensor debe poseer un profundo sentido ético en su actuar, no solo para bien de su defendido sino para bien de todo el sistema de procuración y administración de justicia.

No obstante, las cuestiones éticas se vinculan con aspectos básicos de la moral y esta difiere mucho en cada individuo. Los aspectos básicos relacionados se refieren a cuestiones de valores y antivalores: bueno-malo, correcto-incorrecto, debido-indebido y/o justo-injusto.

No es factible realizar una prueba ética a todo defensor; sin embargo, existen casos en que la falta de ética está sustentada en un pasado de la persona. Así, la Ley Federal de Defensoría Pública dispone en el artículo 5, fracción VI, que está impedido para ser defensor público quien hubiere sido condenado por delito doloso con sanción privativa de libertad mayor de un año. Este requisito, si bien inhabilita para fungir como defensor público, no es aplicable a defensores particulares.

También la fracción IV del citado precepto impide ser defensor público a quien no tenga buena fama y solvencia moral que, al igual que la anterior, no resulta aplicable a defensores particulares.

La interrogante obligada es: ¿cuál es el motivo de que se requieran atributos éticos en el defensor? La respuesta es compleja, pero se puede resumir en el cabal cumplimiento de las responsabilidades que pesan sobre el defensor,

primeramente con su defendido y también con todo el sistema de justicia, que implica que el defensor se conduzca con probidad, honestidad, profesionalismo y cuidado<sup>4</sup>. De ahí surge otra interrogante: ¿El defensor debe buscar a toda costa la absolución de su defendido? Tergiversando los hechos, formulando hipótesis de defensa con testigos falsos, actuando con corruptelas, etc. La interrogante es pertinente porque en el medio jurídico se conoce de qué forma han actuado tales o cuales abogados. Pensemos que, en ocasiones, un defensor puede recibir información del imputado acerca de que sí cometió un determinado hecho delictivo pero, si la defensa se apoya en falta de pruebas en el caso, en prescripción de la acción penal u otras que, sin entrar a la prueba del hecho material, propician una absolución, nada faltó de ética podría existir dado que la defensa se ajustó a los cánones de la ley porque, en todo caso, se siguió un camino que se desprende de las leyes.

En todo caso, debemos distinguir entre el camino que brinda la ley para llegar a una absolución y la tergiversación de las cosas para conseguirla.

### e) **Atributos sociales y culturales**

Cuando el imputado pertenece a un pueblo o comunidad indígena, el defensor debe conocer su lengua y los usos y costumbres de la comunidad de pertenencia. No interesa que el imputado sea monolingüe indígena o también conozca y hable el español.

El artículo 2º., A, VIII, constitucional dispone: (...) ***Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.***

---

<sup>4</sup> De manera más detallada encontramos el artículo de Aguilar López, M. A.: “La defensa...”, cit.

La problemática inicial se centra en dilucidar si el texto constitucional puede desagregarse en alguna de las formas siguientes:

Primera hipótesis.- El defensor siempre debe tener conocimiento de la lengua indígena del imputado, así como de los usos y costumbres propios del pueblo o de la comunidad a la cual pertenece. Asimismo, el intérprete que interviene en el juicio debe conocer la lengua, usos y costumbres de referencia.

Segunda hipótesis.- El defensor que no tiene los conocimientos aludidos, se asiste de un intérprete que sí conoce la lengua, usos y costumbres. Es preciso diferenciar entre el intérprete del procedimiento penal, que actúa como interlocutor de todos en los actos procesales, del intérprete que asiste al imputado y su abogado en la defensa.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo dispone: **(...)Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.** Se aprecia que no se requiere que el defensor conozca la lengua, cultura y costumbres propias del imputado, solo que exista un interlocutor y conocedor específico.

La cuestión adquiere especial relevancia si tomamos en cuenta la nueva Ley de Amparo:

**Art. 173.- En los juicios de orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento con trascendencia a las defensas del quejoso, cuando:**

**XIII. (...) cuando el imputado sea indígena no se le proporcione la asistencia de un defensor que tenga conocimiento de su lengua y cultura(...)**

Adicional a esto debemos tomar en cuenta que en México existen 11 familias lingüísticas, 68 lenguas

indígenas y 364 variantes lingüísticas que, en muchas ocasiones, representan lenguas diversas que no permiten intercomunicación entre personas que hablan una misma lengua designada así por su nombre.

Las circunstancias, entonces, pueden impedir que se cuente con defensores particulares o públicos que reúnan el requisito de conocer la lengua, cultura y costumbres propias del imputado. Pensemos en el derecho del imputado indígena a designar al defensor particular de su elección, derecho humano que se vería anulado si la autoridad penal lo rechaza por no conocer la lengua, usos y costumbres. Se daría una colisión de derechos humanos.

En una de las propuestas y versiones de Código de Procedimientos Penales para la República Mexicana encontramos un artículo del tenor siguiente:

***Cuando el imputado perteneciere a un pueblo o comunidad indígena, el defensor deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete que tenga dicho conocimiento.***

La cuestión queda planteada para ser prevista y analizada con miras a establecer criterios que resuelvan una problemática que ya se presenta.

### **f) Habilidades**

El nuevo sistema requiere que el defensor posea ciertas habilidades: ágil discernimiento, elocuencia, retórica, capacidad de argumentación, capacidad de interrogar (¿cómo preguntar, qué preguntar, cuándo preguntar, qué respuesta anticipar y qué efecto tendría en el juicio?)

## **IX. Defensa particular y defensa pública**

Hay que hacer la diferencia entre el defensor particular y el defensor público, de oficio o a cargo del Estado. Si

bien proceduralmente entre el defensor particular y el público no puede existir variación en la implementación de la defensa adecuada, sí existen algunas diferencias en otros ámbitos que vamos a tratar.

### **a) Libertad de elección**

La prevención que consagra la Constitución en el artículo 20, apartado B, fracción VIII, en cuanto a que el imputado ***Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención***, únicamente se refiere al defensor particular.

En lo que atañe al defensor público, el imputado no tiene derecho de elección y ***se le asigna el que le corresponda***. Quedó atrás la original formula del artículo 20, fracción IX, constitucional en cuanto a que ***en caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que, o los que le convengan***.

Actualmente la Constitución (20,B,VIII) indica: ***Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público***. Debe mencionarse que tampoco existe libertad en el juzgador o titular del Ministerio Público para elegir al defensor público; la designación debe recaer en el defensor público que corresponda. La Ley Federal de Defensoría Pública dispone, en el artículo 24, que: ***El Instituto Federal de Defensoría Pública designará por cada Unidad Investigadora del Ministerio Público de la Federación, Tribunal de Circuito y por cada Juzgado Federal que conozca de materia penal, cuando menos a un defensor público y al personal de auxilio necesario***. Dado lo anterior, resulta claro que si existiera libertad de elección para el imputado o para el juez o agente ministerial,

se crearía una situación caótica en la prestación del servicio de defensa penal debido a que el defensor público adscrito a una unidad del ministerio público, juzgado o tribunal estaría en la necesidad de atender asuntos fuera de su adscripción con menoscabo de los casos propios de ella.

El Pacto de San José en el artículo 8.2., incisos d) y e), en cuanto a garantías judiciales señala: **derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor(...)** y **derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.**

La elección del defensor particular es *intuitu personae* y en los defensores públicos es impersonal (puede ser suplido o sustituido).

### **b) Aceptación opcional y obligatoria**

Los defensores particulares tienen la libertad de elegir si aceptan o no el patrocinio en un caso determinado. Por el contrario, los defensores públicos tienen la obligación de asumir la defensa en los casos que conforme a su adscripción les correspondan; no pueden invocar la objeción de conciencia (creencias y principios que moralmente impiden a una persona asumir la defensa de cierto tipo de casos) y, acorde a esto, el artículo 2 de la Ley Federal de Defensoría Pública contempla el **principio de obligatoriedad**.

### **c) Remuneración**

El defensor particular puede pactar libremente sus honorarios profesionales o prestar gratuitamente sus

servicios; por el contrario, el defensor público no puede pactar ni exigir contraprestación alguna al imputado o personas allegadas a él porque su remuneración proviene del Estado; para el imputado el servicio de defensa penal es gratuito y para el defensor público es remunerado por parte del poder público.

#### ***d) Supervisión y evaluación***

El defensor particular no está sujeto a actos de supervisión por parte de terceras personas, aunque sí debe asumir responsabilidad en varias esferas por actos indebidos u omisiones en la defensa.

El defensor público sí es supervisado y evaluado en sus servicios. Así se desprende del artículo 32 de la Ley Federal de Defensoría Pública en cuanto a la atribución de (...) ***evaluar y controlar los servicios de defensoría pública***, así como de los Títulos Quinto y Sexto de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública. Además de ello, los defensores públicos están sujetos a sanciones de índole administrativa y laboral por los actos indebidos u omisiones en que incurrieren en el desempeño de su cargo.

#### ***e) Renuncia***

El defensor particular puede renunciar –que no abandonar– al patrocinio del imputado. El defensor público no puede renunciar a dicho patrocinio, lo cual es secuela de la obligatoriedad en la prestación del servicio.

#### ***f) Incompatibilidad***

La designación de defensor inicia con la del particular, ya que la autoridad ministerial o jurisdiccional debe dar a conocer al imputado que tiene derecho a designar defensor

particular; subsidiariamente, sea porque el imputado no quiso hacer la designación, carece de recursos o bien porque el elegido no aceptó el patrocinio, procede el nombramiento del defensor público.

Por esa situación, resulta incompatible la presencia de un defensor particular y de un defensor público respecto de un imputado en un mismo momento, asunto e instancia.

#### ***g) Defensa individual y defensa conjunta***

El imputado puede designar y tener uno o varios defensores particulares. En cuanto a defensor público, le corresponde uno: el de la adscripción respectiva, lo cual no obsta para que en un caso determinado pudiera tener dos o más.

En cuanto a defensores públicos y dado el sistema de adscripción específica de ellos, un mismo imputado tiene al que corresponde en averiguación previa, al de primera instancia y al de segunda instancia en el momento necesario, lo cual da lugar a que cuente con servicio de defensa penal especializada por fase o instancia. Un defensor público, dado el sistema de adscripciones, no está asignado a un caso desde averiguación previa hasta el final del proceso penal, incluyendo impugnaciones.

#### ***h) Defensa autónoma e independiente***

Por defensa autónoma e independiente entendemos que el defensor, al plantear la defensa adecuada y en su actuación, no debe ser influenciado ni subordinado por la autoridad ministerial o jurisdiccional. Esta peculiaridad de la defensa tiene mayor relevancia en lo que a defensores públicos se refiere, dado que, por lo general, la defensoría pública o de oficio depende del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, lo cual da la impresión de que el titular

o cualquier superior en cada uno podría influenciar o subordinar al defensor público a llevar el patrocinio en determinada forma.

En materia federal, la defensoría pública está a cargo de un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal y, si bien pertenece al Poder Judicial de la Federación, al igual que jueces de Distrito y magistrados de Circuito, estos en forma alguna pueden intervenir en la actuación del defensor público. La Ley Federal de Defensoría Pública dispone lo siguiente: **Art. 38.-** *También serán causas de responsabilidad para cualquier servidor público de los sistemas de procuración y administración de justicia federales, realizar conductas que atenten contra la autonomía e independencia de los defensores públicos o asesores jurídicos o cualquier otra acción que genere o implique subordinación indebida de estos servidores públicos respecto de alguna persona o autoridad.*

La autonomía e independencia del defensor público es punto focal en el sistema interamericano. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en la resolución AG/RES.2714 (XLII-0/12), señala: **TOMANDO NOTA CON SUMA SATISFACCIÓN la celebración del Acuerdo de Cooperación General entre la AIDEF y la OEA en el marco de la resolución AG/RES. 2656, mediante el cual se formaliza las relaciones de cooperación entre la AIDEF y la OEA con el objetivo de seguir profundizando en la promoción y protección del derecho internacional de los derechos humanos, focalizando en aquellas acciones conjuntas dirigidas a fortalecer el acceso a la justicia de las personas a través de una Defensa Pública autónoma e independiente.**

## X. Derechos del defendido y derechos del defensor

Se ha tratado mucho sobre los derechos que asisten al imputado (persona fin) pero debemos tener presente que, dentro del procedimiento penal, el defensor (persona medio) tiene sus propios derechos como tal, los cuales derivan de las leyes así como de instrumentos internacionales.

El **Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión**<sup>5</sup> establece en el principio 33.1 que: ***La persona detenida o presa o su abogado tendrá derecho a presentar a las autoridades encargadas de la administración del lugar de detención y a las autoridades superiores y, de ser necesario, a las autoridades que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas una petición o un recurso por el trato de que haya sido objeto en particular en caso de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.*** Quisiéramos hacer un listado de todos los derechos del defensor pero ello sobrepasa los alcances de este artículo.

En todo caso, los derechos que tenga el defensor resultan instrumentales respecto de la defensa adecuada, es decir, existen por y en relación al patrocinio del imputado.

## XI. Condiciones necesarias para la defensa adecuada

Como especiales condiciones podemos señalar la igualdad procesal y los medios equitativos. La primera se refiere a que los mismos derechos que a la parte acusadora corresponden en juicio, deben corresponder también al imputado, desde luego, en la medida en que la naturaleza de cada parte lo permita.

---

<sup>5</sup> Resolución A/RES/43/173 de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada el 9 de diciembre de 1988.

En relación a los medios equitativos, esto no solo se refiere a que el imputado tenga la misma oportunidad que el ministerio público de aportar medios de convicción al proceso. En esencia, incluye que la defensoría pública cuente con el cúmulo de recursos materiales, humanos y técnicos para desarrollar la defensa en igualdad de condiciones que la acusación.

Entonces salta a la vista que las instituciones de defensoría pública debieran contar con elementos investigadores a manera de los elementos de policía de la procuraduría, personal técnico para contribuir a la defensa que no serían otros sino peritos en ramas relacionadas al tipo de casos que atiende cada defensoría pública; recursos materiales y técnicos como laboratorios de criminalística en diversas disciplinas, entre otros.

En la actualidad, mucho falta para que llegue a hacerse realidad esa condición para la equidad en el proceso, que podría resumirse en una fórmula: **equidad para acusar, equidad para defender**.

La defensa particular, a diferencia de la pública, hará realidad esa equidad acorde a las posibilidades del imputado y del propio defensor; si el imputado cuenta con suficientes recursos económicos, la defensa podrá contar con investigadores privados, peritos y acceso a laboratorios particulares de criminalística. Es así que podemos afirmar que el acto más responsable y ético de un eventual defensor particular es aceptar el caso si sabe que contará con los recursos humanos y técnicos que el caso amerita y, de no ser así, promover todo lo conducente para que el juzgador acuerde su recepción y desahogo mediante el auxilio de instituciones públicas o privadas. Lo anterior en forma alguna trasgrede la imparcialidad del juzgador, porque él no está haciendo llegar *ex officio* los medios de prueba al proceso, solo está facilitando su desahogo.

## **XII. La defensa adecuada**

Dados los presupuestos para una defensa, el paso siguiente es determinar la que resulta adecuada para el caso concreto. La defensa adecuada es la pertinente de acuerdo a las peculiaridades de cada asunto, y la plantea el defensor bajo un estricto profesionalismo y razonabilidad.

En primer término, el defensor debe considerar la hipótesis o las hipótesis que llevará ante el juzgador, para después determinar los hechos a probar, seleccionar los medios de pruebas pertinentes y analizar los argumentos del caso.

A mi juicio, las vías de defensa de un caso pueden ser, entre otras:

1. DEFENSA DE INEXISTENCIA DEL TIPO LEGAL;
2. DEFENSA DE INEXISTENCIA DE LA PENA LEGAL;
3. DEFENSA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO LEGAL;
4. DEFENSA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENAL LEGAL;
5. DEFENSA DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA LEGAL;
6. DEFENSA DE INEXISTENCIA DE LA PARTICIPACIÓN EN EL HECHO TÍPICO;
7. DEFENSA VINCULADA A PRUEBAS NULAS Y/O EFECTOS CORRUPTORES;
8. DEFENSA DE AUSENCIA DE FORMALIDADES: FALTA DE QUERELLA O DE OTROS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD;
9. DEFENSA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL O DE LA SANCIÓN PENAL O PRETENSIÓN PUNITIVA DEL ESTADO;
10. DEFENSA DE DETERMINACIÓN DEL DEBIDO GRADO DE PARTICIPACIÓN;

11. DEFENSA DE DETERMINACIÓN DEL DEBIDO GRADO DE CULPABILIDAD, DE LA SANCIÓN O DE LOS BENEFICIOS RELACIONADOS CON LA PENA DE PRISIÓN;
12. DEFENSA DE RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA; y,
13. DEFENSA DE INDULTO.

### **XIII. A manera de conclusión**

Con los vertiginosos cambios en materia de derechos humanos y de procedimiento penal que se están dando en el país, la defensa en materia penal necesariamente debe transformarse día a día y para afirmar que es *adecuada* en tanto es real y efectiva. Para materializar ese derecho fundamental, deben observarse los presupuestos y condiciones a los cuales nos hemos referido. La defensa pública asume ahora grandes responsabilidades y retos tanto en el ámbito federal como en el local.

### **XIV. Bibliografía**

- Aguilar López, Miguel Ángel, *et. al*: “La defensa en el sistema acusatorio adversarial de los Estados Unidos de América, con visión para el sistema acusatorio de México”, en *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, número 12, diciembre de 2011, México.
- Ferrajoli, Luigi: “Los fundamentos del Instituto de la Defensa Pública”, en *La Garantía de acceso a la justicia: aporte empíricos y conceptuales*, Primera edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2011.
- Hernández Pliego, Julio A.: “La defensa adecuada”, en *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, Número 7, junio de 2009, México.

- Salazar Santana, Bernardo Alfredo: “La Garantía de Defensa Adecuada. Sus alcances en el procedimiento penal”, en *El Derecho Mexicano Contemporáneo. Retos y Dilemas. Estudios en homenaje a César Esquinca Muñoz*, Fundación Académica Guerrerense/Universidad Autónoma de Chiapas/El Colegio de Guerrero, México, 2012.

---

## **El uso del control de convencionalidad en la ejecución de la pena, un caso real**

*José Raymundo Cornejo Olvera\**

*Constitutio principium nec ignorare quemquam  
nec dissimulare permittimus.<sup>1</sup>*

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca del control de convencionalidad. III. El uso del control de convencionalidad en la ejecución de la pena, un caso real. IV. Conclusiones. Bibliografía

### **I. Introducción**

La idea del presente artículo es mostrar una aplicación real y práctica del ejercicio del control de convencionalidad en la ejecución de la pena, en un asunto del cual conocí como juez de Distrito en un juzgado mixto, relativo a la resolución de un incidente no especificado sobre la concesión de la libertad preparatoria o libertad anticipada, esto es, se aclara desde un inicio que no es la intención realizar un estudio exhaustivo teórico sobre la aplicación de dicho control; por el contrario, se trata de hacerlo accesible a aquellos que tengan que ver en sus distintas facetas como operadores del sistema jurídico.

A manera de ejemplo, recordemos que, de acuerdo al nuevo marco constitucional (vigente a partir del mes de junio del 2011), y con la creación del llamado bloque de constitucionalidad y la expansión de los derechos

---

\*Juez de Distrito.

<sup>1</sup> *No permitimos que nadie ignore ni finja ignorar la Constitución.*

fundamentales con sus respectivas características de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, así como la obligación de todas las autoridades en los ámbitos de sus competencias de promover, respetar, proteger y garantizar dichos derechos fundamentales, y de acuerdo a diversos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se puede llegar a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad incluso sobre normas constitucionales, lo a que a priori y bajo antiguos paradigmas sería inaudito y hasta escandaloso, pero a posteriori nos percatamos que actualmente dicha postura no se encuentra en absoluto alejada de la realidad, claros ejemplos como los criterios de la CIDH, como en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs Chile* por medio del cual el Estado Chileno tuvo que realizar modificaciones a su propia Constitución a fin de cumplir con los lineamientos de la sentencia dictada en su contra y el caso más emblemático en nuestro país por su trascendencia *Rosendo Radilla Pacheco Vs México* con sus repercusiones, entre otras, relacionadas con el artículo 13 constitucional y el denominado *fuero militar*.

En el caso concreto, se realizó el control de convencionalidad respecto al artículo 84 fracción II del Código Penal Federal; como contexto, se trata de un sentenciado que promovió, a través del incidente respectivo, su libertad preparatoria cumpliendo con los requisitos de los artículos 84 y 85 del Código Punitivo Federal, con excepción de la fracción ya señalada, ya que del examen de su personalidad no se presumía que estuviese socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, por lo que se dejó de aplicar esa fracción en beneficio del sentenciado, ya que en caso contrario nos encontraríamos ante un derecho penal de autor ya superado y no el de un de derecho penal de acto, con una franca violación a sus derechos fundamentales, lo

anterior con base en los nuevos mandatos de optimización consagrados en el artículo 1º constitucional.

## **II. Acerca del control de convencionalidad**

¿Qué podemos entender por el llamado control de convencionalidad?

El concepto *control de convencionalidad*, morfológicamente está integrado por dos locuciones principales: la primera, *control*, navega en terrenos de dominio y mando; la segunda *convención*, deriva de un acuerdo de voluntades, un pacto entre Estados que consagra la superioridad de los derechos humanos. Sin embargo, en sentido lato, por convención también podemos entender aquella *norma o práctica admitida tácitamente que responde a precedentes o costumbre*<sup>2</sup>. Ante ello, el abanico de posibilidades sobre lo que la figura jurídica en comento representa, se amplía de tal forma que no existe uniformidad o tendencia directa que nos permita comprender el esquema bajo el cual gravita.

En tales condiciones, el control de convencionalidad surge como aquella figura jurídica encargada de salvaguardar la aplicación de los tratados que versen sobre derechos humanos, convirtiendo a los organismos internacionales en garantes de la verdad, de aquella justicia que por alguna razón no fue reconocida con anterioridad y que, con base en las diversas teorías del derecho natural, tendrá vigencia. Por tanto, las distintas *voces sobre justicia y género* que imperan en toda nación exigen el reconocimiento de valores que, independientemente de la correlatividad que se tenga en el ámbito nacional, puedan ser tutelados a nivel internacional.

---

<sup>2</sup> *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible para su consulta en la página web <http://www.rae.es/rae.html>.*

Sobre el particular debe destacarse el contenido del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante publicación de 10 de junio del 2011, en el *Diario Oficial de la Federación*, el cual establece literalmente 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.<sup>3</sup>*

*[...].*

De la anterior transcripción se infiere, entre otras cosas, que a partir de la reforma constitucional de 10 de junio del 2011, se elevaron a rango constitucional los derechos humanos protegidos tanto por la Carta Magna

---

<sup>3</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

como por los tratados internacionales en que el Estado mexicano sea parte, cuestión que implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad integrado ya no solo por la ley fundamental sino también por los referidos instrumentos supranacionales; asimismo, se incorporó el principio *pro personae* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas.

El citado principio supone que cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, deberá elegirse aquella que más proteja al titular de un derecho humano; de igual forma, que cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que, igualmente, proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano, debiendo interpretar tal mandato constitucional junto con lo establecido por el diverso 133 constitucional.

Actualmente existen dos vertientes dentro del modelo de control de convencionalidad.

Primero, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación, mediante las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el juicio de amparo directo e indirecto.

Segundo, el control por parte de todos los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes.

El parámetro de análisis de este tipo de control que ejercerán todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

1.- Todos los derechos humanos que contemple la Constitución Federal, así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.

2.- Todos los derechos humanos que dispongan los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; y

3.- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustentados en las sentencias en la que el Estado Mexicano sea parte y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no sea parte.

La interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

a) Interpretación conforme en sentido amplio, que significa que los juzgadores 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 establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia;

b) Interpretación conforme en sentido estricto, que se traduce en 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 establecidos en la Ley Suprema y en los tratados internacionales en los que México sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; e,

c) Inaplicación de la norma que menos beneficie cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Los anteriores parámetros se encuentran contenidos en la tesis aislada III 4º (III Región) 5 K (10<sup>a</sup>) –con número de registro 2000072–, del Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, Décima Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, que dice:

**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CÓMO DEBEN EJERCERLO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES.** El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, tuvo importantes modificaciones que impactan directamente en la administración de justicia, porque evidencian el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, privilegiando aquellas que brinden mayor protección a las personas. De esta manera, todos los órganos jurisdiccionales nacionales deberán, en principio, ejercer el control de convencionalidad de las normas, atendiendo no solo a los derechos humanos que consagra nuestra Carta Magna, sino también a los contenidos en los tratados internacionales que la Nación tenga suscritos en materia de derechos humanos. Así, actualmente existen dos vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados: Primero, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación mediante las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el amparo directo e indirecto y, segundo, 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. En estas condiciones, el parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los Jueces del país, se integra de la manera siguiente: 1) Todos

*los derechos humanos que contemple la Constitución Federal (con fundamento en sus artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; 2) Todos los derechos humanos que dispongan los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; 3) Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustentados en las sentencias en las que el Estado Mexicano sea parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no sea parte. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los Jueces presupone realizar tres pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio. 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 establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto. Se traduce en 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 establecidos en la Ley Suprema y en los tratados internacionales en los que México sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la norma que menos beneficie cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los Jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación*

*efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.*

Sentado lo anterior, resulta conveniente precisar que el artículo 133 de la Carta Fundamental dispone expresamente:

*Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados<sup>4</sup>.*

El citado precepto constitucional contiene el llamado principio de jerarquía normativa, a través del cual se establece la estructura del orden jurídico mexicano. De igual manera, de la aludida norma de naturaleza constitucional se desprende que en ella se otorga el rango de ley del país a los tratados internacionales celebrados y que se celebren por el Estado mexicano; por ende, lo pactado en los citados instrumentos supranacionales automáticamente queda incorporado al derecho interno mexicano.

En efecto, todas las convenciones o tratados de naturaleza supranacional suscritos por México, integran el denominado derecho convencional que forma parte del sistema jurídico mexicano, en atención al principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual el Estado mexicano, al contraer obligaciones frente a la comunidad internacional, no debe desconocerlas con solo invocar normas de derecho interno,

---

<sup>4</sup> *Ibidem* pág 4.

pues ante cualquier desacato infundado, se corre el riesgo de incurrir en una responsabilidad internacional.

Además, los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional, por ello el Constituyente facultó al Presidente de la República para suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, la intervención del Senado es a título de representante de la voluntad de las entidades federativas, el que por medio de su ratificación obliga a las autoridades de los Estados; sin que exista limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133, el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos esta sea competencia de las entidades federativas; máxime que los tratados internacionales suscritos por México, una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión, deben ser observados por las autoridades mexicanas, quedando vinculadas también a invocar la jurisprudencia de tribunales internacionales, como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos.

Asimismo, los tratados celebrados por el Estado mexicano no pueden desconocer o alterar las garantías y derechos del hombre, en tanto estos constituyen la razón de ser y el objeto de las instituciones; por ello, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga a las autoridades mexicanas a respetarlos; de ahí que sea válido sustentar que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por las autoridades al emitir

los actos que les corresponda de acuerdo a su ámbito competencial.

Tanto más que el principio *pro homine*, es un criterio interpretativo que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, **por virtud del cual debe estarse siempre a lo más favorable para el hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia** o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

Resulta aplicable a lo anterior, la tesis I 4º A 464 A sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXI, febrero de 2005, página 1744, con el rubro y texto siguientes:

**PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.** *El principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.*

De lo reseñado con antelación, se colige que cualquier tribunal local del Estado mexicano no debe limitarse a aplicar solo las legislaciones locales, sino queda también compelido a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por organismos de naturaleza transnacional, circunstancia la anterior que lo obliga a **ejercer un control de convencionalidad** para verificar si entre las normas de derecho internas y las supranacionales existe compatibilidad.

Si bien las autoridades jurisdiccionales 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 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.**

Este criterio se encuentra en la tesis P. LXVII/2011(9<sup>a</sup>), sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página quinientos treinta y cinco, libro III, tomo I, diciembre de 2011, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, con número de registro 160589, de rubro y texto siguientes:

**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.*

De manera particular, el Estado mexicano, al haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada *Pacto de San José de Costa Rica*, la cual se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*,

el 7 de mayo de 1981, indudablemente se encuentra constreñido y, por consiguiente, las autoridades judiciales mexicanas, a interpretar las normas de derecho interno atendiendo a lo previsto por la citada Convención, por los Protocolos adicionales y por la jurisprudencia convencional pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, último intérprete de lo dispuesto en el referido instrumento internacional.

Ello es así, ya que al haber ratificado México la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y toda vez que en diversos criterios jurisprudenciales dicho organismo supranacional ha establecido la obligación de todos los tribunales del Estado Mexicano de ejercer el control de convencionalidad al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción, incluso de manera oficiosa, es claro que todas las autoridades judiciales mexicanas se encuentran obligadas a vigilar que las normas que integran el derecho interno sean compatibles con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, lo anterior a **través del control convencional**.

Al respecto, en la sentencia pronunciada el 23 de noviembre de 2009, en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció lo siguiente:

*(...)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 solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*

Asimismo, dada la trascendencia que tiene el pronunciamiento emitido en el caso Almonacid Arellano, se procederá a transcribir un argumento toral cuya vigencia permite el desarrollo de lo que ahora es titulado *control de convencionalidad*.

*(...)La Corte 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 mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención*

*Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo se ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana(...)*<sup>5</sup>

De ahí que los órganos de justicia nacional quedan compelidos a ejercer el denominado control de convencionalidad, respecto de actos de autoridad entre ellos, normas de alcance general conforme a las atribuciones que les confiere la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que se encuentran vinculados en virtud de la ratificación realizada por el Presidente de la República, lo cual tiene como objetivo la conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para este determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.

Dicho control de convencionalidad debe ejercerse, con independencia de la sede internacional, en sede interna por conducto de los jueces internos, quienes tienen competencia para **inaplicar alguna disposición de derecho interna y aplicar el referido instrumento supranacional**, mediante un examen de confrontación normativo en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona.

Además, la CoIDH ha determinado que los Jueces de los Estados que han suscrito la CADH no deben aplicar su derecho interno cuando éste se encuentre en contradicción con dicho instrumento internacional. Es decir, cuando adviertan que la aplicación del derecho

---

<sup>5</sup> Caso Almonacid Arellano y Otros contra Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124, Disponible en la página web [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc)

interno contraviene alguna disposición o el objeto y fin de la CADH, automáticamente habrán de inaplicarlo. Se está pues, ante una acción condicionada: el juez aplicará su derecho interno si y solo si este no contradice los preceptos de la CADH.

En ese sentido, el control de convencionalidad implica el respeto y correlatividad del derecho interno de cada Estado hacia lo que el Derecho Internacional imponga como norma, es decir, habrá un deber impuesto a cada juzgador con miras al ámbito internacional, sin que para ello pueda alegar la falta de normas o incongruencia respecto al derecho positivo interno de su Estado.

En relación con lo anterior, si bien es cierto que no existe una postura sobre la teoría imperante en el control de convencionalidad, debe darse por sentado que tiene una inclinación hacia el derecho natural, ello de acuerdo al interés supremo que tiene esta corriente al crear aspectos axiológicos en donde el punto final descansa en el desarrollo de la justicia, bien común y naturaleza de los actos. Criterios que en todo momento moldearán la esfera jurídica del gobernante y gobernado.

Como es el caso de las resoluciones de la CoIDH, que constituyen normas individualizadas de la CADH, que vinculan a todos los Estados Parte cuando han admitido su sometimiento a la jurisdicción de aquella, y no solamente cuando esas decisiones inciden sobre violaciones de derechos humanos atribuibles a alguno de ellos en particular. Por este motivo, los criterios sustentados por ese tribunal internacional, en la resolución de un conflicto entre el Estado mexicano con algún particular, vincularán no sólo a México, sino también a Chile, Perú, Argentina y a todos los países que sean parte de la aludida Convención y se encuentren sometidos a la jurisdiccional interamericana.

Del mismo modo, la jurisprudencia de la CoIDH constituye un parámetro ineludible en el control de convencionalidad, pues son vinculantes para todas las autoridades de los Estados Parte. En esa medida, todos los Jueces domésticos de estos, ante la obligación oficiosa de resolver los asuntos sometidos a su potestad aplicando su ley interna sin mermar el objeto y fin de la Convención en cita, también deberán conocer todas y cada una de las resoluciones emitidas por la mencionada Corte Internacional, y mantenerse actualizados sobre las que vayan surgiendo. Amén de que en el ejercicio del control difuso de convencionalidad, habrán de tomar en cuenta todo lo que constituya jurisprudencia internacional para el ámbito regional interamericano.

En ese sentido, es importante recalcar que el control difuso de convencionalidad no se agota únicamente en la verificación de compatibilidad entre el derecho interno, la CADH y la jurisprudencia internacional regional, sino también es necesario realizar la confrontación del derecho doméstico con otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido ratificados por el Estado mexicano, como la Convención de Belem do Pará, la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

De lo anterior es posible concluir que los jueces domésticos, al realizar el control difuso de convencionalidad, se encuentran obligados a interpretar la CADH, sin dejar de considerar, desde luego, que la CoIDH es el intérprete último de tal instrumento. Es decir, los Jueces de los Estados Parte no tienen vedada la facultad de interpretar el referido instrumento internacional, lo deben hacer, ya que con el control de convencionalidad se busca que las

decisiones de los Jueces mexicanos sean compatibles con el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Lo anterior es así pues si bien el control difuso presupone la coexistencia de un derecho interno y la Convención, habrá casos en los que el juzgador doméstico, para resolver el asunto sometido a su potestad, advierta que carece de la normatividad interna aplicable. Ante ello, en un primer momento, atento al principio de plenitud hermética de los ordenamientos jurídicos, tomando como herramientas la analogía, los principios generales del derecho y la equidad, diseñará la norma conducente y la aplicará, sin soslayar que la integración que ha realizado ante la laguna legal, deba ser perfectamente compatible con el objeto y fin de la Convención y con la jurisprudencia internacional regional.

Por ello, bien puede concluirse que en México actualmente ya se ha acogido el control difuso de convencionalidad, de manera que los Jueces, al formar parte del universo de autoridades nacionales, se hallan obligados, en el ejercicio de su función de impartir justicia, no solo a interpretar la ley interna conforme con la CADH, como compromiso internacional suscrito por el Estado mexicano, y a aplicar el principio *pro persona*, sino también a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Sirve de apoyo a lo anterior la tesis número 1.7º.A.6 K, del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, tomo 3, página 1681, con número de registro 2001608, que dice:

**CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN. PARA  
QUE LOS JUECES LO EJERZAN, ES INNECESARIO  
QUE LAS PARTES FORMULEN AGRAVIOS EN**

**LOS QUE PLANTEEN UNA CONTROVERSIA SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.** Acorde con la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once, todas las autoridades del Estado Mexicano deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que aquel sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. De ahí que para el ejercicio del control difuso de la Constitución sea intrascendente establecer si la litis elevada a los órganos jurisdiccionales comprende la conformidad de una norma con los derechos humanos contenidos en la Norma Suprema y/o en tratados internacionales de los que México sea parte, pues en estos casos el juzgador no realiza el estudio conducente por el hecho de que forme parte del problema jurídico que le presentan las partes en observancia a los principios de exhaustividad y congruencia que deben regir toda resolución jurisdiccional, sino que la inaplicación de una disposición jurídica por parte de los Jueces del país deriva del contraste que deben realizar entre esta y los derechos fundamentales, considerando siempre la afectación que produciría la norma en el caso particular sometido a su decisión, ya que están obligados a dejar de lado aquellos ordenamientos inferiores cuando desconozcan el contenido de la Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Estimar lo contrario, esto es, que sea necesaria la existencia de agravios en los que planteen una controversia sobre derechos fundamentales para que los Jueces nacionales puedan ejercer tal control difuso, implicaría no solo

que esa vía se equipare al control concentrado que corresponde en exclusiva a los órganos del Poder Judicial de la Federación mediante las vías directas –acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto–, sería inaceptable, en tanto se desconocería el esquema de protección constitucional que rige al orden nacional, incorporándose al conflicto seguido entre las partes un aspecto que no les atañe ni fue motivo de su diferendo judicial.

### **III. El uso del control de convencionalidad en la ejecución de la pena, un caso real**

A continuación me permito exponer un caso real, donde se tuvo a bien ejercer el control de convencionalidad respecto al artículo 84 Fracción II del Código Penal Federal, ya que se estima que dicho numeral preceptúa un derecho penal de autor y no de acto, y como ya se dijo por considerar que viola los derechos fundamentales del sentenciado, por ende y en concordancia al principio *pro homine* se desaplicó dicha fracción y se declaró fundado el incidente no especificado sobre la libertad preparatoria o libertad anticipada, se le concedió al solicitante el beneficio en cuestión y, al no haber sido recurrida por cualquiera de las partes dicha resolución interlocutoria, y previos los trámites y requisitos de ley, el sentenciado alcanzó su libertad.

Por obvias razones no se señalan datos de identificación de personas o lugares.

*En la ciudad de Reynosa, Tamaulipas, a \*\*\*\* de julio de dos mil doce.*

(...)

**CUARTO.** Ahora bien, los artículos 84 y 85, del Código Penal Federal, establecen los requisitos que deben

*satisfacerse para obsequiar la libertad preparatoria, numerales cuyo texto, en lo que interesa es:*

**Artículo 84.** - Se concederá libertad preparatoria al condenado, previo el informe a que se refiere el Código de Procedimientos Penales, que hubiere cumplido las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma en caso de delitos imprudenciales, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

- I. Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia;
- II. Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, y
- III. Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirlo desde luego(...)"

**Artículo 85.** - No se concederá la libertad preparatoria a:

- I. Los sentenciados por alguno de los delitos previstos en este Código que a continuación se señalan: (...)
- b) Contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurran evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; y para la modalidad de transportación, si cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 84 y 90, fracción I, inciso c), para lo cual deberán ser primodelincuentes, a pesar de no hallarse en los tres supuestos señalados en la excepción general de este inciso; (...)

*De lo anterior se obtiene que los requisitos que se deben demostrar para conceder el beneficio de la libertad preparatoria son los siguientes:*

**I.** Que el sentenciado haya cumplido las tres quintas partes de su condena, cuando se trate de delito doloso.

**II.** Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia.

**III.** Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir.

**IV.** Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado.

**V.** Que no haya incurrido en segunda reincidencia por delito doloso o sea delincuente habitual.

**VI.** Que no haya sido sentenciado por alguno de los delitos señalados en el artículo 85, fracciones I y IV, del Código Penal Federal.

El **primero** de los requisitos mencionados se encuentra satisfecho, tomando en consideración que el delito por el que fue condenado \*\*\*\*\* es de carácter doloso, y dicho sentenciado ya compurgó las tres quintas partes de la pena de prisión que se le impuso.

A esa conclusión se llega, tomando en cuenta que este juzgado, en resolución emitida el \*\*\*\*\* de abril de dos mil seis, por el **Magistrado del Tercer Tribunal Unitario del Decimonoveno Circuito** con sede en esta ciudad, en el toca penal \*\*\*\*\*, se condenó a \*\*\*\*\* , por la comisión de los delitos de **PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO DEL USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONAL**, previsto y sancionado por el artículo 83, fracción III, en relación con el 11, inciso d), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, con las agravantes previstas en el penúltimo y último párrafo del artículo

83, de la Ley antes citada; **POSESIÓN DE GRANADA** previsto y sancionado en el artículo 83, Ter fracción III, en relación con el 11, inciso h), de la Ley Federal para Armas de Fuego y Explosivos; y **CONTRA LA SALUD, en la modalidad de POSESIÓN SIMPLE DE MARIHUANA**, previsto y sancionado en el primer renglón horizontal y primera línea vertical de la tabla uno, apéndice uno, del Código Penal Federal vigente en la época de los hechos; a compurgar, entre otras sanciones a una pena corporal de \*\*\*\*\* **años, \*\*\*\*\* meses y \*\*\*\*\* días de prisión.**

Por tanto, las tres quintas partes de esa pena de prisión equivalen a \*\*\*\*\* **años, \*\*\*\*\* meses y \*\*\*\*\* días de prisión**, y que el cómputo correspondiente que se hace, **se advierte que a la fecha (\*\*\*\*\* de julio de dos mil doce) el enjuiciado \*\*\*\*\* ha compurgado \*\*\*\*\* años, \*\*\*\*\* meses y \*\*\*\*\* días de prisión**, considerando que este se encuentra detenido desde el \*\*\*\*\* de septiembre de dos mil con motivo de los hechos que originaron esta causa.

**Respecto del segundo requisito relativo a que el enjuiciado haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia;** cabe señalar que en autos obra el oficio del **Encargado de la Dirección Jurídica en ausencia del Director General del Centro Federal de Readaptación Social** número \*\*\*\*\*\*, con sede en \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*\*, mediante el cual, en lo sustancial, informó que \*\*\*\*\*\*, observó buen comportamiento durante el tiempo que estuvo recluido en ese centro penitenciario; asimismo, se da cuenta con el **oficio SSP/SSPF/OADPRS/CGCF/CFRS6/DG/\*\*\*\*\*/2012**, de \*\*\*\*\* de mayo de dos mil doce, signado por el **Director del Centro Federal de Readaptación Social**

**número\*\*\*\*\* de \*\*\*\*\***, \*\*\*\*\* mediante el cual remite el acta del Consejo Técnico Interdisciplinario, así como la partida jurídica, los estudios criminológico, psicológico y trabajo social, y el informe de la sección de vigilancia (conducta y disciplina), relacionados con el interno \*\*\*\*\* ; advirtiéndose del informe emitido por el área únicamente citada, mismo que suscribe el propio director y el Jefe de Vigilancia de ese Centro, en el cual, en lo sustancial, se señaló que dicho enjuiciado, desde su ingreso a ese centro (\*\*\*\*\* de marzo de dos mil once) **ha observado buena conducta** (fojas 2614 y 2615 del tomo IV).

Dichos informes tienen el carácter de documentos públicos, según lo dispone el artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicado supletoriamente en términos de lo dispuesto por el diverso 281 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues fueron expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, como es el director del primero de los citados reclusorios, y el encargado del área de vigilancia del último de esos establecimientos; razón por la cual, acorde con lo ordenado en el artículo 280 del Código Federal de Procedimientos Penales, tiene valor probatorio pleno para demostrar la buena conducta del sentenciado \*\*\*\*\* durante el cumplimiento de la sentencia, por ser dichos funcionarios los que tienen acceso a los archivos de esos centros penitenciarios y conocimiento directo de esos aspectos por ser uno el superior del o los funcionarios responsables del área de disciplina y vigilancia del primero de los referidos centros, y el otro, el jefe de la sección correspondiente del segundo de dichos reclusorios.

Apoya lo anterior, la tesis de jurisprudencia 226 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de

*la Nación, visible en la página 153, del Tomo VI, Parte SCJN, Materia Común, Quinta Época, del Semanario Judicial de la Federación, Registro 394182, que dice:*

**DOCUMENTOS PÚBLICOS, CONCEPTO DE, Y VALOR PROBATORIO.** Tienen ese carácter los testimonios y certificaciones expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones y, por consiguiente hacen prueba plena.

**En cuanto al tercero de los requisitos mencionados,** relativo a que del examen de su personalidad se presuma que el sentenciado está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; debe quedar establecido que si bien los exámenes realizados por los miembros del Consejo Técnico Interdisciplinario adscritos al **Centro Federal de Readaptación Social número \*\*\*\*\***, se observa que emitieron una opinión desfavorable al sentenciado, **el suscrito estima que dichos estudios de personalidad son irrelevantes para tener por actualizado o no el mencionado requisito.**

En efecto, obran en autos del incidente que se resuelve, los estudios criminológico y psicológico, así como de los informes de las áreas de trabajo social, de actividades educativas y superación personal, de actividades laborales, y del informe de la sección de vigilancia (conducta y disciplina), así como el acta de consejo respectiva, realizados todos respecto del interno \*\*\*\*\***,** por los responsables de las áreas correspondientes que integran el Consejo Técnico Interdisciplinario del citado Centro Penitenciario; advirtiéndose que estos individualmente emitieron su opinión en torno al otorgamiento de beneficio de libertad anticipada en favor del antes nombrado, y posteriormente, actuando en conjunto, emitieron el acta de consejo en la cual

*se expresó, que por mayoría, dichos miembros de ese consejo, decidieron no aprobar la concesión de algún beneficio en favor del aludido enjuiciado. Sin embargo, el suscrito juzgador considera que se debe realizar un control de convencionalidad sobre dicho requisito, mismo que se encuentra previsto en el artículo 84, fracción II, del Código Penal Federal, y por lo tanto la desaplicación del mismo, ya que se aparta la intención del constituyente plasmada en el artículo 18 de la Carta Magna, y es contrario al principio de presunción de inocencia estipulado en el artículo 20 de la misma Ley Suprema y por lo tanto viola los derechos fundamentales del sentenciado lo anterior en íntima relación con el artículo 1º de nuestra Carta Magna.*

*Lo que se afirma, porque mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sufrió una modificación, misma que entró en vigor tres años después, esto es, en el mes de junio del año dos mil once, y en su párrafo segundo quedó como sigue:*

*(...)El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto(...)*

*Siendo que el anterior contenido era:*

**(...)Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto(...)**

Esto es, se abandonó el término readaptación y se sustituyó por el de reinserción a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, lo que indica que la pena adquiere nuevas connotaciones, pues nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades, abandonándose también la expresión “delincuente”, lo que exhibe el propósito del constituyente en eliminar cualquier vestigio de un “derecho penal de autor” que permita estigmatizar a quien ha cometido un delito. Lo anterior lo determinó así la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. CCXXIV/2011 (9<sup>a</sup>.), visible en el Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, página 197, Décima Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto es como sigue:

**DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 10., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO).** A fin de determinar por qué el paradigma del derecho penal del acto encuentra

protección en nuestro orden jurídico, es necesario ubicar aquellos preceptos constitucionales que protegen los valores de los que tal modelo se nutre. Para ello, en primer lugar, es imprescindible referir al artículo 1o. constitucional, pues como ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. **Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos.** Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. **Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad);** es decir, solo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. **Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término “readaptación” y su sustitución por**

**el de “reinserción”, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones.** El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta **la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades**. Así, el abandono del término “delincuente” también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un “derecho penal de autor”, permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición.

Como se ve, **lo que busca la reforma mencionada es no juzgar personalidades sino delitos**, y en el caso precisamente al sentenciado se le impuso ya una pena, resultado de la conducta antijurídica que realizó; pero de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84, fracción II, del Código Penal Federal, se deja al arbitrio del juzgador (una vez cumplidos los restantes requisitos ya mencionados en párrafo anterior) la decisión de conceder o no la libertad preparatoria, empero esa facultad no puede ser arbitraria o caprichosa, sino que como todo acto de autoridad basada y fundada en lo que la ley exige de acuerdo al artículo 16 Constitucional, ya que este beneficio cumple con la finalidad que busca la pena privativa de libertad, esto es, la intención del constituyente plasmada en el artículo 18 de la Carta

*Magna, que no es otra sino lograr la reinserción de un sentenciado a la sociedad procurando que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para este la ley prevé*, como en el caso es la libertad preparatoria o libertad anticipada.

Además, el suscrito juzgador, de acuerdo a las reformas del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del diez de junio de dos mil once, está obligado a velar por los Derechos Humanos contenidos en esa ley suprema, en este caso en favor del sentenciado, a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, como en la especie sería el Código Penal Federal, es decir, se debe adoptar la interpretación más favorable al derecho humano, lo que la doctrina define como principio pro persona.

Al efecto, se invoca la parte que interesa del citado dispositivo constitucional:

**Artículo 1.** 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(...)**

Y por su parte:

**Artículo 133.** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella **y todos**

**los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.** Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Lo anterior encuentra se relaciona con la tesis aislada P.LXVII/2011 (9<sup>a</sup>) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Página 535, Décima Época, del Semanario Judicial de la Federación, de rubro y texto:

**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 10. 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(...)***

*De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, por otro lado, a fin de realizar correctamente dicho control de convencionalidad se han establecido los siguientes parámetros:*

- 1.- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 10. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.*
- 2.-Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.*

**3.- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.**

Consecuentemente, la inaplicación de alguna ley, en ningún momento suponen la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente parte de este presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación, para dar oportunidad así a los Derechos Humanos, no siendo esto una opción sino una obligación para los juzgadores de este país, esto es, el dejar de aplicar las normas inferiores para dar preferencia a los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y en su caso en el bloque de constitucionalidad que sea aplicable.

En este contexto, tenemos que la fracción II del artículo 84 del Código Penal Federal, exige que para el otorgamiento de la condena condicional, se examine la personalidad del sentenciado, para que se pueda **presumir** que este se encuentra socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; en opinión de quien esto resuelve, perjudica y contraría lo que en inicio beneficia a todo procesado, esto es, la presunción de inocencia, consagrada en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de que, como ya se dijo, contraviene el derecho de los sentenciados de ser reintegrados a la sociedad, de acuerdo al ya referido artículo 18 de esa Carta Magna.

Lo anterior se considera así, ya que la presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio

*informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental.*

*En esta lógica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la presunción de inocencia en su artículo 8.2, el cual establece lo siguiente:*

**(...)8.2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presume inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.**  
**(...).**

Asimismo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al sustentar la tesis P. LXX/2011 (9a.), con registro IUS 160480, correspondiente a la Décima Época, publicada en la página 557 del libro III, de diciembre de 2011, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; sostuvo:

**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 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.*

*De igual forma, en la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único, se determinó: Único. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes:*

**CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN,** conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor el Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política

*de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. La tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99, anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente. Luego, como criterio orientador atinente a lo antes expresado, se invoca el sustentado por la Corte Interamericana al resolver los casos **Suárez Rosero vs. Ecuador** en sentencia de doce de noviembre de dos mil novecientos noventa y siete; **Ricardo Canese vs. Paraguay** en sentencia de treinta y uno de agosto de dos mil cuatro; **Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador** en sentencia de veintiuno de noviembre de dos mil siete.*

*Sobre el particular, es aplicable la tesis número P. LXV/2011 (9a.) sustentada por el Pleno de la suprema Corte de Justicia de la Nación y cuya consulta puede efectuarse en la página 556 del Libro III, correspondiente al mes de diciembre del 2011 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro electrónico 160482. El rubro y texto de dicho criterio son los siguientes:*

**SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.** *El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada,*

correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.

Por lo tanto la sentencia de **veintiséis de noviembre de dos mil diez** dictada en el **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**, se invoca como hecho notorio, en términos en el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, por estar publicada en la página electrónica oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://www.corteidh.or.cr/> que al formar parte del sistema mundial de diseminación

*y obtención de datos denominado **internet**, es válido invocarla para resolver el asunto que nos ocupa. Fundamenta lo antes referido, aplicada analógicamente, la jurisprudencia número XX.2o J/24 del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, la cual puede consultarse en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIX, correspondiente al mes de enero del 2009, página 2470, misma que enseguida se transcribe:*

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

*de sus resoluciones; de ahí que sea válido que los órganos jurisdiccionales invoquen de oficio lo publicado en ese medio para resolver un asunto en particular.*

*Con independencia de la referencia electrónica donde pueden ser consultados los criterios contenidos en la resolución internacional de que se viene hablando, también puede serlo en el libro de reciente publicación denominado **JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. CRITERIOS ESENCIALES**, cuyo autor es Silva García, Fernando, editado en noviembre del año próximo pasado por la Dirección de Difusión de la Dirección General de Comunicación Social del Consejo de la Judicatura Federal.*

***En el caso concreto si existe un criterio vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos y que nuestro Estado ha sido parte, como es el caso de Cabrera García y Montiel Flores vs. México*** y en sentencia de veintiséis de noviembre de dos mil diez, ***ha destacado la importancia del derecho a la presunción de inocencia al señalarlo como un fundamento de las garantías judiciales***, y específicamente en los casos ***Suárez Rosero; Ricardo Canese; Cabrera García y Montiel Flores, que las personas deben ser consideradas inocentes hasta que se acredite plenamente su culpabilidad.***

*En el mismo sentido, como criterio vinculante, en los casos **Ricardo Canese; Cabrera García y Montiel Flores**, la Corte Interamericana ha sostenido que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante todo el*

*proceso hasta que en una sentencia condenatoria se determine su culpabilidad (que sea ejecutoriada), de modo que este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probando corresponde a quien acusa.*

*Y en el caso, si bien es cierto existe una sentencia en la que se determinó la plena culpabilidad de \*\*\*\*\* (lo que en principio podría, en apariencia, establecer la terminación de la aplicación del principio de inocencia), también es cierto que estamos en una etapa diversa a la del proceso, esto es, nos encontramos ante la judicialización de la pena, distinta al proceso, en la cual para otorgar al antes nombrado el beneficio de **libertad preparatoria o libertad anticipada a un sentenciado**, el Código Penal Federal indica que del análisis de su personalidad respecto del sentenciado, deben llevar al juzgador a **presumir** que este no volverá a delinquir.*

*En otras palabras, la extensión del principio de inocencia hasta esta etapa, obedece a que una vez que ya fue sentenciado, no se le otorgue un beneficio al que legalmente tiene derecho, solo por estimar que no están dadas las condiciones para presumir que no volverá a delinquir, asumiendo entonces de manera anticipada que el sentenciado lo volverá a hacer y por ello no se le beneficie con el otorgamiento de la **libertad preparatoria o libertad anticipada**, es decir, se le estaría considerando desde este momento, presumiblemente culpable de una conducta típica y antijurídica que todavía no realiza, olvidándose que ya fue juzgado por la comisión de un delito que le ameritó una sentencia condenatoria en la que se le aplicó una pena, a la cual le precedió el estudio de los elementos*

*del tipo penal y la plena responsabilidad; concluir lo contrario, conllevaría una violación de garantías, en franca violación al artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se contiene el principio non bis in ídem.*

*Sirve de apoyo a lo anterior, la tesis sustentada por la entonces Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tomo 56, Séptima Parte, página 39, Materia Penal, con registro IUS 245973, del rubro y texto siguiente:*

**NON BIS IN IDEM. NATURALEZA DEL PRINCIPIO.**

*El artículo 23 Constitucional prohíbe que una persona sea juzgada dos veces por el mismo delito, pero de ninguna manera alude, en forma estricta, al nombre de este delito, sino que se refiere a los hechos materiales o individualizados constitutivos de ese delito, por lo que una primera condena por determinados y concretos hechos que se adecuan a la tipificación de cierto ilícito, no impide otra posterior por diversos hechos pero constitutivos también del mismo tipo.*

*De ahí que se reitere que lo exigible en el artículo 84, fracción II, del Código Penal Federal, de igual modo contraría la intención del constituyente en la reforma del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues esa evolución va en dirección de eliminar cualquier vestigio permisivo de estigmatización en contra de quien cometa un delito, esto es, el derecho penal de nuestro país se inclina a juzgar delitos y no personalidades, y si lo anterior es aplicable respecto de la imposición de penas, ¿por qué no al momento de conceder los beneficios que la misma ley marca?, al obrar de*

*manera contraria, se estaría negando al sentenciado el beneficio mencionado por el resultado de un examen mental y de rasgos de personalidad en el que se pronosticó que la reintegración social del sentenciado es desfavorable, asumiendo por ese solo hecho, que de manera futura delinquirá, lo que se traduciría en perjuicio para el sentenciado, al negársele un beneficio por motivos relacionados meramente con sus rasgos de personalidad.*

*Por tanto, en la especie se estima innecesario determinar si se encuentra o no satisfecho el tercero de los requisitos mencionados, relativo a que del examen de la personalidad del justiciable se presuma que está o no socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, por estimar que esta disposición contraria a la reforma del artículo 18 constitucional y atenta contra los derechos humanos del justiciable.*

*Por otra parte, en lo que respecta al **cuarto requisito**, esto es, que el enjuiciado haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, cabe destacar que en este caso es innecesaria la reparación del daño, toda vez que los delitos por los que se condenó a \*\*\*\*\*\*, son de aquellos que carecen de resultado material, pues se trata de delitos en los que el bien jurídico tutelado solo se puso en peligro.*

*Asimismo, el **quinto aspecto**, consistente en que el enjuiciado no haya incurrido en segunda reincidencia o sea delincuente habitual, también se encuentra satisfecho; toda vez que en el proceso de origen y durante la tramitación de este incidente, no se observa la existencia de prueba que demuestre que \*\*\*\*\* **es reincidente**, pues en autos no obran constancias con las que se ponga de manifiesto que este tiene antecedentes penales, y por ende que alguno de*

*ellos pueda constituir reincidencia en términos de lo dispuesto por el artículo 20 del Código Penal Federal, y no existen otros elementos de convicción que pongan de manifiesto que el antes nombrado tiene esa peculiaridad, o que después de haber sido sentenciado por este Juzgado Federal, haya cometido diverso delito como para considerarlo como reincidente por primera o segunda ocasión.*

*Finalmente, en torno al **último de los requisitos** que se exigen, relativo a que el enjuiciado no haya sido sentenciado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 85, fracciones I a IV, del Código Penal Federal, **debe decirse que se encuentra igualmente satisfecho, ya que los injustos atribuidos a \*\*\*\*\***, no se encuentren entre los que prevé el referido numeral.*

*Lo anterior se afirma, porque en el artículo 85 del Código Penal Federal, en que se contemplan los ilícitos respecto de los cuales resulta improcedente la concesión del beneficio en comento, no se contempla alguno de los previstos en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y de los delitos contra la salud, solo se refiere al previsto en el artículo 194 de ese mismo Código.*

*Por lo que si en la especie, como ya se dijo, el aquí incidentista fue enjuiciado por los delitos de **PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO DEL USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA NACIONAL**, previsto y sancionado por el artículo 83, fracción III, en relación con el 11, inciso d), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, con las agravantes previstas en el penúltimo y último párrafo del artículo 83, de la Ley antes citada; **POSESIÓN DE GRANADA** previsto y sancionado en el artículo 83, Ter fracción III, en relación con el*

11, inciso h), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; y **CONTRA LA SALUD, en la modalidad de POSESIÓN SIMPLE DE MARIHUANA**, previsto en el artículo 195 bis y sancionado en el primer renglón horizontal y primera línea vertical de la tabla uno, apéndice uno, del Código Penal Federal vigente en la época de los hechos; ello permite colegir que dichos delitos son de los que permiten la concesión del aludido beneficio, ya que dichos ilícitos no se encuentran contemplados en el citado artículo 85.

En consecuencia, toda vez que se han cumplido las exigencias previstas en el artículo 84 del Código Penal Federal, este Tribunal estima procedente conceder al sentenciado \*\*\*\*\*\*, el beneficio de la libertad preparatoria, misma que quedará sujeta a las siguientes condiciones:

- a) Residir en un domicilio determinado, del cual, en el escrito en que promovió el aludido incidente, el sentenciado \*\*\*\*\* precisó que se ubica en calle \*\*\*\* número \*\*\*\* de ciudad \*\*\*\*, \*\*\*\*; lugar de residencia en el que el sentenciado pueda proporcionarse de trabajos, y en caso de que cambie de domicilio, informar sobre tal cambio al Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social, bajo cuyo cuidado y vigilancia quedarán durante el tiempo que permanezca en libertad preparatoria.
- b) Desempeñar en un plazo de quince días, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia, plazo que se impone tomando en consideración que en el escrito en que promovió este incidente, se advierte que señaló que se desempeñara como campesino o ejidatario (foja 2519 del tomo IV).
- c) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o

*sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica.*

*d) Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que le dicte el Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social.*

*e) Someterse a la vigilancia de alguna persona honrada y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello fuere requerida; fiador que será admitido por este órgano jurisdiccional una vez que acepte el cargo como tal y acredite su solvencia e idoneidad, en los términos señalados en el artículo 542 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

*Beneficio que surtirá efectos una vez que se otorgue la fianza a que se refiere el artículo 543 del Código Federal de Procedimientos Penales, misma que será fijada previa admisión que se haga de los fiadores respectivos, en los términos que establece el artículo 542 del ordenamiento legal referido.*

## **QUINTO.**

*(...)*

## **IV. Conclusiones**

Es cierto, por un lado se puede considerar que el ejercicio, en sí mismo, del control de convencionalidad es un verdadero desafío y que ante la duda o el desconocimiento o por temor es mejor no realizarlo, o hay teorías que indican que si se usa el control de convencionalidad se debilita el sistema jurídico, lo anterior como principio hermenéutico del derecho, ya que la expulsión de la norma que sea sometida a este ejercicio y expulsada del sistema o que se inaplique según la autoridad que lo ejerza o el tipo de control que se use debilitarían la estructura jurídica y podrían colapsar el sistema, lo que en lo particular

considero que es desacertado; por el contrario, realizado correctamente el control de convencionalidad, al lograr que la norma contraria a los derechos fundamentales (norma maligna) sea expulsada o desaplicada, inevitablemente tendrá como consecuencia que el sistema se vea fortalecido al librarse de esa carga *maligna*, ya que a final de cuentas, el fin último de un Estado democrático debe ser el pleno respeto de los derechos fundamentales.

Además en otro aspecto podemos ver que el ejercicio del control de convencionalidad de una forma seria, sustentada, fundada y motivada, rompiendo viejos paradigmas y dejando de ser ortodoxos, es una gran oportunidad de hacer verdaderos los postulados de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 1º de nuestra Carta Magna.

La verdadera pregunta sería: ¿cambiamos para seguir igual? o de una vez por todas vencemos viejas resistencias y dejamos atrás lastres y tomamos en serio y como deben ser los mandatos constitucionales ya señalados, a los que estamos obligados a observar todas las autoridades en nuestros ámbitos de competencia.

## Bibliografía

- Caballero Ochoa, José Luis: “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución.)”, del libro *La reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*. Coord. Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pág 115-116.
- Carbonell, Miguel: *Los Derechos Fundamentales en México*, México, UNAM-edit. Porrúa, 2011, 4º Ed.
- Silva García, Fernando: *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos*,

*criterios esenciales*, México, Dirección General de Comunicación Social del Consejo de la Judicatura Federal, 2011.

- Silva Meza, Juan N.: *Derechos Fundamentales*, México, edit. Porrúa, 2009.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- *Expediente Varios 912/2010 Caso Rosendo Radilla*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del Engrose Ministro José Ramón Cossío Díaz, pág. 33.
- *Control de Convencionalidad para el logro de la Igualdad III, obra que estuvo a cargo de la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2012*, pág. 5, 7 y 27 a 35.

---

## **El Poder Legislativo y el Sistema de Justicia Penal desde la perspectiva de los derechos humanos**

*Jaime Flores Cruz\**

SUMARIO: I. Planteamiento del problema (el origen, el tránsito y lo que viene en derechos humanos). II. La aparente desigualdad de las personas ante los derechos humanos. III. Los derechos humanos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. IV. La reforma en derechos humanos y el sistema de justicia penal.

### **I. Planteamiento del problema (el origen, el tránsito y lo que viene en derechos humanos)**

En los tiempos actuales, vuelve a surgir el dilema en el sentido de si los derechos humanos ya existían (aspecto ontológico) y lo que hace el Estado es únicamente reconocerlos por el hecho de ser precisamente personas, o bien, son una invención del Estado tomando en cuenta como fue evolucionando el pensamiento (de acuerdo a su horizonte como parte de su transformación intelectual, emocional y material) y que después nos fueron otorgados como un acto gracioso (sin merecimiento alguno).

Entre el iusnaturalismo, el positivismo y las distintas posiciones filosóficas no existe mucha distancia –un gran abismo como muchos creían–, sino que es una cuestión de perspectivas y momentos históricos de acuerdo, tal vez, a una forma de conveniencia.

---

\* Director General de Responsabilidades del Consejo de la Judicatura Federal.

Los derechos humanos, entendidos como un aspecto ontológico, como algo predeterminado, como algo que no nos dan sino que los reconocen porque ya estaban ahí, es un tema que ya no constituye problema alguno, la discusión al respecto es una cuestión que tiene su origen en la perspectiva desde la que partamos y de lo que entendamos por el concepto de Estado, bien sea totalitario o absolutista, o liberal de derecho; Luigi Ferrajoli, no por nada alude al Estado Constitucional de Derecho<sup>1</sup>, que no es nada nuevo, puesto que una cosa es la ley formalmente válida (competencia y procedimiento constitucionales para crear la ley), y otra la material (irradiada sustantivamente de contenido constitucional y de instrumentos internacionales), la forma en que está diseñada la misma y, principalmente, el alcance de las locuciones que la conforman<sup>2</sup>.

Una norma, sustantiva o adjetiva, sin fundamento o basamento constitucional e internacional, específicamente sin contenido de derechos fundamentales universalmente reconocidos, es la muerte del ciudadano y de la sociedad, es una norma impositiva absolutista, pues únicamente obliga sin otorgar ni reconocer derecho alguno, está hecha para los autómatas que no tienen capacidad de pensar, de sentir y de querer, no siendo acorde a nuestra propia naturaleza.

No debemos olvidar que cuando los juristas nos desfasamos de nuestra realidad, la norma injusta se convierte en nuestra propia cárcel, como producto de nuestra contribución en la creación de esa irracionalidad.

---

<sup>1</sup> Ferrajoli, L.: *Las Garantías...* pp. 15-31.

<sup>2</sup> Es necesario recordar que en diversos discursos se habla de Estado de Leyes, pero como las leyes también pueden ser injustas, es por lo que desde la perspectiva de los principios o fundamentos de los órdenes jurídicos se trató de rectificar la tendencia, aludiéndose al Estado de Derecho, en donde las normas de mérito son incompatibles.

La lucha entre las diferentes perspectivas, absolutismo o liberalismo, dictadura o respeto de los derechos fundamentales, fuerza o raciocinio, lleva consigo una filosofía de la vida, en donde nunca nos hemos puesto de acuerdo, no solo a nivel intelectual (académico o de conocimientos), sino también a nivel emocional (humano o como personas en sí mismas), sin olvidar que en primer lugar somos seres humanos y no un remedo o reflejo de ellos, a partir de lo cual surge nuestra percepción de las cosas, sin meternos en problemas religiosos.

Ante este panorama, estimamos que debemos dejar un legado o ideales que sean valiosos para la posteridad, encausando las reflexiones en torno a sobre de dónde venimos, quiénes somos y hacia dónde vamos, que son las preguntas que se hace la filosofía, comprendida también la del derecho.

## **II. La aparente desigualdad de las personas ante los derechos humanos**

Desde nuestro espectro, partiremos de una afirmación, aunque con ello posteriormente seamos objeto de desprecios, objeciones y rechazos: los derechos humanos son de todos y cualquier forma de pensar que provenga de un ejercicio intelectivo en contrario, no los puede trastocar, pues ante cualquier forma de percibir o aprehender las cosas inmateriales y materiales siempre quedarán incólumes.

Lo que nunca podrá suceder, es afirmar que existen personas que no tienen derechos, ya sea por la circunstancia de que piensen de otra manera, porque no los reconocan, o bien, en razón de que actúan por cuestiones de conveniencia.

No obstante que las afirmaciones absolutas o generales no son correctas, tomando en cuenta un

conocimiento empírico o científico, o como sea la forma en que nuestro intelecto nos pueda llevar a una forma de pensar, el ser seres humanos nos permite percibir que nuestros derechos (humanos), siempre son manejados a conveniencia (desde muchas perspectivas, desgraciadamente, para fines materiales).

La historia de nuestra humanidad, llevando a cabo una visión retrospectiva, en gran medida es de desacuerdos y decepción, en donde los más fuertes pasan por encima de los más débiles<sup>3</sup>.

Y es que no podemos concebir un mundo (menos un universo), para respetar los derechos de los demás, cuando alguien que consideramos que es nuestro igual, no por las circunstancias o momento histórico, sino porque somos de la misma naturaleza –material (cuerpo) e inmaterial (alma y espíritu)–, traza diferencias que a la postre le sirven de justificación y sustento para actuar de la manera que quiere, de acuerdo a sus intereses.

Nuestra pretensión no es crear una colisión de perspectivas para dejar de hacer lo humanamente correcto, sino que por la propia globalización, en todos los ámbitos, nos damos cuenta cuándo los derechos y la dignidad<sup>4</sup>, entendida en el más amplio sentido que pueda

<sup>3</sup> Locución que se utiliza sin que se convenga con la idea de que existen derechos humanos débiles, para personas débiles; al contrario, tomando en cuenta que algunas de ellas se encuentran en un más alto grado de vulnerabilidad (niños, niñas, personas que pertenecen a pueblos indígenas o personas con capacidades diferentes, por ejemplo) es cuando los derechos humanos vienen a reforzarse o a fortalecerse para protegerlos.

<sup>4</sup> En muchas Constituciones del mundo y en varios instrumentos internacionales, se alude a la acepción *dignidad*, sin embargo, no ha sido definida o conceptualizada para siquiera aproximarnos a saber cuál es su contenido, ¿será que como abarca todas las dimensiones de la persona, es muy complejo establecer una idea concreta de la misma y universalmente aceptada? La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recepta dicha locución en los artículos siguientes: 1 (**dignidad humana**), 2 (**la dignidad**), 3 (**dignidad de la persona**), 4 (**dignidad de la niñez**), y

concebirse, están mancilladas, simplemente vamos a preguntárselo a los Estados dictatoriales, o bien, a los integrantes de la delincuencia organizada o Leviatán<sup>5</sup>.

La afirmación: ¡tú estás violando derechos humanos! es de universal observancia, como son los derechos, ¿por lo que es aplicable a todos los que vivimos en este mundo?

La respuesta, desgraciadamente para algunos, es no<sup>6</sup>.

Podemos discurrir acerca de diversos temas, pero la observancia y respeto de los derechos humanos por parte de todos los que componemos esta gran dimensión, no es igual; lo que es una afrenta para la humanidad<sup>7</sup>.

Debemos aceptarlo de una vez, los derechos han sido mancillados, por la forma en que nuestros instintos y pensamientos se han manifestado y materializado.

Los derechos humanos serán respetados cuando todos los reconoczcamos y asumamos la responsabilidad que nos corresponde cuando por acción u omisión los vulneremos, pues innegablemente estamos sometidos al escrutinio y a la potestad decisoria de la propia

<sup>25</sup> (**dignidad de los individuos**). Al respecto, por contener planteamientos muy interesantes, véase: Gros Espiell, H.: *La Dignidad...*, cit., pp. 193-223.

<sup>5</sup> Thomas Hobbes, utiliza la mencionada palabra bíblica para intitular su obra (*Leviatán: (o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil)*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Décimo cuarta edición, México 2006, pág. 262), en donde entiende que se trata de un gigante con muchos tentáculos o brazos de temible cabecita, refiriéndose propiamente al Estado; aquí ahora nosotros la utilizamos para describir a la delincuencia organizada, cuyo poder es incalculable, sin que ello implique que compartamos la idea de algunos juristas en el sentido de que no puede considerárseles personas o ciudadanos. Véase: Flores Cruz, J.: *Revisión...*, cit.

<sup>6</sup> ... *Los gobiernos que no respetan los derechos humanos se escudan tras él para impedir que sus actividades violatorias de esos derechos sean puestas al descubierto y hechas cesar.* Carrió, G. R.: *Los Derechos...*, cit., pp. 48-49.

<sup>7</sup> La cárcel de Guantánamo es un ejemplo, de muchos, de lo que estamos hablando, así lo ha reconocido la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en algunas de sus resoluciones (véase: Caso: Rasul vs. Bush de 28 de junio de 2004).

humanidad<sup>8</sup>; debemos dirigir nuestros ideales y pensamientos visualizando lo que posteriormente será en la realidad el derecho universal (para algunos internacional) de los derechos humanos, que tienen la misma naturaleza de universalidad.

### **III. Los derechos humanos en la Constitución y en los instrumentos internacionales**

Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a lo que se le denominó: la reforma constitucional en derechos humanos.

De esta manera, si a nivel internacional se hablaba de derechos humanos de primera (civiles y políticos), segunda (económicos, sociales y culturales) y tercera generación (de solidaridad), ahora se debe hablar de un acontecimiento de tal envergadura que marca su historia en nuestro país como un antes y después de ellos, que también viene a constituirse en un aspecto generacional.

Los derechos humanos, reiteramos, fundamentales universalmente reconocidos, vienen a cambiar no únicamente nuestros órdenes jurídicos, sino nuestra concepción de la mujer y del hombre, del mundo y de la vida, estamos en presencia de nuevos horizontes y, por lo tanto, de nuevas filosofías; o bien, si se quiere, ante su ampliación que nos da un panorama más completo

---

<sup>8</sup> Desde un espectro globalizador, todos los derechos humanos, contenidos en instrumentos de origen doméstico e internacional, son considerados como la Carta Magna de la Humanidad, por lo que no únicamente debe entenderse así la Declaración Universal de Derechos Humanos; desde el punto de vista filosófico no debe pasar inadvertido que forman parte de nuestra esencia y de la razón de nuestra existencia.

del que teníamos antes de su reconocimiento expreso en nuestra Constitución.

El aspecto relevante de los derechos humanos es que su visualización quedó atrás mediante una especie de mutación o metamorfosis como todo lo que está sujeto a la dialéctica, siendo ahora una realidad, puesto que con el acto legislativo descrito ahora vienen a ser reconocidos y a formar parte de nuestra Ley Fundamental.

Fueron diversos los aspectos que fueron trastocados en la Constitución por el Decreto de mérito<sup>9</sup>, específicamente el artículo 1º quedó redactado en los términos siguientes:

### *TÍTULO PRIMERO*

#### *CAPÍTULO I*

##### *De los Derechos Humanos y sus Garantías*

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

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

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos*

---

<sup>9</sup> Los artículos que aluden a los temas de derechos humanos, conformadores de dicho Decreto, son los que se mencionan a continuación: 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105.

*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.*

*(...)*

*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.*

En términos del artículo 1º constitucional, ahora se reconocen a favor de las personas también los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, así como las garantías para su protección<sup>10</sup>.

Lo anterior, implica que los tres Poderes de la Unión (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), tienen la obligación de atender a dichos tratados al momento de ejercer las facultades o atribuciones que les han sido encomendadas (crear las leyes, ejecutarlas y aplicarlas, respectivamente).

En consecuencia, corresponderá en primer lugar al Poder Legislativo crear la normatividad correspondiente, atendiendo no únicamente a los derechos y garantías que prevé nuestra Constitución, sino a su vez a lo que establecen al respecto los tratados internacionales; recordemos que no es suficiente el reconocimiento de

---

<sup>10</sup> Es importante señalar que la actuación de nuestras autoridades se encuentra también bajo el escrutinio de organismos internacionales: *Este Tribunal ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, razón por la cual no desempeña funciones de tribunal de cuarta instancia. Ello implica que la Corte no es un*

derechos y garantías, ya que deben existir los mecanismos para su efectivización.

En el ámbito penal, los principios de debido proceso o juicio justo y el de reparación del daño a la víctima y ofendido, deben trascender en forma significativa en la labor legislativa.

Ahora bien, toda norma para ser aplicada debe ser interpretada, por lo que corresponderá al Poder Judicial de la Federación, específicamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>11</sup>, realizar su *interpretación*

---

*tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos. Es por ello que esta Corte ha sostenido que, en principio, ‘corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares’. Lo anterior implica que al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, como la de garantizar que una detención fue legal, existe una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno.* Caso Cabrera García y Montiel Flores (Méjico). Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 220, párr. 16.

<sup>11</sup> También es muy importante la interpretación que llevan a cabo los organismos especializados de derechos humanos de índole internacional. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas sentencias la ha utilizado como sustento de sus argumentos para resolver los temas jurídicos planteados. Véanse, entre otros, los asuntos siguientes: Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes (interés superior del niño); Dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la comisión designada en el expediente 3/2006, integrado con motivo de la solicitud formulada para investigar violaciones graves de garantías individuales. 12 de febrero de 2009. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: María Amparo Hernández Chong Cuy (violación grave de garantías); Amparo directo en revisión 2044/2008. 17 de junio de 2009. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Francisca María Pou Giménez y Roberto Lara Chagoyán (libertad de expresión y derecho a la vida privada); Amparo directo en revisión 1624/2008. 5 de noviembre de 2008. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y

*conforme*<sup>12</sup> a la propia Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos favoreciendo a las personas y pensando en su protección más amplia<sup>13</sup>.

No debe pasar inadvertido que existe la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, debiendo tomar en cuenta los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

De esta manera, no solo corresponde al Poder Legislativo actuar de forma inmediata, sino a todas las dependencias gubernamentales a través de la creación de instrumentos y mecanismos, por ejemplo, protocolos y manuales, para lograr dichos objetivos, así como los cursos de capacitación o preparación de los servidores públicos en aras de culturizar en derechos humanos.

En materia de reparaciones de violaciones a los derechos humanos, el Poder Legislativo deberá ser muy cuidadoso, debiendo crear la normatividad respectiva de

Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán (derechos de la personas que pertenecen a los pueblos indígenas); Amparo en revisión 1922/2009. Met-Mex Peñoles, S.A. de C.V. y otra. 30 de junio de 2010. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Fernando Silva García (acceso a la información y derechos de las personas).

<sup>12</sup> La *interpretación conforme* opera como una cláusula de tutela y garantía de los derechos, recurriendo a las normas de los tratados internacionales de derechos humanos cuando haya necesidad de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos. El efecto que se logra es una ampliación en la protección de los derechos humanos. *Cfr. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores (Revisora).*

<sup>13</sup> Principio pro persona. Dicho principio se define como: *Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Cfr. Pinto, M.: El principio..., cit., p. 163.*

acuerdo a los estándares internacionales, sin soslayar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>14</sup> ha desarrollado una muy importante jurisprudencia a nivel mundial<sup>15</sup>.

#### **IV. La reforma en derechos humanos y el sistema de justicia penal<sup>16</sup>**

##### **4.1 Investigación de los delitos**

###### **1. Policía investigadora y científica (artículo 21 constitucional)<sup>17</sup>**

El actual texto constitucional tiene como finalidad que la investigación de los delitos, no quede a cargo únicamente del Ministerio Público, sino también de los órganos de policía.

<sup>14</sup> El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia emitida en el expediente varios 912/2010 (Radilla Pacheco), de 14 de julio de 2011, consideró: *Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.*

<sup>15</sup> Al respecto, véase: Mondragón Reyes, S.: “La Jurisprudencia...”, cit., pp. 135-149.

<sup>16</sup> El análisis de los derechos humanos, se hace tomando en cuenta el nuevo sistema acusatorio establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 18 de junio de 2008.

<sup>17</sup> *Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta Función...*

Los órganos policíacos estarán bajo el mando y conducción, en su función investigadora, del Ministerio Público, por ende, cuando estimen que se llevó a cabo un delito, deberán hacerlo del conocimiento y denunciarlo ante dicha Representación Social.

Lo que se requiere ahora es una policía investigadora y científica que pueda aportar todos los elementos para que el Ministerio Público acuse a una persona ante el órgano jurisdiccional (en principio, ante el Juez de Control o de Garantías).

Ahora bien, independientemente de los derechos que le asisten al imputado al momento de su detención<sup>18</sup>, el legislador debe ser muy cuidadoso con los que les asisten a las víctimas y ofendidos.

La idea del Constituyente Permanente, al crear el sistema de justicia penal, fue que las policías realizaran sus funciones, con *respeto irrestricto a los derechos humanos*, más cuando en la actualidad se reconocen expresamente en la Constitución.

El Ministerio Público no se va a constituir en el lugar de los hechos para entrevistar a los testigos y a las

<sup>18</sup> Véanse los instrumentos internacionales siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *Artículo 9... 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella...*; Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión: *PRINCIPIO 10. Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella, PRINCIPIO 11... 2. Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde...*; Convención Americana sobre Derechos Humanos: *Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal... 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.... Además: Esta Corte ha establecido que, a la luz del artículo 7.4 de la Convención Americana, la información de los ‘motivos y razones’ de la detención debe darse ‘cuando ésta se produce’,*

víctimas u ofendidos, tampoco, por ejemplo, levantará directamente un cadáver o protegerá y recogerá los vestigios (cadena de custodia), sino que todo eso ya le corresponderá a la policía.

De ahí que sea muy importante que se establezcan, en primer lugar, en el Código Federal de Procedimientos Penales, reglas de actuación y operatividad que rijan la actuación de las policías para que se respeten en todo momento los derechos de los testigos y las víctimas u ofendidos, debiéndose tomar en cuenta la sensibilidad que se debe tener cuando se trata de niñas, niños<sup>19</sup> y mujeres sujetos pasivos del delito, como grupos considerados vulnerables.

La forma en que está diseñado el nuevo sistema de justicia propiciará que, en la mayor parte de los casos, el primer contacto de las personas relacionadas con el drama

*lo cual constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo. Asimismo, esta Corte ha señalado que el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. No se satisface el artículo 7.4 de la Convención si solo se menciona la base legal.*

*Al respecto, la Corte observa que el artículo 7.4 de la Convención alude a dos aspectos: i) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y ii) la notificación, que debe ser por escrito, de los cargos.*

*En el expediente no consta que al efectuar la detención se haya informado a las víctimas sobre las razones en las que se fundamentó su detención, razón por la cual se vulneró el artículo 7.4 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Cabrera y Montiel. Caso Cabrera García y Montiel Flores, cit., párrs. 105 y 106.*

<sup>19</sup> Entre los valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a estos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garanticé el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. párr. 93.

penal, sea con los policías (abordaje inicial), motivo por el cual también es necesario que se creen los protocolos o manuales de actuación, ya que de lo contrario dichos servidores públicos se pueden desfasar en el ejercicio de sus facultades.

Los policías deben llevar a cabo el abordaje de las personas –relacionadas con el drama penal–, fundado en los derechos humanos<sup>20</sup>.

En la práctica de diligencias puede intervenir tanto el Ministerio Público como la policía, por ejemplo, que se tome la declaración a las víctimas u ofendidos, que se les practiquen exámenes o se tomen muestras para realizar algún estudio científico (pericial), con la finalidad de reunir datos que permitan acudir ante el órgano jurisdiccional sosteniendo la posible comisión de un delito y la probable responsabilidad del imputado.

De acuerdo al sistema de justicia penal, la investigación inicialmente es desformalizada, lo que significa que ambos servidores públicos pueden actuar con cierta libertad en la reunión de datos; pero cuando su actuación puede trascender en los derechos del imputado<sup>21</sup>, de los testigos, o bien, de la víctima u ofendido, previa acusación del Ministerio Público, el Juez de Control es el que sigue vigilando la manera en que se desarrolla dicha investigación y autorizando que se lleven a cabo determinadas diligencias, que es precisamente cuando se formaliza.

En estas condiciones, todos ellos deben tomar en cuenta las reglas, normas, protocolos<sup>22</sup> e instrumentos internacionales, para la correcta atención y protección de

<sup>20</sup> Véase: Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos.

<sup>21</sup> Consultar el artículo 20, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>22</sup> Por ejemplo, el Protocolo de Estambul (Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

las personas que se relacionan con el despliegue de una conducta delictiva.

En otro orden de ideas, los nuevos contenidos constitucionales, rompen con el tradicional monopolio del Ministerio Público del ejercicio de la acción penal, puesto que ahora estamos en presencia de una acción penal pública, y otra privada, que pueden ejercer los particulares.

La acción penal privada está reservada para que pueda ejercerla excepcionalmente la víctima o el ofendido, sin perjuicio de que el Ministerio Público pueda intervenir en estos supuestos para salvaguardar el interés público.

De esta manera, la víctima u ofendido puede adherirse a la acusación del Ministerio Público, o puede ejercer dicha facultad de manera autónoma en los casos que determine la ley correspondiente.

Al respecto, debe señalarse que el legislador debe actuar con cautela al momento de crear las normas que regulen dicha figura jurídica, en razón de que si bien la víctima u ofendido pueden acudir directamente ante el órgano jurisdiccional manifestando que se cometió un delito y que determinada persona lo cometió, ello no significa que el Ministerio Público haga caso omiso de las obligaciones que constitucional y legalmente le corresponden; en otras palabras, que abandone al sujeto pasivo del delito desatendiendo el caso.

La circunstancia de que el Ministerio Público inicialmente no quiera actuar y que sí lo haga la víctima u ofendido (ejerciendo la acción penal privada), no diluye las facultades y obligaciones que le corresponden a dicho servidor público, por lo que debe actuar cuando así se requiera.

El legislador también debe ser muy cuidadoso al seleccionar los delitos por los cuales pueda ejercerse la acción penal privada, puesto que deben ser aquellos que

no afectan en grado sumo a la sociedad, como podrían ser los que se persiguen por querella o a instancia de parte agraviada.

## **2. Criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal (artículo 21 constitucional)<sup>23</sup>**

Los criterios de oportunidad, aplicados en el ejercicio de la acción penal, tienen como finalidad que la potestad punitiva del Estado se encuentre dirigida a atender las conductas que causan daño en grado superlativo a la sociedad; no fue creado, por ejemplo, para los delitos de homicidio, violación o de narcotráfico.

Lo anterior, conlleva: eficaz administración de recursos públicos, sortear los problemas económicos y maximizar hasta el máximo los recursos disponibles y la consecución de los objetivos político-criminales deseados.

Mediante los criterios de oportunidad, se autoriza al Ministerio a no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal.

La ley no debe dejar a la discrecionalidad del Ministerio Público el ejercicio de dicha facultad (principio de oportunidad libre), sino que se deben establecer las normas que regulen los casos y condiciones bajo los cuales la autoridad mencionada está autorizada para actuar de esa manera (principio de oportunidad reglada), así estará sujeta a un sistema de controles y se respetará la garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos.

Aquí, también es muy importante que el legislador seleccione cuidadosamente los casos en los que

---

<sup>23</sup> Artículo 21. ... El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la Ley.

el Ministerio Público puede aplicar criterios de oportunidad.

Desde nuestra perspectiva, si bien el Ministerio Público puede aplicar criterios de oportunidad en los casos y términos relatados, el legislador debe establecerle como obligación que en todo momento requiera a la persona quien se cree cometió el delito, para que repare los daños causados a la víctima y ofendido, requisito sin el cual no procedería ejercer dicha facultad.

No debe soslayarse que la reparación del daño a las víctimas u ofendidos, es un derecho humano consagrado en nuestra Constitución (artículo 20, Apartado C, fracción IV, de la Constitución)<sup>24</sup>.

Como la determinación del Ministerio Público, en la que aplica criterios de oportunidad, es un acto de autoridad, debe exigírsele en la ley que la misma esté fundada y motivada; estableciéndose que si la víctima u ofendido no están conformes con la mencionada determinación, podrán impugnarla ante el Juez de Control (artículo 20, Apartado C, fracción VII, constitucional)<sup>25</sup>, dejando a salvo su derecho de reclamar lo que se resuelva al respecto a través del juicio de amparo indirecto.

---

<sup>24</sup> Que se le repare el daño. En los casos que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. A nivel internacional, se cuenta, entre otros, con el instrumento siguiente: Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

<sup>25</sup> Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

### 3. Flagrancia (artículo 16 constitucional)<sup>26</sup>

En relación con la flagrancia, se manejan dos hipótesis, ya que, primero, se establece que cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito y, posteriormente, se alude a que dicha detención se realice inmediatamente después de haberlo cometido, lo que se entiende como cuasiflagrancia.

El legislador trató de acotar los casos de flagrancia únicamente a estas dos hipótesis, puesto que dentro de la doctrina, que en algunos casos ha permeado en la ley, se establecen otras que se denominan flagrancia equiparada, por ejemplo, cuando pasado un lapso de tiempo es detenida la persona con los objetos producto del delito, o bien, cuando pasado dicho lapso, una persona señala a la otra como posible autor del ilícito; por tal motivo, el legislador ahora utiliza las acepciones *en el momento* o *inmediatamente*, con lo que quedan fuera otros supuestos que pudieran presentarse.

En forma estricta, la flagrancia significa que una persona es detenida en el momento en que está cometiendo el hecho delictivo, las demás hipótesis son una derivación de dicha figura jurídica y por ello se les denomina cuasiflagrancia, de las cuales el legislador optó por permitir solo una de ellas, descartando todas las demás que pudieran presentarse, como son las que caen en los supuestos de flagrancia equiparada.

Lo anterior, se traduce en un acto protector hacia los ciudadanos, ya que fuera de esas hipótesis, no pueden

---

<sup>26</sup> 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.

ser detenidos, exigiéndose en la norma constitucional que existirá un registro inmediato de la detención<sup>27</sup>.

Pero fuera de los casos en los que una persona puede ser detenida en flagrancia, lo cierto es que desde el momento de su detención se le deben informar y respetar sus derechos (véanse los derechos contenidos en el artículo 20, Apartado B, constitucional<sup>28</sup>, que son acordes a los que contienen diversos instrumentos internacionales<sup>29</sup>).

#### **4. Arraigo (artículo 16 constitucional)<sup>30</sup>**

El Poder Reformador de la Constitución, estimó pertinente elevar a norma de rango constitucional la figura jurídica del arraigo, sujetándolo a los requisitos siguientes:

- a) La autoridad judicial es quien podrá decretar el arraigo.
- b) Previa petición del Ministerio Público.
- c) Que se trate de delitos de delincuencia organizada.
- d) Se debe llevar a cabo con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale.
- e) No puede exceder de cuarenta días.

<sup>27</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que la prueba de que la detención no ocurrió en situación de flagrancia concurre a establecer la existencia de una violación al artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. *Cfr.* Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri (Perú). Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. párr. 86.

<sup>28</sup> La fracción III de dicho numeral y Apartado, dispone: *A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez, los hechos que le imputan y los derechos que le asisten...*

<sup>29</sup> Por ejemplo, lo que prevén los artículos 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>30</sup> *La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el culpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los 80 días.*

f) Se decretará el arraigo, siempre que sea necesario para:

- El éxito de la investigación,
- La protección de personas o bienes jurídicos,
- O cuando exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia.

En términos del texto constitucional, el plazo de mérito podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen; y que la duración total del arraigo no podrá exceder de los ochenta días.

Por estar en presencia de un acto que restringe o ataca la libertad del ciudadano, el legislador trató de ser muy cuidadoso en establecer los requisitos que se requieren para que pueda decretarse un arraigo; sin embargo, podría cuestionarse el requisito establecido en el inciso d), el cual consiste en que el arraigo se debe llevar a cabo con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale.

El Constituyente Permanente debió haber establecido, en la propia norma constitucional, algunos parámetros que deberá tomar en cuenta el legislador secundario al momento de plasmar en la ley las referidas modalidades, específicamente las de lugar; puesto que no es lo mismo que el arraigo se lleve a cabo en el domicilio del imputado que en los lugares de detención oficiales, en otras palabras, en los separos.

Debe tomarse en cuenta que no se está en el caso de la flagrancia, ni del caso urgente, sino de la detención de una persona que tiene el carácter de imputada, para efectos del éxito de una investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia.

El legislador secundario deberá ser muy cuidadoso al momento de establecer en la ley las modalidades de lugar en que habrá de llevarse a cabo el arraigo.

Lo que también llama la atención es que en la norma constitucional no se establece sanción alguna para las autoridades, por ejemplo, penal o administrativa, para los casos en los que se haya decretado un arraigo sin que hubiese existido motivo jurídico justificado para ello.

No debe pasar inadvertido que la figura jurídica del arraigo ha sido cuestionada nacional e internacionalmente<sup>31</sup>, por incidir directamente sobre los derechos del ciudadano (libertad –personal de tránsito–, presunción de inocencia, integridad y seguridad jurídica, entre otros); por ende, el Constituyente Permanente podría analizar sus fundamentos para establecer si responde a la concepción del derecho internacional de los derechos humanos, acorde con la reforma en la materia<sup>32</sup>.

## **5. Solicitud de órdenes de cateo (artículo 16 constitucional)<sup>33</sup>**

En el texto constitucional, ahora se establece expresamente que la solicitud respectiva debe hacerla el Ministerio

---

<sup>31</sup> Véase: Informe sobre la Visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, 27 de mayo de 2009, en donde entre otras cosas se consideró que la figura del arraigo ha sido anteriormente cuestionada por otros mecanismos y procedimientos de Naciones Unidas; asimismo, se recomendó a nuestro país, eliminar la figura del arraigo, ya que en su concepto es una situación fuera del control judicial que se constituye en un riesgo de sufrir torturas y malos tratos.

<sup>32</sup> En términos similares y más en cuanto a dicho tema: Flores Cruz, Jaime, *Ánalisis sobre la Nomenclatura empleada en el Nuevo Sistema de Justicia Penal prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2012, pp. 39 a 46.

<sup>33</sup> En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse,

Público, y que solo la autoridad judicial (Juez de Control) podrá expedir, suprimiéndose *que será escrita*.

La supresión de la expresión *que será escrita*, del texto constitucional, resulta de suma importancia, ya que ni la solicitud ni la expedición de una orden de cateo, requiere que se hagan por escrito sino que puede hacerse en forma electrónica.

El primer problema al que se enfrentará el jurista es el relativo a que el propio artículo 16 constitucional establece que todo acto de autoridad debe ser emitido por escrito, fundado y motivado; sin embargo, podría decirse que la propia Constitución establece una excepción a que debe constar por escrito; sin embargo ¿qué sucede con la fundamentación y motivación?

Lo anterior es muy importante puesto que si se puede realizar en forma electrónica, ello no implica que el juzgador pueda emitir la orden de cateo sin fundamentación y motivación; debe reunir dichos requisitos y más para que el imputado tenga la posibilidad de impugnarla a través del recurso respectivo y, de ser el caso, reclamarla en el juicio de amparo indirecto.

De esta manera, el legislador tendrá que regular el trámite y requisitos que se requieren para librar una orden de cateo, así como el recurso ordinario que procede en su contra.

## **6. Inviolabilidad de comunicaciones privadas (artículo 16 constitucional)<sup>34</sup>**

En relación con dicho tema, se agrega la posibilidad de que las comunicaciones puedan ser aportadas de forma voluntaria

---

*la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.*

<sup>34</sup> *Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto*

por alguno de los particulares que participen en ella, lo que ya había sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, interpretando el anterior texto constitucional<sup>35</sup>.

Al respecto, el Constituyente Permanente explicó que dicha permisión obedece a que, en algunos casos, uno de los interlocutores o comunicantes graba la conversación que está llevando a cabo con otra persona, pero por la circunstancia de que se está cometiendo un delito, por ejemplo, cuando los secuestradores se comunican con los familiares del secuestrado.

---

*cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de estas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.*

*Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor(...).*

*Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos, carecerán de todo valor probatorio.*

<sup>35</sup> Así lo podemos apreciar en la tesis cuyos datos de identificación, rubro y precedente, a la letra dicen: Novena Época, Registro: 168709, Instancia: Primera Sala, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XXVIII, Octubre de 2008, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a. XCV/2008, Página: 414. **COMUNICACIONES PRIVADAS. NO SE VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A SU INVOLABILIDAD CUANDO LOS PROPIOS INTERLOCUTORES REVELAN EL CONTENIDO DE UNA COMUNICACIÓN EN LA QUE PARTICIPARON Y DE LA CUAL PUEDE DERIVAR EL DESPLIEGUE DE UNA CONDUCTA DELICTIVA (INTERPRETACIÓN DE LOS PÁRRAFOS NOVENO Y DÉCIMO DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS VIGENTE HASTA EL 18 DE JUNIO DE 2008).** Amparo en revisión 481/2008. 10 de septiembre de 2008. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Existen casos en donde en un procedimiento penal se ofrece como prueba dicha comunicación, por lo que los órganos jurisdiccionales las admiten; sin embargo, para el público en general es una probanza ilícita.

El legislador secundario deberá regular detalladamente lo relativo a este tema, puesto que se tratará de grabaciones que son aportadas por uno de los interlocutores o comunicantes, que no puede ser sino la víctima u ofendido; además, para que el Ministerio Público o el Juez, puedan actuar con cautela en la protección de información que sea considerada por la ley como reservada o confidencial<sup>36</sup>.

#### **4.2 Fase intermedia o de preparación al juicio oral**

##### **1. Jueces de Control (artículo 16 constitucional)<sup>37</sup>**

El texto constitucional, ya alude a los Jueces de Control, en otras latitudes también les llaman Jueces de Garantías.

De acuerdo a la redacción actual de la Constitución, dichos Jueces resolverán, en forma inmediata y por cualquier medio, respecto de:

- a) Las solicitudes de medidas cautelares,
- b) Providencias precautorias y
- c) Técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial.

Se convierten en garantes de los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos; exigiéndose

---

<sup>36</sup> Al respecto, se puede consultar, entre otras, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

<sup>37</sup> 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. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

que debe existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

De acuerdo al nuevo sistema de procuración e impartición de justicia, el Ministerio Público, al momento en que lleva a cabo la investigación, ya no tiene libertad absoluta, puesto que está sujeto a las determinaciones que emita el Juez de Control.

La intervención del Juez de mérito es de suma importancia, en razón de que la idea es que resuelva el mayor número de asuntos, mediante los diferentes instrumentos jurídicos, como son los mecanismos alternos de solución de los conflictos penales, el juicio abreviado y suspensión del proceso; pero también trascendente es que se convierte en garante (custodio) de los derechos del imputado y de la víctima u ofendido<sup>38</sup>.

La forma en que se diseñe la normatividad correspondiente es lo que permitirá que el Juez de Control ejerza debidamente la amplia gama de facultades que constitucionalmente le han sido conferidas, específicamente la de protección de los derechos que les asisten a las partes.

Para dicha protección, también es muy importante la creación de protocolos o manuales para la atención, por ejemplo, de las víctimas y ofendidos, principalmente cuando se trata de niñas, niños y adolescentes<sup>39</sup>, así como de mujeres.

<sup>38</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que: (...)el Estado para garantizar un debido proceso, debe facilitar los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos. Caso Myrna Mack Chang (Guatemala). Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 101. párr. 199.

<sup>39</sup> Véase: Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Afecten a Niñas, Niños y Adolescentes, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2012; así como la Declaración de los Derechos del Niño.

## **2. Impugnación de las determinaciones del Ministerio Público (artículo 20, Apartado C, fracción VII, constitucional)<sup>40</sup>**

En beneficio de la víctima u ofendido, se amplió el alcance del derecho a impugnar las determinaciones del Ministerio Público, procediendo en los casos siguientes:

- Omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos.
- Resoluciones de reserva.
- No ejercicio de la acción penal.
- Desistimiento de la acción penal.

Durante el procedimiento:

- Suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Las determinaciones anteriores, pueden emitirse en desdoro de los derechos de las víctimas u ofendidos, por lo que el legislador secundario al crear las normas, deberá estar atento a la situación en la que se encuentran con motivo de la comisión del delito, evitando en todo momento la doble victimización<sup>41</sup>.

## **3. Orden de aprehensión (artículo 16 constitucional)<sup>42</sup>**

De acuerdo a los nuevos contenidos del artículo 16, para que pueda librarse la orden de aprehensión, es necesario

<sup>40</sup> *Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.*

<sup>41</sup> Caso Baldeón García (Perú). Sentencia de 6 de abril de 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 147. párr. 146. *El Estado debe garantizar a las víctimas que puedan formular sus pretensiones y presentar el acervo probatorio correspondiente, en todas las etapas de que se compone el procedimiento, el cual debe ser analizado por la autoridad en forma completa y seria, antes de que resuelva sobre los hechos, responsabilidades, penas y reparación del daño.*

<sup>42</sup> *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,*

que el delito que se le atribuye al indiciado se sancione con pena privativa de libertad.

Además, ya no se exige que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad, sino que, ahora, obren datos que se ha cometido un hecho y que exista la posibilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

El legislador, ahora utiliza una nueva nomenclatura, mediante la cual flexibiliza los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión, en razón de que ya no exige un estudio pormenorizado de todos los contenidos que componen las figuras delictivas descritas en la ley, sino que alude a datos que conduzcan a establecer que se cometió un hecho (delictivo).

Ahora bien, en la ley se deberá establecer cuál debe ser el estándar que deben reunir los datos que sustenten una orden de aprehensión, en razón de que en el nuevo sistema de justicia únicamente se van a considerar pruebas, las que se desahoguen en la audiencia del juicio oral, y las que se recaben en la fase de investigación se estimarán datos o elementos; esto es importante, puesto que el Juez de Control no va a tener a la vista la carpeta de investigación (expediente del Ministerio Público) para resolver lo que en derecho proceda, sino únicamente lo plasmado por la Representación Social en la solicitud de orden de aprehensión<sup>43</sup>.

---

*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 inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.*

<sup>43</sup> Al respecto, se deben tomar en cuenta los instrumentos internacionales siguientes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 9. 1. *Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie*

#### **4. Mecanismos alternativos de solución de controversias (artículo 17 constitucional)<sup>44</sup>**

Dichos mecanismos (mediación, conciliación y arbitraje), tienen como finalidad que exista un arreglo entre la persona que despliega una conducta delictiva y la víctima o el ofendido; buscando, de esta manera, que se repare el daño lo más pronto posible.

*podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta(...); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad; Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal(...) 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios(...); Estatuto de la Corte Penal Internacional: Artículo 55. Derechos de las personas durante la investigación*

*1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto:(...) d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él(...) En lo relativo a dicho estatuto el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la parte que interesa, establece: El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. El Estado mexicano ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en la capital italiana el 17 de julio de 1998; el 31 de diciembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el cual se promulgó dicho Estatuto, por lo que constituye normatividad vigente en el ordenamiento jurídico mexicano. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Febrero de 2012, p. 650, Tesis: 1a. X/2012 (10a.), Registro No. 2000209.*

*<sup>44</sup> Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*

El Constituyente Permanente estimó que era necesario regular su aplicación por parte de los operadores de la ley, en atención a la naturaleza de los derechos tutelados y los que pueden ser renunciables; y en todos los casos, de forma ineludible, será necesario que se cubra previamente y en su totalidad la reparación del daño para que proceda, este es un reclamo social añejo que debe ser atendido. Y que en atención a las dos características antes anotadas, las formas de justicia alternativa de índole penal necesitarán la revisión de la autoridad en su cumplimiento, en beneficio de las víctimas y los ofendidos, y por ello se considera prudente la creación de un supervisor judicial que desarrolle dichas funciones.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias fueron diseñados para aquellos delitos que no impactan profundamente en la sociedad, es decir, para los que al no ser graves, permiten que el sujeto activo y el sujeto pasivo solucionen la controversia originada por la comisión de los delitos, por ejemplo, los delitos culposos o de querella; es impensable esta figura jurídica para los delitos de homicidio calificado, violación, por señalar solo algunos.

Existen casos en los que la víctima o el ofendido se encuentran más interesados en que se repare el daño causado; por tal motivo, ahora la norma constitucional permite que puedan llegar a un acuerdo o celebrar un convenio con el sujeto activo, para esos efectos; de ahí que las diversas formas de solución, en algunos casos, requieran de supervisión judicial.

Tema que trasciende en la impartición de justicia, ya que no todos los casos tendrán que resolverse por la vía judicial, disminuyendo la carga de trabajo en ese sentido.

De acuerdo a lo relatado, el punto neurálgico lo constituye la reparación del daño por parte del imputado,

por lo que el legislador secundario, al regular los medios alternativos, tendrá que fijar como obligación ineludible para que procedan, el que se resarzan los daños ocasionados a la víctima u ofendido, requisito sin el cual no podrá tener validez ningún acuerdo celebrado entre las partes<sup>45</sup>.

## **5. Auto de vinculación a proceso (artículo 19 constitucional)<sup>46</sup>**

El texto actual de la Constitución sustituyó la figura jurídica del auto de formal prisión o sujeción a proceso, por el diverso auto de vinculación a proceso<sup>47</sup>.

El Constituyente Permanente consideró que vinculación únicamente se refiere a la información formal que el Ministerio Público realiza al indiciado para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por

---

<sup>45</sup> Los mismos comentarios que se hicieron al analizar el tema de los criterios de oportunidad, son aplicables al caso.

<sup>46</sup> *Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

(...)

*El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decrete la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.*

<sup>47</sup> En legislaciones de otros países, por ejemplo Chile y Colombia, no se contempla la figura jurídica del auto de vinculación a proceso.

los que se sigue una investigación y para que el Juez intervenga para controlar las actuaciones que pudiera derivar en la afectación de un derecho fundamental.

No obstante que dicho cambió de nomenclatura obedeció a que el vocablo *sujeción* denota una coacción hacia la persona, se puede apreciar que algunos de los requisitos que se contemplaban para emitir un auto de formal prisión, ahora son diferentes para el dictado del auto de vinculación a proceso.

Los requisitos que se exigen para el dictado de un auto de vinculación a proceso, que también se requerían para el auto de formal prisión, son los siguientes:

- a) El delito que se impute al acusado.
- b) El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución.

En donde cambian los requisitos, es cuando se alude a datos necesarios para emitir el auto de vinculación, puesto que se establece:

- c) Los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito.
- d) Que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.<sup>48</sup>

## **6. Prisión preventiva: a solicitud del Ministerio Público y la que se decreta oficiosamente (artículo 19 constitucional)<sup>49</sup>**

Desde hace muchos años, se ha cuestionado lo relativo a la prisión preventiva y a los efectos que causa en la persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho delictivo, asimismo, en su gran gama de derechos.

---

<sup>48</sup> Al respecto, véase el comentario que se hizo en relación a la orden de aprehensión, prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>49</sup> *El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia*

Los juristas ponen de manifiesto que una persona no puede ser privada, aunque sea preventivamente, de su libertad, sin que exista una sentencia en la que se le declare plenamente responsable; lo que se traduce en el principio de presunción de inocencia<sup>50</sup>.

El principio de presunción de inocencia implica que una persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario<sup>51</sup>.

La privación preventiva de la libertad<sup>52</sup>, en nuestro concepto, debe ser la excepción dentro del procedimiento

---

*del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.*

<sup>50</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto consideró: *Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos. Caso Suárez Rosero (Ecuador). Sentencia 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 36. párr. 77.*

<sup>51</sup> Dicho principio fundamental se prevé en los artículos 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>52</sup> El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señala: 1. *El artículo 9 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que trata del*

penal<sup>53</sup>, por lo que parece ser que ese es el espíritu que inspira al Constituyente Permanente, puesto que en la Constitución se señala que procederá *cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para...*, estableciendo diversos supuestos.

La propia Constitución maneja dos hipótesis para proceder a decretar la prisión preventiva, a saber: a solicitud del Ministerio Público y puede hacerlo el Juez oficiosamente.

a) Cuando es a solicitud del Ministerio Público, siempre que las medidas cautelares no sean suficientes para:

- Garantizar la comparecencia del imputado en el juicio.
- El desarrollo de la investigación.
- A protección de la víctima.

*derecho a la libertad y a la seguridad personales, ha sido interpretado con frecuencia de forma bastante estricta en los informes de los Estados Partes, que por lo tanto han aportado una información incompleta. El Comité señala que el párrafo 1 es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc. Es cierto que algunas de las disposiciones del artículo 9 (parte del párrafo 2 y todo el párrafo 3) son aplicables solamente a las personas contra las cuales se hayan formulado acusaciones penales. El resto, en cambio, y en particular la garantía fundamental estipulada en el párrafo 4, es decir, el derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que este decida sobre la legalidad de su prisión, se aplica a todas las personas privadas de libertad por detención o prisión. Además, los Estados Partes tienen, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2, la obligación de garantizar que se ofrezca un recurso efectivo en otros casos en que una persona alegue que ha sido privada de libertad en violación del Pacto. Observación General No. 8, párr. 1, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Artículo 9 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales, 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 147 (1982).*

<sup>53</sup> Nosotros hemos propugnado, desde hace varios lustros, que los ciudadanos enfrenten en libertad un procedimiento penal. Véase: Flores Cruz, J.: *La Libertad...*, cit., pág. 77.

- La protección de los testigos o de la comunidad.
- Cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Estos son los casos en que procederá la prisión preventiva, cuando es a solicitud del Ministerio Público.

De acuerdo al Poder Constituyente, para los efectos de evitar los excesos cometidos hasta ahora con la prisión preventiva, se acordó establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de este instituto; asimismo, que la aplicación de medidas cautelares, las cuales son auténticos actos de molestia, procederá únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de protección de las víctimas.

También alude a que este nuevo diseño es acorde con el principio de presunción de inocencia, puesto que se ha hecho notar la inevitable antinomia que supone afectar los derechos de las personas sometiéndolas a prisión preventiva, sin que antes se haya derrotado su presunción de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso.

Que otro de los elementos que se debe tener en cuenta es que las medidas cautelares sean proporcionales, tanto al delito que se imputa como a la necesidad de cautela; además, que las medidas cautelares se deberán regir por el principio de subsidiariedad: se debe optar por aquella medida cautelar que sea lo menos intrusiva para la esfera jurídica de los particulares.

b) En relación a la prisión preventiva, decretada oficiosamente por el Juez, se establecen los supuestos siguientes:

- En los casos de delincuencia organizada.

- Homicidio doloso.
- Violación.
- Secuestro.
- Trata de personas.
- Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos.
- Delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Fuera de estos casos, no procede decretar la prisión preventiva en contra de una persona.

Como se puede apreciar, en tratándose de la prisión preventiva, se les da un trato diferenciado a los casos de delincuencia organizada y de delitos graves.

De lo que se trata con el texto actual, es que en los casos de delincuencia organizada proceda la prisión preventiva y que con la descripción de los delitos graves a nivel constitucional, el legislador ordinario, al crear las normas, se ciña a los expresamente descritos, sin que pueda incluir otros, ya que iría en contra de la voluntad del Poder Reformador, en el sentido de que dicha clase de delitos fueran excepcionales.

El Constituyente Permanente consideró que hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas, se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva.

Si la intención del Poder Constituyente es que la prisión preventiva sea la excepción, como así se considera a nivel internacional conforme a los

Tratados<sup>54</sup>, el legislador secundario deberá seguir la misma tendencia al seleccionar los delitos que se van a estimar cometidos con medios violentos y como graves, ya que de lo contrario, en la mayor parte de los casos el imputado tendrá que enfrentar el proceso privado preventivamente de su libertad, lo que haría nugatoria la norma constitucional de que se trata así como los instrumentos internacionales.

<sup>54</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al respecto, establece: *Artículo 9... 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo(...);* el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, dispone: *PRINCIPIO 39: Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención: por su parte, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), se prevé: II. Fase anterior al juicio(...) 6. La prisión preventiva como último recurso, 6.1 En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima. 6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano. 6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva; asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se señala: Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal(...) 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio(...)*

## **7. Reglas relacionadas con la prisión preventiva (artículo 20, Apartado B, fracción IX, constitucional)<sup>55</sup>**

En la mencionada fracción, se establecen diversas reglas relacionadas con la prisión preventiva, siendo las siguientes:

- No podrá exceder el máximo de pena privativa de libertad del delito de que se trate (que ya existía en el texto anterior).
- No podrá ser superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

En el caso de que no se haya dictado sentencia, en dicho término, el imputado será puesto en libertad de inmediato, pero no absoluta, sino mientras se sigue el proceso, pudiéndose imponer otras medidas cautelares.

Las reglas anteriores no pueden ser desconocidas por el legislador secundario, puesto que, como otras, se sustentan en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y diversos instrumentos internacionales<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

*La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.*

*En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.*

<sup>56</sup> Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expuso: *La prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice los principios generales del derecho universalmente reconocidos.* Caso Acosta Calderón (Ecuador). Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129. párr. 111.

## **8. La ley determinará los casos para revocar la libertad (artículo 19 constitucional)<sup>57</sup>**

Al respecto, se tomó en cuenta que la decisión sobre medidas cautelares es revisable, por lo que se prevé que se podrá revocar la libertad de los individuos ya vinculados a proceso, cuando se acrediten los extremos previstos en la propia Constitución y de conformidad con lo que disponga la ley.

Como en otros casos, si la Constitución está dejando que en la ley secundaria se establezcan las causas por las que se podrá revocar la libertad de una persona que está vinculada a proceso, el legislador tendrá que ser muy cuidadoso al crear las normas respectivas; se deben tomar en cuenta las obligaciones que contrae la persona imputada con el órgano jurisdiccional y con la víctima u ofendido, así como la consecuencia jurídica de su falta de cumplimiento.

## **9. Suspensión del proceso y de los plazos para la prescripción de la acción penal, una vez dictado el auto de vinculación por delincuencia organizada (artículo 19 constitucional)<sup>58</sup>**

El Constituyente Permanente estableció en la Constitución reglas específicas para el caso en el que con posterioridad al dictado del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada, el culpado se evade de la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro Juez que lo reclame en el extranjero, por lo que se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

---

<sup>57</sup> *La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.*

<sup>58</sup> *Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el culpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.<sup>5</sup>*

Con independencia de que la finalidad de dichas normas constitucionales es evitar que los procesados por delincuencia organizada se sustraigan con facilidad a la acción de la justicia, no debe desconocerse que es incuestionable su carga ideológica.

El Derecho Penal de Excepción o Paralelo (Derecho Penal del Enemigo), no es muy aceptado a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; nuestro país tendrá que ver la forma de adoptar medidas en contra de la delincuencia organizada que sean acordes a los Estados Constitucionales de Derecho.

El problema que apreciamos es que a nivel internacional se han creado instrumentos que protegen los derechos humanos y, también, que tienden a disminuir dichos derechos cuando se trata de las personas que integran la mencionada clase de delincuencia, adoptándose políticas criminales en tal sentido, puesto que se han reflejado en los postulados constitucionales y en las leyes secundarias<sup>59</sup>.

De esta manera, existe una colisión inevitable de normas de origen doméstico e internacionales, que apuntan en sentidos diferentes, porque unas reconocen y son protectoras de los derechos humanos y otras tienden a disminuirlos.

Ante este panorama, tal vez la *interpretación conforme* (a los instrumentos internacionales de derechos humanos) es la que podría ayudar a resolver la problemática de mérito.

Asimismo, se podría buscar algún mecanismo para resolver las antinomias que surgieran entre las normas

---

<sup>59</sup> Véanse: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de nuestro país.

de mérito, sin olvidar la importancia que tiene el sistema relativo al control de convencionalidad<sup>60</sup>.

### **10. De las sentencias que puede emitir el Juez de control, como forma de terminación anticipada del proceso (artículo 20, Apartado A, fracción VII, constitucional)<sup>61</sup>**

El Constituyente Permanente, señala que una vez iniciado el proceso penal, se podrá decretar su terminación anticipada, si el imputado no se opone, en las condiciones que establezca la ley para tal efecto. En caso de que admita su participación en el delito, aunado a que existan medios de convicción suficientes para corroborar su imputación, el Juez deberá citar a una audiencia para dictar sentencia. Se remite a la ley para establecer los beneficios que podrán otorgarse por ello.

Lo anterior se relaciona con el denominado proceso abreviado, el cual se tramita y resuelve ante el Juez de Control, cuando el imputado acepta su participación en el delito, en otras palabras, cuando confiesa que lo cometió, evitando con ello que el asunto se ventile y resuelva en el juicio oral.

En otras latitudes, se le llama negociación de la pena, puesto que el Ministerio Público promete al imputado que si confiesa haber cometido el delito, pedirá al Juez (de Control), que le imponga una pena más baja que la que solicitaría si el asunto se fuera a un juicio oral.

---

<sup>60</sup> Es de suma importancia analizar lo que expone Sagüés, N.: “Obligaciones...”, cit., págs. 117-136.

<sup>61</sup> Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del imputado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al imputado cuando acepte su responsabilidad.

La aceptación de cargos o confesión trae consigo muchos problemas, puesto que implica la renuncia por parte del imputado a ser juzgado en una audiencia (juicio oral) en donde pueda contradecir a su contraparte (contradicción) ante un juez (inmediatez) y a ser sentenciado con pruebas que se hayan desahogado dentro de la misma (concentración, continuidad).

Los derechos del imputado, ceden ante la celeridad del proceso, lo que no es muy aceptable desde el punto de vista garantista; más cuando los datos o elementos aportados por el Ministerio Público, recabados durante la investigación, se convierten en pruebas para que dicte la sentencia el Juez de Control, surgiendo el problema de cuál es la prueba mínima o estándar que se requiere para ello<sup>62</sup>.

De esta manera, lo que se podría reflexionar, es si puede existir una renuncia de derechos (debido proceso o juicio justo) y de ser el caso, cuál es el estándar probatorio que se exigirá en la ley para que se dicte una sentencia condenatoria en un proceso abreviado<sup>63</sup>.

Por otra parte, el legislador secundario no deberá soslayar que si el caso se tramita mediante el proceso abreviado, con todo lo que ello implica, y se dicta sentencia que no podrá ser otra que condenatoria, deberá regular lo relativo al pago de la reparación del daño.

---

<sup>62</sup> No debemos olvidar, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien analiza el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo al principio de presunción de inocencia, señala que: (...) *una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.* Caso Cabrera García y Montiel Flores, cit., párr. 183.

<sup>63</sup> En relación a este tema, es interesante lo que escribe Bazzani Montoya, Dario, “Poderes de Control del Juez en la Terminación Anticipada del Proceso por Acuerdo y Aceptación de Cargos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Vol. 30 No. 89, Editorial Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2009, Págs. 147-162.

No puede dejar desprotegido a la víctima u ofendido, puesto que la propia Constitución le impone dicha obligación, al establecer en su artículo 20, Apartado C, fracción IV, que (...)el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria(...), lo que debe ser materia de regulación en la ley en tratándose de esta forma de terminación anticipada del proceso.

#### **4.3 Juicio Oral**

##### **1. Juzgamiento en audiencia pública (artículo 20, Apartado B, fracción V, constitucional)<sup>64</sup>**

En dicha fracción, se establece que tratándose de delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas; sin soslayar el derecho del imputado de objetarlas o impugnarlas y de ofrecer las pruebas correspondientes.

Si bien desde el proceso legislativo que originó la creación del nuevo sistema de justicia penal, se alude al aspecto de la publicidad, el legislador secundario deberá tomar en cuenta las limitaciones que al efecto existen, como por ejemplo, en los instrumentos internacionales siguientes:

---

<sup>64</sup> Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad solo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

*En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.*

## **Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)<sup>65</sup>**

El artículo 1 dispone que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Asimismo, el artículo 8 señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Destaca, en relación al principio de publicidad, lo que prevé el diverso artículo 10, puesto que establece que toda

---

<sup>65</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación, para fundar sus resoluciones, ha aplicado instrumentos de origen internacional que no son propiamente tratados internacionales, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos. Véanse los casos siguientes: Amparo directo en revisión 813/2003. Arturo Eduardo Cervantes y Cervantes. 8 de agosto de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Sofía Verónica Ávalos Díaz; Amparo en revisión 303/2007. Miguel Sarre Iguíniz. 20 junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías; Amparo en revisión 173/2008. Yaritza Lissette Reséndiz Estrada. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar; Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoria de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías; Amparo en revisión 220/2008. Alma Rosa Sandoval Rodríguez y coagredidos. 19 de junio de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero, Sofía Verónica Ávalos Díaz, María Marcela Ramírez Cerrillo, Carmen Vergara López, Gustavo Ruiz Padilla y Luciano Valadez Pérez; Amparo directo en revisión 2044/2008. 17 de junio de 2009. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Francisca María Pou Giménez y Roberto Lara Chagoyán.

La Declaración de mérito, constituye una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas con naturaleza de recomendación, que no tenía carácter de obligatoriedad. En nuestro concepto, por la importancia de dicho instrumento y su influencia en otros de diversa índole (nacionales –artículo 6º de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información– e internacionales), debe tomarse en cuenta con base en la costumbre internacional.

persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

El principio de publicidad, en materia penal, también se encuentra plasmado en el artículo 11, punto 1, al señalar que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

En cuanto a los derechos del ciudadano específicamente considerados, el artículo 12 dispone que 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; asimismo, que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Por su parte, el artículo 19 preceptúa que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

El diverso artículo 29, punto 2, prevé que en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás.

Finalmente, el artículo 30 establece que nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un

grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

### **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)**

En cuanto al tema objeto de estudio, en concreto al principio de publicidad, el artículo 14, punto 1, señala que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

El instrumento que se analiza, en su artículo 17, dispone que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

También, en su artículo 19 señala que nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones; que 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; asimismo, que 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.

En relación a la esfera de derechos de las niñas y los niños<sup>66</sup>, el artículo 24, punto 1, preceptúa que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

### **Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)**

En dicho instrumento internacional, destaca lo previsto en el artículo 8, punto 5, en el sentido de que el proceso

---

<sup>66</sup> Aludimos a niñas y niños, puesto que las normas en comento se refieren a ambos y de conformidad con lo que establece la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia<sup>67</sup>.

Asimismo, destacan por su importancia los postulados contenidos en el artículo 11, en relación con que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; 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; y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

En cuanto a la libertad de pensamiento y de expresión, el artículo 13 dispone que 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; que 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, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Que no se puede restringir el derecho de expresión por vías a medios indirectos, tales como el abuso de

---

<sup>67</sup> Conviene recordar, que con dicho principio se trata de evitar que la aplicación de la justicia reciba interferencias de la opinión pública en la sociedad en que está inmersa. En otro orden de ideas, véase lo considerado por la Corte Interamericana de derechos Humanos: Caso Lori Berenson Mejía (Perú). Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119. párr. 198.

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 impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Además, que 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.

Es importante en grado sumo, lo señalado en el artículo 14, en el sentido de que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley; que en ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades, legales en que se hubiese incurrido; y que para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

En cuanto a los derechos de las niñas y de los niños, en el artículo 19 se dispone que todo niño<sup>68</sup> tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

---

<sup>68</sup> Al respecto, también véase la Convención sobre los Derechos del Niño: artículo 16— 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.— 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

En el artículo 25, punto 1, se prevé que 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. Sentencias que ponen fin a los procedimientos orales (artículo 17 constitucional)<sup>69</sup>**

Desde hace tiempo, existe la discusión en el sentido de si las sentencias deben elaborarse para que sean entendidas únicamente por los juristas, o también por los sentenciados.

Ahora, para terminar con dicha discusión, se exige que las sentencias sean explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

El legislador secundario, con la finalidad de que se respeten las garantías de legalidad, seguridad jurídica, acceso a la justicia, acceso a la información y de transparencia, entre otras<sup>70</sup>, deberá plasmar en la ley lo que al respecto se comenta, puesto que todos los asistentes a la audiencia deberán saber cuáles fueron los motivos por los que se dictó una sentencia absolutoria o condenatoria (se consideran vigilantes de los actos de la autoridad); asimismo, si es que fue condenatoria, para que el sentenciado se entere de los motivos<sup>71</sup> por los cuales

---

<sup>69</sup> *Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.*

<sup>70</sup> Véase: Kühne Peimbert, C.: *Lenguaje...,* cit.

<sup>71</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el tema de la motivación, señaló: ... *protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las*

se le declaró plenamente responsable y de la pena que le fue impuesta, y la víctima u ofendido, del monto a que asciende la reparación del daño, para que cada quien pueda impugnar en la segunda instancia, a través del recurso correspondiente, lo que les cause perjuicio<sup>72</sup>.

### **3. Principio de proporcionalidad de las penas (artículo 22 constitucional)<sup>73</sup>**

En el texto constitucional actual, se contempla uno de los principios más importantes en el ámbito penal, que es del denominado principio de proporcionalidad.

La coacción penal se ha hecho manifiesta desde principios de la humanidad para castigar conductas que dañan en grado superlativo al sistema y estructura sociales.

Cuando la conducta de la persona causa disfuncionalidad en los referidos sistema y estructura, el Estado debe reaccionar para protegerlos; el grado de reacción se medirá de acuerdo al impacto que causen dichas conductas.

El Derecho Penal tiene su basamento en el ius puniendo, pero debe destacarse que a su vez forma parte del Poder Estatal.

El Estado debe crear un orden jurídico, en razón de que es la base fundamental de la convivencia humana en toda sociedad; dentro de ese orden jurídico, claro está, se encuentra el Derecho Penal.

---

*decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática(...)* Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) (Venezuela). Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. párr. 77.

<sup>72</sup> Son interesantes las recomendaciones plasmadas en el Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, Ministerio de Justicia, España, 2011, así como todos los documentos que han elaborado.

<sup>73</sup> *Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.*

En épocas pasadas, el ius puniendi era omnímodo y omnipotente, con el paso del tiempo se le fueron estableciendo limitantes, principalmente a nivel constitucional.

De esta manera, para castigar una conducta que causa disfunción en la sociedad, el Estado previamente debe acudir a las medidas menos gravosas para hacerle frente; por ende, se consideró que se debía acudir al Derecho Penal, cuando otras medidas fracasaran.

Desde sus orígenes y hasta nuestros días, quienes se han encargado de crear el sistema jurídico, específicamente el Poder Legislativo, se preguntan cuánta pena le corresponde a cada una de las conductas descritas como delitos en la ley penal.

Los excesos en los que se incurrió al respecto, motivaron que en la ciencia del Derecho Penal se desarrollara, entre otros, el principio de proporcionalidad, el cual vino a constituir una limitante a la potestad punitiva del Estado en lo relativo al ius penale, esto es, en la creación del Poder Legislativo materializándose en leyes.

Este principio de proporcionalidad ha sido desarrollado más ampliamente por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia administrativa, específicamente en lo relativo a las cuestiones fiscales, aun cuando también respecto a la garantía a la tutela jurisdiccional y del principio constitucional de igualdad.

En la materia penal, no han sido muchos los casos en donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se haya pronunciado con relación al principio de proporcionalidad<sup>74</sup>, pero no por ello se le ha restado la

---

<sup>74</sup> Véase: Décima Época, Registro: 160280, Instancia: PRIMERA SALA, Tipo Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Localización: Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 3/2012 (9a.), pág. 503.PENAS. PRINCIPIO

importancia que tiene para un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es nuestro país.

En efecto, son pocos los asuntos en donde se ha ejercido el control constitucional sobre los actos del Poder Legislativo respecto de si, en el ejercicio de sus facultades, ha respetado el principio de proporcionalidad al momento de crear los delitos y las penas así como las medidas de seguridad, o bien, cuando se ha ejercido dicho control que motivara el análisis de la proporción entre delito y pena.

No debe soslayarse que dicho panorama jurisdiccional fue propiciado por la falta de una regulación expresa del principio de proporcionalidad en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Poder Legislativo decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas, de ahí que se hable del principio de autonomía legislativa; no obstante, cuando ejerce dicha facultad o atribución no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe atender, principalmente, a los postulados contenidos en la Constitución.

---

DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional –la legislación penal no está constitucionalmente exenta–, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al indicado principio constitucional.

Lo que hace manifiesta la importancia de que la actuación del legislador secundario, en los términos descritos, se encuentre sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional, ya que la decisión que se emita al respecto habrá de depender, de ser el caso, del respeto irrestricto al principio de proporcionalidad<sup>75</sup>.

#### **4.4 Ejecución de la sentencia**

##### **1. Autoridad judicial: imposición de penas, modificación y duración (artículo 21 constitucional)<sup>76</sup>**

Como ya se establecía en el anterior texto constitucional, se alude a que la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, pero ahora se agrega que dentro de dicha facultad también se encuentra la de modificar y establecer la duración de dicha pena.

De acuerdo a lo anterior, en primer lugar, se resuelve una añeja problemática sobre la intervención de las autoridades penitenciarias (administrativas) en la modificación de la pena que compurgaba una persona; en segundo lugar, con dicha porción normativa se pretende que todo lo relativo a la pena (imposición, modificación y duración), sea decidido por un órgano jurisdiccional, de ahí que también se tenga presente a un Juez de Ejecución de Sanciones.

Desde nuestra perspectiva, si bien se le reconocen expresamente sus facultades al órgano jurisdiccional para imponer las penas, modificarlas o establecer su duración en términos del artículo 21 constitucional, su función resulta más trascendental, puesto que tendrá que vigilar que se respeten los derechos fundamentales y penitenciarios de los sentenciados.

---

<sup>75</sup> Cfr. Flores Cruz, J.: “El principio...”, cit., pp. 121 a 146.

<sup>76</sup> La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

El Juez de Ejecución de Sanciones es el órgano en cuyas manos está humanizar la ejecución de las penas y velar porque se respeten los derechos referidos, en razón de que la pena ya no puede entenderse en su tendencia absolutista de retribución, sino de prevención general y especial; es quien debe garantizar un nivel mínimo de humanidad en el trato de todo sentenciado.

La ejecución de sanciones no puede concebirse abstrayendo del conocimiento y vigilancia del Juez los derechos fundamentales y penitenciarios que le corresponden a los sentenciados; ambos aspectos se encuentran estrechamente, por no decir indefectiblemente, vinculados.

La tendencia actual es que la ejecución de las sentencias es parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que deberá tomar en cuenta el legislador<sup>77</sup>.

## **2. Organización del sistema penitenciario (artículo 18 constitucional)<sup>78</sup>**

El sistema penitenciario, de todas las latitudes, ha sido criticado, en razón de que se considera que no cumple con ninguna función respecto de las personas que compurgan una pena.

El Constituyente Permanente hace énfasis en que la asignación de recursos es muy importante para resolver la problemática de mérito, ya que se reconoce que: *en las prisiones no existen las condiciones necesarias para que los reclusos ejerzan ninguno de esos derechos.*

---

<sup>77</sup> Ver: Ojeda Velázquez, J.: “Los Jueces...”, cit., pp. 235 y 236.

<sup>78</sup> *El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte(...) Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.*

Asimismo, advirtiendo que los reclusos no tienen acceso al derecho a la salud, estimaron conveniente elevarlo a norma de rango constitucional<sup>79</sup>.

Los derechos humanos, de acuerdo a la reforma constitucional, también irradian el sistema penitenciario, por lo que es conveniente que el legislador al crear la ley, tome en cuenta lo siguiente:

Es universalmente aceptado que el ciudadano sancionado por haber desplegado una conducta penalmente relevante, sigue conservando diversos derechos que siguen incólumes por no haber sido afectados precisamente con la imposición de dicha sanción.

En otras palabras, el ciudadano que ha sido condenado a una pena o medida de seguridad, sigue conservando derechos que deben ser respetados por las autoridades gubernamentales, son inherentes a su condición humana, aun cuando los mencionados derechos puedan verse disminuidos hasta su última expresión, como en el caso de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, quienes reciben un trato diferente o especial, tal y como lo podemos apreciar en nuestra Constitución.

El sistema penitenciario, de conformidad con el artículo 18 constitucional, estaba basado en cinco ejes fundamentales: el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte; cuya finalidad es lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad, procurando que no vuelva a delinquir.

Ahora se agrega, el respeto a los derechos humanos<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Véase: Principios de Ética Médica aplicables a la Función del Personal de la Salud, especialmente los Médicos, en la Protección de las Personas Presas y Detenidas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (Principios de Ética Médica).

<sup>80</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló: (...)que frente a las personas privadas de su libertad, el Estado se encuentra en una posición

Cada uno de los ejes descritos, son derechos de los sentenciados que se desdoblan en muchos más, que deben ser observados en la compurgación de sanciones, por lo que normativamente la vigilancia para su cumplimiento irrestricto debe encargarse a un ente del propio Estado, ahora jurisdiccional, denominado, se reitera, Juez de Ejecución de Sanciones.

### **3. Principio de reinserción (artículo 18 constitucional)<sup>81</sup>**

En el artículo 18, se cambió el principio de readaptación social, por el principio de reinserción; ambos principios no significan lo mismo.

El principio de reinserción no persigue cambiar al sentenciado para reintegrarlo a la sociedad, ya que lo único que busca es que la persona no vuelva a delinquir.

Cuando la pena llega a ejecutarse, se debe perseguir como uno de sus postulados fundamentales, ofrecerle a la persona una nueva oportunidad de que lleve en el futuro una vida que sea socialmente adecuada a la sociedad y sin más penas, esto se logra, mediante la readaptación social o resocialización de la persona.

De no seguir este principio, la pena tendría un sentido eminentemente retribucionista, ya que su función sería únicamente retribuir un mal con un mal; cuando la readaptación persigue que el sujeto, al momento de

---

*especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. En este particular contexto de subordinación del detenido frente al Estado, este último tiene una responsabilidad especial de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables (o que dejen a salvo sus derechos, véase: Caso Instituto de Reeducación del Menor (Paraguay). Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 152.*

<sup>81</sup> *El sistema penitenciario se organizará sobre la base(...) como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley(...).*

compurgar su pena y obtenga nuevamente su libertad, ya no cause más perjuicio a la sociedad.

El principio de readaptación social tiene como finalidad que la persona viva una vida feliz, sin delitos y sin penas<sup>82</sup>.

Es verdad que el principio de readaptación social ha sido cuestionado, algunos parecen que demostren su ineficacia, pero debe tenerse como un ideal a alcanzar dentro del denominado drama penal, más cuando, contrario a lo que ahora prevé nuestra Constitución, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, lo regula en los siguientes términos: *El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica; no debe soslayarse que otros instrumentos internacionales aluden a la acepción reinserción social*<sup>83</sup>.

Al parecer, existe una antinomia entre lo que prevé nuestra Constitución y lo que señalan diversos instrumentos internacionales, problemática que también se presenta entre estos, tema que únicamente dejamos apuntado para mayores reflexiones.

---

<sup>82</sup> Ver: Flores Cruz, J.: “Análisis...”, cit., pp. 7 a 21.

<sup>83</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone: *Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal(...)* 6. *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.* Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, señala: *Artículo 3(...) DELITOS Y SANCIONES(...)*

*4(...) b) Las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que, como complemento de la declaración de culpabilidad o de la condena, el delinquiente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social(...)*

#### **4. Excepción a la compurgación de penas en centros cercanos al domicilio: delincuencia organizada y otros internos (artículo 18 constitucional)<sup>84</sup>**

Los sentenciados pueden compurgar penas en centros penitenciarios cercanos a su domicilio, lo que ya se establecía con anterioridad; sin embargo, ahora en la propia Constitución se establece que dicha disposición no aplicará en tratándose de: delincuencia organizada; y a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

El Constituyente Permanente consideró que los penales de máxima seguridad deben estar reservados para aquellos procesados o sentenciados por delincuencia organizada y otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

En este último supuesto, se refieren a los casos en que el delito no sea de los previstos para el régimen de delincuencia organizada, pero que tal medida pueda justificarse dada la capacidad del interno para evadirse de la acción de la justicia o para seguir delinquiendo desde los centros penitenciarios, así como cuando exista peligro evidente de terceros hacia el propio interno –como en el caso de exmiembros de instituciones policíacas– o que haya una afectación psicológica que pueda poner en riesgo al resto de la comunidad penitenciaria, entre otros supuestos.

Con relación al tema de delincuencia organizada, ya nos pronunciamos con antelación<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

<sup>85</sup> Consultense: Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.

## **5. Centros especiales para la delincuencia organizada, Restricción de comunicaciones, Medidas de vigilancia especial, y Aplicación de medidas a otros internos (artículo 18 constitucional)<sup>86</sup>**

Siendo acorde el Constituyente Permanente con la política criminal adoptada, se establecen reglas de excepción para los casos de delincuencia organizada, como son: centros especiales para ese tipo de delincuencia, se restringen las comunicaciones privadas y prevén medidas de vigilancia especial.

En estas condiciones, se prohíbe que los indiciados y sentenciados por delitos de esa índole puedan compurgar penas en centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, por lo que deben crearse centros de reclusión especiales para tal efecto.

Se les restringen las comunicaciones privadas con terceros, hecha excepción con su defensor.

Asimismo, las medidas de vigilancia especial, las justifica tomando en cuenta su alto grado de peligrosidad.

El Constituyente Permanente consideró pertinente transformar el sistema penitenciario, pero que esto no será posible si permanecen las prisiones bajo el control absoluto del Poder Ejecutivo; por tanto, se acepta limitar la facultad del Ejecutivo únicamente a la organización de las prisiones y otorgar la facultad de ejecutar las sentencias al Poder Judicial. Que con esta división se

---

<sup>86</sup> Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

le dará a cada ámbito de poder lo que le corresponde: al Poder Ejecutivo, la administración de las prisiones y al Poder Judicial la de ejecutar las sentencias, que implica salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos, desviaciones y cumplimiento de los preceptos que en el régimen penitenciario puedan producirse.

Reiteramos, las normas respectivas se traducen en la instauración de un Derecho Penal Paralelo o de Excepción, precisamente porque se aplica específicamente a la delincuencia organizada; sin soslayar que el Constituyente Permanente expresamente rechazó el Derecho Penal del Enemigo<sup>87</sup>.

### Obras consultadas

- Bazzani Montoya, Dario: “Poderes de Control del Juez en la Terminación Anticipada del Proceso por Acuerdo y Aceptación de Cargos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 30 No. 89, Editorial Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2009.
- Carrió, Genaro R.: *Los Derechos Humanos y su Protección (distintos tipos de problemas)*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- Ferrajoli, Luigi: *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29, (2006), ISSN: 0214-8676.

---

<sup>87</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto, consideró lo siguiente: ... *la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal*. Caso Lori Berenson Mejía, cit., párr. 102.

- Flores Cruz, Jaime: “Análisis de la Reforma, Adición y Modificación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008”, Justicia Punto de Equilibrio, Año 6, No. 26, mayo de 2010, en *Revista del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí*, México, págs. 7 a 21.
- \_\_\_\_\_ : *Análisis sobre la Nomenclatura empleada en el Nuevo Sistema de Justicia Penal prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2012.
- \_\_\_\_\_ : “El principio de Proporcionalidad en Materia Penal y las Resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional de México”, en *Sistema Penal* No. 8, abril–junio de 2010, Revista de Ciencias Penales.
- \_\_\_\_\_ : *La Libertad Provisional Bajo Caución*, Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- \_\_\_\_\_ : *Revisión de la Tesis Denominada Derecho Penal del Enemigo*, trabajo elaborado con motivo de la beca otorgada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para asistir al Curso de Derecho Penal celebrado en la Universidad de Salamanca, España, México 2007.
- Gros Espiell, Héctor: *La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol. 4, 2003.
- Hobbes, Thomas: *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Ed.

Fondo de Cultura Económica, Décimo cuarta edición, México 2006.

- Kühne Peimbert, Catalina: *Lenguaje Judicial y Transparencia, Centro de Consulta de Información Jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2006.
- Mondragón Reyes, Salvador: “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de la Judicatura Federal*, No. 29, México 2010.
- Ojeda Velázquez, Jorge: “Los Jueces de Ejecución de Penas”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2009, No. 27, Poder Judicial de la Federación.
- Pinto, Mónica: “El principio pro homine. Criterios de Hermenéutica y Pautas para la Regulación de los Derechos Humanos”, *La Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial del Puerto, Argentina 1997.
- Sagüés, Néstor Pedro: “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2010, ISSN 0718-0195.

### **Legislación**

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.*
- *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.*

### **Instrumentos internacionales**

- *Conjunto de Principios para la Protección de Todas*

*las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.*

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos.*
- *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.*
- *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.*
- *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.*
- *Convención sobre los Derechos del Niño.*
- *Declaración de los Derechos del Niño.*
- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.*
- *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.*
- *Declaración Universal de Derechos Humanos.*
- *Estatuto de la Corte Penal Internacional.*
- *Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos.*
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*
- *Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.*
- *Principios de Ética Médica aplicables a la Función del Personal de la Salud, especialmente los Médicos, en la Protección de las Personas Presas y Detenidas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (Principios de Ética Médica).*
- *Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Afecten a Niñas, Niños y*

*Adolescentes, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2012.*

- *Protocolo de Estambul (Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).*
- *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio).*

### **Sentencias del orden nacional e internacional**

- Caso Acosta Calderón (Ecuador). Sentencia de 24 de junio de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 129.
- Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) (Venezuela). Sentencia de 5 de agosto de 2008. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 182.
- Caso Baldeón García (Perú). Sentencia de 6 de abril de 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 147.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores (México). Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 220.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri (Perú). Sentencia de 8 de julio de 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 110.
- Caso Instituto de Reeducación del Menor (Paraguay). Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 112.
- Caso Lori Berenson Mejía (Perú). Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 119.

- Caso Myrna Mack Chang (Guatemala). Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 101.
- Caso: Rasul vs. Bush de 28 de junio de 2004. Corte Suprema de los Estados Unidos de América.
- Caso Suárez Rosero (Ecuador). Sentencia 12 de noviembre de 1997. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 36.
- Expediente varios 912/2010 (Radilla Pacheco). Sentencia de 14 de julio de 2011. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

### Otros documentos

- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores (Revisora).
- Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, Ministerio de Justicia, España, 2011.
- Informe sobre la Visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, 27 de mayo de 2009.
- IUS –2011, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Observación General No. 8, párr. 1, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Artículo 9 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales, 16º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 147 (1982).
- JFC.

---

## **Juicio Oral Mercantil**

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

**RESUMEN:** La reforma al Código de Comercio comulga con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque atiende a la dignidad del gobernado, como base de la garantía del acceso a la justicia para las personas con capacidades diferentes y grupos vulnerables, circunstancia que también evoca lo establecido en las Reglas de Brasilia. También se advierte que a los registros de las audiencias, que entran en el campo del derecho informático, se les dota de valor pleno, no obstante su origen. Además de que se permite la obtención de duplicados en medios electrónicos, como pueden ser los discos compactos o las memorias portátiles, lo cual significa una disminución en los costos del papel. Incluso, obtener los duplicados de las actuaciones en formato electrónico permite a las partes acceder más rápido a la información que contengan.

El juicio oral mercantil requiere de una demanda que se presenta por escrito, así como también la contestación, de ahí que las audiencias son en donde imperará la oralidad, por lo que se estima que nos encontramos ante un sistema mixto, entre

---

\* Asesor Jurídico Federal.

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

el juicio tradicional y el oral. En el juicio tradicional, existe un momento procesal para ofrecer las pruebas, el cual se verifica después del desahogo de la vista de la contestación de la demanda o de la contestación a la reconvención; y en el oral, el trámite se reduce, porque en los escritos iniciales de las partes es en donde se ofrecen los medios de prueba. Entonces, habrá una audiencia preliminar de la que se deriven los acuerdos probatorios y otra en la que se desahoguen los medios de convicción en su totalidad. Similar a la materia penal, el principio de mediación permitirá que el resolutor conozca personalmente el desarrollo de los desahogos de pruebas.

La oralidad es la exposición concisa de los argumentos ante la autoridad judicial durante la audiencia principal. La parte escrita se usa para exponer la demanda ante el tribunal y ofrecer los medios de prueba y se usa para documentar lo más relevante del proceso.

Se considera importante resaltar que las sanciones por no comparecer a las audiencias ayudan a evitar dilaciones, y algunas de ellas, como por ejemplo la inasistencia del perito tercero en discordia, se convierten en una medida restitutoria que, en algunos casos, puede significar el monto que se reclama en la controversia, lo que puede conllevar que el litigante, beneficiado por la multa impuesta, una vez que el monto de la pena pecuniaria le sea entregado, pueda desistirse del juicio. Con esta medida también se asegura la presencia de las partes, la cual es imprescindible para llevar a cabo la conciliación.

La procedencia del juicio oral mercantil está ligada con la cuantía del asunto, al igual que la procedencia del recurso de apelación dentro del juicio ordinario mercantil, lo que nos lleva a establecer que en las sentencias dictadas en los juicios orales serán inapelables, por lo que, en contra de ellas, procede el amparo unistancial.

SUMARIO: Introducción. I. Cambios. II. Procedencia del juicio oral mercantil. III. Principios. IV. Trámite. V. Audiencia preliminar. VI. Audiencia de juicio. VII. Las pruebas. VIII. Alegatos. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

## **Introducción**

Como consecuencia de la firma del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, el gobierno federal se comprometió a tomar medidas para agilizar la impartición de justicia, pues la excesiva duración de los juicios, principalmente en materia mercantil, se consideró como un obstáculo para la efectiva integración del mercado de la América del Norte, en tanto que bloqueaba las intenciones de inversión del capital internacional, al que generaba incertidumbre de recuperación de sus inversiones o de sus créditos.

En este tenor, en el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte se estableció como uno de sus objetivos instrumentales para la operación del mercado para América del Norte, a fin de lograr para México la captación de inversiones provenientes de otros países y, en particular, de los Estados asociados con motivo del Tratado, la mejora en la eficiencia de los métodos y procedimientos para solucionar conflictos.

En este sentido, hemos sido testigos de cómo se ha ido *anglosajonizando* nuestro Derecho Procesal, una

de cuyas muestras es, sin duda, la decisión política de introducir los procedimientos orales para la impartición de la justicia, siguiendo un esquema similar al de los juicios en los Estados Unidos de América.

En este orden de ideas, el 27 de enero de 2011 se promulgaron las reformas al Código de Comercio que introdujeron el juicio oral mercantil, que entrarían en vigor, según los numerales transitorios de la reforma, el día 27 de enero de 2012. Estas reformas fueron *reformadas* el día 9 de enero de 2012, según lo publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, acogiendo muchas de las críticas y observaciones que se hicieron a las primeras desde la academia y el foro. Además, con estas *reformas a las reformas* y tal vez, con sana prudencia, reconociendo lo apresurado de las anteriores, se estableció una *vacatio legis* que podría llegar hasta el 1º de julio de 2013, dependiendo de decisiones presupuestales y de oportunidad política, que serán definidas por cada una de las entidades federativas, según su artículo Tercero Transitorio. No obstante, es importante precisar al respecto que, dada la competencia concurrente que existe en nuestro país en materia mercantil, y la redacción de los artículos segundo y tercero transitorios de la reforma de 9 de enero de 2012, que solo prevén facultades para los Estados, a fin de determinar la fecha de entrada de los juicios orales, desde el 27 de enero de este año entraron en vigor las disposiciones sobre los procedimientos del juicio oral mercantil para los juzgados de Distrito, que son las instancias federales competentes para conocer en primera instancia de asuntos en materia mercantil.

Ahora bien, el juicio oral mercantil es un juicio mixto, toda vez que la demanda, la contestación, la reconvención, y la contestación a la reconvención se formulan por escrito.

La fase procesal de ofrecimiento de pruebas queda integrada en los escritos de demanda, de contestación,

de desahogo de la vista con las excepciones que, en su caso, se hubieran formulado al contestar la demanda reconvencional.

Estimamos que se debe establecer que dentro de la oralidad, las audiencias preliminar y de juicio, por regla general se deberán registrar por medios electrónicos; sin embargo, le es potestativo al juez aplicar el medio electrónico o utilizar medios tradicionales, en términos del artículo 1390 bis 26 del Código de Comercio, y en este momento reflexionaría sobre cuál le permitiría una mayor fidelidad e integridad en la información al juzgador, para poder emitir una resolución acorde a la verdad, identificando el acontecimiento con la realidad.

Asimismo, consideramos positivo cuidar el fiel cumplimiento al principio de inmediatez mediante el juicio oral mercantil; sin embargo, solamente el tiempo permitirá determinar la eficiencia de este sistema normativo y si se alcanzó su fin, que es la impartición de justicia pronta, expedita y dando seguridad jurídica a las partes en controversia.

## I. Cambios

Las reformas a la legislación implican conflicto o resistencia, cuando lo que se ha modificado incide directamente en nuestra forma de trabajar.

Para los operadores de juicios mercantiles, significa dejar de lado la comodidad de redactar las promociones, para adecuarse a presenciar directamente el juicio.

El juicio oral mercantil fue creado mediante el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de enero de 2011<sup>1</sup>, en el que

---

<sup>1</sup> <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3.pdf>, fecha de consulta 23 de octubre de 2012.

se adicionó un Título Especial, que se denomina “Del Juicio Oral Mercantil”, que comprende los artículos 1390 Bis a 1390 Bis 50, y se nos indicó que el referido título inicia su vigencia al año siguiente de dicha publicación.

Posteriormente, a través del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio, en materia de juicios orales mercantiles, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2012<sup>2</sup>:

*ARTÍCULO ÚNICO.- se REFORMAN:... el primero y segundo párrafos del artículo 1390 Bis; el artículo 1390 Bis 1; el artículo 1390 Bis 6; el primero y segundo párrafos del artículo 1390 Bis 7, recorriéndose el actual segundo para quedar como tercero; el artículo 1390 Bis 8; el artículo 1390 Bis 9; el primero y segundo párrafos del artículo 1390 Bis 13; el primer párrafo del artículo 1390 Bis 18; el primer párrafo del artículo 1390 Bis 20; primero y tercer párrafo del artículo 1390 Bis 23; el primer párrafo del artículo 1390 Bis 26; la fracción V del artículo 1390 Bis 32; el artículo 1390 Bis 34; el segundo párrafo del artículo 1390 Bis 37; el primero y segundo párrafos del artículo 1390 Bis 38; el primer párrafo del artículo 1390 Bis 39; el primer párrafo, las fracciones I, II y III del artículo 1390 Bis 41; el primero y segundo párrafos del artículo 1390 Bis 42; el artículo 1390 Bis 43; el segundo párrafo del artículo 1390 Bis 45; el primero, segundo y tercer párrafos del artículo 1390 Bis 46; el primero y tercer del artículo 1390 Bis 47; el artículo 1390 Bis 48; el último párrafo del artículo 1390 Bis 49; primero, segundo y tercer párrafos del artículo 1414 Bis 9 y la fracción II del artículo 1467; se ADICIONAN: un tercer*

---

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

*párrafo al artículo 1390 Bis 7; un segundo párrafo del artículo 1390 Bis 9; un segundo párrafo del artículo 1390 Bis 18; un tercer párrafo al artículo 1390 Bis 40, recorriéndose el actual tercero para quedar como cuarto; un segundo párrafo al artículo 1390 Bis 42, recorriéndose el actual segundo para quedar como tercero; un artículo 1390 Bis 50; un segundo y tercero artículos transitorios y se DEROGAN el tercer párrafo del artículo 1390 Bis; el segundo párrafo del artículo 1390 Bis 20; el tercer párrafo del artículo 1390 Bis 38, recorriéndose el actual cuarto al tercero; las fracciones I y II del segundo párrafo del artículo 1414 Bis 9, todos del Código de Comercio(...)*

Las modificaciones también entraron en vigor el 27 de enero de 2012.

Por lo anterior, en el ámbito federal, los juzgados de Distrito ya están en aptitud de tramitar los juicios orales en materia mercantil. No debemos dejar de lado la llamada *jurisdicción concurrente*, que tiene su fundamento en el artículo 104, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>3</sup>:

*Artículo 104. Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:*

*II. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias solo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal.*

---

<sup>3</sup> <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/105.htm?s=>, fecha de consulta 23 de octubre de 2012.

*Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.*

(...)

Debe tomarse en cuenta que en los casos en que en los contratos no se haya estipulado renuncia expresa a la competencia de determinadas autoridades judiciales, la parte actora está constitucionalmente facultada a elegir si ejercita su acción ante un juzgado federal o uno del fuero común. Circunstancia que se corrobora con el artículo 53, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, aunado a que dicha ley orgánica no contiene limitaciones relacionadas con la cuantía de los asuntos de naturaleza civil.

Al respecto, Francisco José Contreras Vaca<sup>4</sup> expone:

*(...) es importante puntualizar que si se trata del área mercantil, el art. 104 constitucional, fracc. I, incorpora la conocida como facultad concurrente, que permite a la parte actora ejercitar su acción ante los tribunales federales u optar por los locales para dirimir una controversia comercial que afecta exclusivamente intereses particulares.*

Sirven de complemento las tesis siguientes:

*CÓDIGO DE COMERCIO. CONCURRENCIA FEDERAL Y LOCAL PARA EJERCITAR ACCIONES MERCANTILES. La materia mercantil, aun cuando está contenida en leyes federales, tratándose del procedimiento judicial para ejercitar acciones entre particulares, es concurrente, o sea que se puede convencionalmente, en los términos del artículo 1051 del Código de Comercio, seguir el procedimiento indistintamente ante uno u otro fuero, según se haya acordado entre*

---

<sup>4</sup> Contreras Vaca, F. J.: *Derecho Procesal...* cit., p. 33.

*las partes, o en caso contrario a elección del actor, debiendo acatarse únicamente lo dispuesto en el capítulo I, título primero, del libro quinto de dicho código. Este mismo sistema de dejar que el actor, en un juicio en donde se apliquen leyes federales que solo afecten a intereses particulares, puede exigir el fuero, aparece en el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de mil novecientos diecisiete, ratificando lo dispuesto por el Código de Comercio de expedición anterior a la propia Constitución<sup>5</sup>.*

*COMPETENCIA. SI LA JURISDICCIÓN ES CONCURRENTE EL JUEZ DE DISTRITO NO PUEDE DECLINARLA ADUCIENDO RAZONES DE CUANTÍA PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN COMÚN, EN VIRTUD DE QUE A NIVEL FEDERAL NO EXISTEN JUZGADOS EN MATERIA CIVIL DE CUANTÍA MENOR. De acuerdo al contenido del artículo 104, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos existe una jurisdicción concurrente entre Jueces Federales y Locales para conocer de juicios ejecutivos mercantiles, a elección del actor, cuando únicamente se afecten intereses particulares. Sin embargo, esa jurisdicción dual no autoriza a los Jueces Federales para declinar la competencia del asunto, aduciendo razones de cuantía previstas en la legislación común, habida cuenta que conforme a la Constitución Federal y a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la cuantía del negocio no es un elemento que se tome en cuenta, como en otras legislaciones, para determinar la competencia de los tribunales federales, de ahí que*

---

<sup>5</sup> Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Pleno, Séptima Época, 91-96 Primera Parte, p. 61.

*un Juez de Distrito no pueda declararse incompetente en un juicio ejecutivo mercantil por razón de la cuantía, en virtud de que a nivel federal no existen juzgados en materia civil de cuantía menor<sup>6</sup>.*

## **II. Procedencia del juicio oral mercantil**

Para tener certeza sobre la procedencia en la vía oral mercantil del asunto que es puesto a consideración del operador del Derecho, es necesario verificar lo siguiente:

1.- Cuantía: Que el monto sea menor a quinientos veinte mil novecientos pesos por concepto de suerte principal, sin que sean de tomarse en consideración intereses y demás accesorios. Tal cantidad se deriva del artículo 1339 del Código de Comercio. Corresponde a la Secretaría de Economía actualizar cada año por inflación el monto y publicarlo en el *Diario Oficial de la Federación*, a más tardar el 30 de diciembre de cada año, tal y como lo dispone el artículo 1339 del código de comercio.

2.- Contrato mercantil: Es imprescindible analizar el contrato de donde surge la relación entre los litigantes, ya sea bancario, de seguro o de compraventa. Las cláusulas van a ayudar a conocer las condiciones estipuladas y que sean relativas a la competencia de la autoridad judicial, principalmente por lo que hace al territorio. También es posible detectar las condiciones que se han de cumplir previo a ejercer la acción. Como ejemplo podemos citar el *plazo de carencia* dentro de los contratos de seguro, el cual es definido por José de Jesús Martínez Gil<sup>7</sup>:

*Periodo generalmente comprendido entre el momento inicial en que se formaliza una póliza y una fecha*

<sup>6</sup> Tesis: I.11o.C.124 C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, XXI, Junio de 2005, p. 783.

<sup>7</sup> Martínez Gil, J. de J.: *Manual Teórico...* cit, p. 223.

*posterior predeterminada, durante el cual no surten efecto las garantías previstas en la póliza.*

En este caso, no es factible ejercer la acción de pago de indemnización por siniestro producido, mientras no transcurra el lapso asentado en el contrato.

3.- Incumplimiento de alguna de las partes: Se deben identificar y delimitar los hechos u omisiones que materializan la hipótesis que permite al accionante ejercer su facultad: un siniestro que la aseguradora se rehúsa a indemnizar, un cargo a tarjeta de crédito no autorizado por el titular.

4.- No se sustanciarán en la vía oral mercantil aquellos asuntos para los cuales el Código de Comercio y otras leyes establezcan una tramitación especial, ni los de cuantía indeterminada. Por lo tanto, los juicios ejecutivos mercantiles seguirán tramitándose bajo las reglas contenidas en el Título Tercero del Libro Quinto del Código en cita.

### **III. Principios**

1.- Oralidad: En el desahogo de la prueba, los alegatos de las partes, participación de terceros y el pronunciamiento de la sentencia deben expresarse verbalmente. La *oralidad* significa que el proceso culmina en una audiencia hablada.

2.- Publicidad: El público puede presenciar las audiencias. Este principio tiende a la transparencia de la actividad jurisdiccional, por otra parte, que los estudiantes puedan presenciar el desempeño del juez y de los abogados que intervengan en las audiencias, convirtiéndose en una valiosa herramienta didáctica, pues es complementaria a las simulaciones que se llevan a cabo en las aulas de clases.

3.- Igualdad: Tiene como propósito el cuidado por el juzgador de un equilibrio procesal entre las partes, ya

que antes de tomar una decisión, permite al accionante y al demandado, respectivamente, manifestarse sobre lo expuesto por la contraparte, ya sea mediante el desahogo de vistas con los escritos presentados, así como en sus intervenciones en las audiencias. Es importante resaltar la tendencia a obtener la *igualdad entre las partes*, en donde no importen los medios o la habilidad de los litigantes, sino que lo trascendente es alcanzar la verdad legal; de ahí que el juez ha de evitar que una parte se vea afectada por la falta de habilidad, pero no por la falta de razones válidas, sin que el juzgador las obligue a actuar en determinado sentido.

4.- Inmediación: Las partes intervienen y están presentes en forma simultánea ante el juez, sin necesidad de un intermediario. De esta forma, el juzgador recibe directa y personalmente la información que se aporta al juicio, sobre todo, el desahogo de las probanzas.

5.- Contradicción: Se da vista a la contraria para que tenga la oportunidad de expresar sus razones con la finalidad de depurar los hechos controvertidos y establecer acuerdos probatorios. Durante el desahogo de pruebas en audiencia, los intervenientes tienen la capacidad de debatir los elementos de convicción que sean aportados por la contraparte.

6.- Continuidad: El debate no será interrumpido; los asuntos se desahogan en una sola audiencia, la cual será diferida cuando las circunstancias así lo ameriten; por ejemplo, cuando el testigo no haya podido acudir a la audiencia de juicio por causa de fuerza mayor o caso fortuito.

7.- Concentración: Los hechos objeto de petición o de controversia deben tramitarse en la audiencia de juicio. Este principio permite la actuación simultánea de las partes y la valoración integral de la prueba, disminuyendo

la posibilidad de que el juez desvíe su atención u olvide el resultado de las probanzas. No obstante, las audiencias son susceptibles de ser suspendidas.

8.- Conciliación: Aunque no esté mencionado dentro del artículo 1390 bis 2 del Código de Comercio, la conciliación resulta primordial dentro del juicio oral mercantil pues los intervenientes tienen la posibilidad de finalizar la controversia hasta antes de que se emita la sentencia; además, una de las etapas de la audiencia preliminar se dedica en exclusiva a conciliar a las partes. Teniendo como finalidad la conciliación, es factible que las partes expongan tal pretensión mientras transcurre la audiencia y el juez, como director del proceso, decida suspender la diligencia a fin de permitir la avenencia.

#### **IV. Trámite**

1.- La demanda ha de presentarse por escrito y reuniendo los requisitos que enumera el artículo 1390 Bis 11 del Código de Comercio. Dentro del escrito inicial se deben ofrecer todas las pruebas que el actor requiera para acreditar la viabilidad de sus pretensiones. Es posible anexar el pliego de posiciones y los interrogatorios a testigos y peritos.

Resulta de suma importancia expresar qué hecho se pretende demostrar con la prueba de que se trate, ejemplo:

*LA INSTRUMENTAL PRIVADA.- Consistente en el contrato de apertura de crédito de fecha cinco de julio de dos mil doce, del cual se derivó la tarjeta de débito número 4268123456782853, celebrado entre la parte actora y BANCONSTRUCTOR S. A. Institución de Banca Múltiple. Probanza que se ofrece para demostrar la relación contractual que existe entre la actora y la demandada. Documento que se exhibe como ANEXO 1. Esta prueba se relaciona y trata de demostrar el hecho primero de la demanda.*

Los hechos en que el actor funde su petición deben ser enumerados y redactados de manera pormenorizada, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene a su disposición. Ejemplo:

*PRIMERO.- El diez de septiembre de dos mil once, el suscrito recibió un estado de cuenta relativo al mes de agosto de dos mil once, emitido por BANCONSTRUCTOR S. A. Institución de Banca Múltiple, del cual se derivó la tarjeta de débito número 4268123456782853 (ANEXO 1).*

2.- Contestación: Una vez emplazado el demandado, deberá producir su contestación por escrito y reuniendo los mismos requisitos de la demanda, en un plazo de nueve días, en su manuscrito de contestación ofrecerá las pruebas de su intención y opondrá excepciones, porque de no hacerlo así, precluirá su derecho para tal efecto.

De la contestación de la demanda se dará vista a la parte actora para que la desahogue en el término de tres días, siendo posible que en apego al principio de igualdad, el juez permita que el demandado desahogue vista a su vez.

Ya hemos visto que los juicios orales en materia mercantil no son completamente verbales, ya que el planteamiento de la controversia se concentra en tres escritos: demanda, contestación y desahogo de la vista a la contestación.

Según nos marca el artículo 1390 Bis 10 del Código de Comercio, en el juicio oral únicamente será notificado de forma personal el emplazamiento. Las demás determinaciones se notificarán a las partes conforme a las reglas de las notificaciones no personales, por lo que se harán por lista. Por otro lado, en el texto del diverso precepto 1390 Bis 22 prevalecen en los principios de

continuidad y concentración, ya que las resoluciones judiciales pronunciadas en las audiencias se tendrán por notificadas en ese mismo acto, sin necesidad de formalidad alguna a quienes estén presentes o debieron haber estado.

La legalidad del emplazamiento es examinada por el juez y, en caso de encontrar alguna deficiencia, ordenará su reposición. Cuando haya transcurrido el plazo para que se emita la contestación de la demanda y, en su caso, la reconvención, sin que la parte pasiva haya presentado escrito alguno, el juzgador, sin mediar solicitud de los litigantes, señalará de inmediato la fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar, la que deberá fijarse dentro de los diez días siguientes.

El demandado podrá allanarse a la demanda; en este caso, el juez citará a las partes a la audiencia de juicio, que tendrá verificativo en un plazo no mayor a diez días, en la que se dictará la sentencia respectiva.

En otro orden de ideas, el demandado, al tiempo de emitir su escrito de contestación, podrá proponer la reconvención y, en caso de ser admitido, se correrá traslado a la parte actora para que la conteste en un plazo de nueve días. Del escrito de contestación a la reconvención, se dará vista a la parte contraria por el término de tres días para que desahogue la vista de la misma.

Cuando en la reconvención se reclame, por concepto de suerte principal, una cantidad superior al límite superior de viabilidad de procedencia del juicio oral, este último cesará de inmediato para que se continúe en la vía ordinaria.

## **V. Audiencia preliminar**

La primera audiencia dentro del juicio oral mercantil debe presidirla el juez. Al inicio de la diligencia, el secretario

hará constar oralmente en el registro, ya se trate de videogramación, audiogramación o cualquier otro medio idóneo, la fecha, hora y el lugar de realización, el nombre de los servidores públicos del juzgado y demás personas que intervendrán. La protesta a las partes se tomará por el secretario previamente. Las partes asistentes se presentarán ante el juzgado, dando a conocer sus nombres y carácter con el cual comparecen. La suspensión o el diferimiento de la audiencia se harán cuando el juez lo estime pertinente.

Cabe señalar que en el auto de admisión de la demanda se deben asentar las prevenciones y apercibimientos, para el efecto de tener a los intervenientes por enterados o notificados de todo lo que se resuelva en la audiencia preliminar y aplicarles, en su caso, una multa de hasta tres mil ciento veinticinco pesos 40/100 M.N., monto que se actualizará en los términos del artículo 1253 fracción VI del Código de Comercio. En la Exposición de motivos<sup>8</sup> de la reforma que incluyó en el Código de Comercio el juicio oral mercantil, el artículo 1390 bis 33 disponía que la multa derivada de la insistencia de una de las partes a la audiencia preliminar sería en favor del colitigante, hipótesis que no convirtió en derecho vigente, lo cual irradia perjuicio a quien sí asiste a la audiencia, porque podría darse el caso de que el monto de la sanción sea igual a superior a las prestaciones demandadas.

La audiencia preliminar se divide en seis etapas, las cuales finalizarán cuando el juez así lo decida:

1.- La depuración del procedimiento: se subdivide a su vez en la obligación del juez de analizar la legitimación

---

<sup>8</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=467&nIdRef=45&nIdPL=1&cTitulo=CODIGO DE COMERCIO&cFechaPub=27/01/2011&cCateg=DECRETO&cDescPL=EXPOSICION DE MOTIVOS>, fecha de consulta 24 de octubre de 2012.

procesal y el deber de resolver las excepciones procesales. La finalidad de la depuración es evitar que se tramite el juicio y que este sea susceptible de quedar sin efecto debido a una causa de índole procesal que no haya sido resuelta en la audiencia preliminar.

Las excepciones procesales son enlistadas en el artículo 1122 del Código de Comercio: incompetencia del juez, litispendencia, conexidad de la causa, falta de personalidad del actor o del demandado o la falta de capacidad en el actor, falta de cumplimiento del plazo, o de la condición a que esté sujeta la acción intentada, división y la excusión, improcedencia de la vía, y las demás a las que dieren ese carácter las leyes.

Respecto al catálogo de excepciones, ya que en su mayoría son conocidas, solo haremos referencia a las de división y excusión, tal y como las describe Víctor M. Castrillón y Luna<sup>9</sup>:

*Las excepciones de división y excusión se encuentran relacionadas con derechos queemanan de actos o contratos cuyo cumplimiento es garantizado con fianza, permitiendo a quienes prestan la garantía, en el caso del beneficio de excusión, exigir que inicialmente el actor aplique en pago de su crédito, el valor que obtenga de la ejecución en remate de los bienes embargados al propio demandado; y, en lo tocante a la división, para su procedencia, es necesaria la concurrencia de varios fiadores que garanticen la misma deuda, lo que les permite exigir que solamente se les demande el pago de la parte proporcional correspondiente a la misma, mediante la excepción relativa.*

Finalmente, respecto a las excepciones, debemos anotar que en la audiencia preliminar solamente deben

---

<sup>9</sup> Castrillón y Luna, V. M.: *Código de...* cit, p. 186.

desahogarse las de carácter procesal, por lo que no es legalmente aceptable depurar el procedimiento analizando excepciones tales como: obscuridad de la demanda, *plus petitio, sine actio agis*.

2.- La conciliación y/o mediación de las partes por conducto del juez: el mayor cambio dentro del juicio oral consiste en dotar al juzgador con facultades conciliatorias y mediatorias. Lo anterior, implica que los resolutores deben estar capacitados para llevar a cabo ambas actividades. Como mediador:

*Ayuda a resolver la controversia de dos o varias personas; las escucha y les da su punto de vista con diferentes opciones(...) trata de avenir a las partes para evitar su pleito(...) Las partes son las que deben resolver y no el mediador. Este solo busca la comunicación entre ellas para encontrar la resolución, el arreglo, el entendimiento o la transacción<sup>10</sup>.*

La conciliación es *un convenio al que las partes pueden llegar dentro de un procedimiento juicio administrativo<sup>11</sup>*.

El juez ya no será un espectador, sino que participará en la búsqueda de la solución al conflicto, por lo que los cursos de especialización judicial tienen como encargo capacitar a los funcionarios en las áreas de medicación y conciliación.

3.- La fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos: las partes dispondrán de las cuestiones sobre las cuales no existe disputa, y se delimitarán a los puntos sobre los que se centrará el debate, de esta forma, se soslaya el desahogo de pruebas que no resulten apropiadas. Ejemplo: en un juicio en el que se demanda la nulidad de un *voucher*, no hay controversia sobre la relación contractual entre las partes, ni sobre la existencia

---

<sup>10</sup> Aiello de Almeida, M. A.: *Medicación...* cit, VIII.

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

del cargo no reconocido por el actor, pues el debate se centra en dilucidar si la firma que parece en el *voucher* fue o no asentada por el accionante.

4.- La fijación de acuerdos probatorios: como consecuencia de la depuración de hechos no controvertidos, las probanzas se limitan a acreditar el objetivo del oferente. Siguiendo el ejemplo del *voucher*, quedaría sin materia las instrumentales consistentes en el contrato de apertura de crédito bancario, pues el activo y el pasivo nunca debatieron la existencia de la relación contractual.

5.- La calificación sobre la admisibilidad de las pruebas: el juzgador analizará los medios de convicción aportados por los litigantes y, acorde a su idoneidad, la forma de haber sido ofrecidas, su relación con los hechos, decidirá sobre la pertinencia de su desahogo, o en caso contrario, las desechará.

6.- La citación para audiencia de juicio: finalmente, el juez informará a los asistentes la fecha y hora en que tendrá verificativo la siguiente diligencia, la que debe celebrarse dentro del plazo de diez a cuarenta días siguientes.

## **VI. Audiencia de juicio**

Al iniciarse esta audiencia de nueva cuenta, el secretario hará constar verbalmente quienes están presentes, las partes se individualizarán.

Se compone de tres etapas: desahogo de pruebas, alegatos, citación para sentencia.

Como vemos, a diferencia del juicio ordinario, las fases están concentradas, en la modalidad de ordinario se tiene una etapa de ofrecimiento de pruebas, otra de desahogo, se abre la de alegatos, se cierra esta última, se cita para sentencia y se emite el fallo.

Al final de la audiencia, se dará a conocer la fecha y hora en que los puntos resolutivos de la sentencia

serán leídos, lo cual acontecerá dentro de los diez días siguientes; hecho lo anterior, se le entregará a las partes copia certificada de la sentencia.

En contra del fallo no existe recurso ordinario, la resolución no es apelable, por lo que, procede promover juicio de amparo directo.

Resulta procedente interponer la aclaración, cuando la sentencia contenga palabras contradictorias, ambiguas u obscuras, sin que se modifique su sentido.

El recurso de revocación se interpone en contra de autos de trámite, como por ejemplo el proveído que se emita con motivo de la promoción de la demanda, cuando en el auto que recaiga a la contestación no se le de vista al actor.

En la realidad, el juicio ordinario mercantil no puede ser tramitado acorde a la reforma, porque la mayoría de los juzgados de Distrito carecen de medios propios de grabación de las audiencias, de ahí que han optado actuar de dos modos:

1.- La demanda se admite y se tramita el juicio como si fuera ordinario. Esta modalidad significa que la autoridad judicial deja de aplicar la reforma, no obstante que sea derecho vigente. Tampoco se agota el principio de inmediación, pues el secretario es quien preside las audiencias.

2.- El juicio es iniciado y las audiencias se hacen constar en actas que firman los intervenientes. Se considera que esta forma es más adecuada, porque se respetan las audiencias del juicio oral mercantil y permite que los participantes vayan acumulando experiencia para cuando se esté en aptitud de grabar las diligencias. La audiencia suele dilatarse debido a que el ofrecimiento de pruebas se transcribe, se invierte tiempo en redactar la admisión de las probanzas; además, se asientan las manifestaciones de los litigantes.

## VII. Las pruebas

A continuación expondremos breves comentarios relacionados con las pruebas que se pueden ofrecer, admitir, preparar, desahogar y valorar dentro del juicio oral mercantil.

1.- Confesional: Las posiciones se formulan oralmente en la audiencia de juicio pudiendo exhibir el pliego cerrado que las contenga hasta antes de la audiencia. No hay otra limitante para formular posiciones que el que se refieran a los hechos propios del declarante y que sean objeto del debate. El juez, simultáneamente a su formulación, calificará las posiciones. Javier Ignacio Camargo Nassar opina que *estas preguntas no se encuentran sujetas al rigor de las posiciones del juicio ordinario*<sup>12</sup>, lo cual consideramos que sería en provecho de la consecución de la verdad, pues el alejarse de la formula de *diga si es cierto como lo es* que hace que el cuestionario sea libre y que el oferente pueda formular con mayor sencillez las posiciones. Dada la libertad para proponer las posiciones que establece el artículo 1390 bis 40 del Código de Comercio, las respuestas ya no tendrán que restringirse al *sí* o el *no*.

Cuando el declarante no asista sin justa causa o no conteste las preguntas que se le formulen y que sean calificadas de legales, de oficio se le declarará confeso.

2.- Es obligación de las partes presentar sus propios testigos y que los haya nombrado en la demanda, para cuyo efecto se les entregarán las cédulas de notificación. Cuando estuvieren imposibilitadas para hacerlo, lo manifestarán bajo protesta de decir verdad y pedirán que se les cite. El juez ordenará la citación con el apercibimiento de que, en caso de desobediencia, se les

---

<sup>12</sup> Camargo Nassar, J. I.: *El juicio...* cit, p. 77.

aplicarán y se les hará comparecer mediante el uso de los medios de apremio señalados en las fracciones III y IV del artículo 1067 Bis del Código de Comercio.

Al desahogarse la prueba, los testigos serán examinados por separado, permitiéndose el contrainterrogatorio que se formule al testificador del oferente, para así respetar los principios de igualdad y de contradicción. El juez también puede, de oficio, interrogar ampliamente a los testigos.

Es prudente señalar que, en caso de que el señalamiento del domicilio de algún testigo resulte inexacto, o de comprobarse que se solicitó su citación con el propósito de retardar el procedimiento, se impondrá al oferente una sanción pecuniaria a favor del colitigante hasta por la cantidad señalada en la fracción II del artículo 1067 Bis del Código en cita. El juez despachará de oficio ejecución en contra del infractor.

3.- Instrumental: a menos de que se tengan documentos en idioma extranjero, no se requiere preparación previa a su ofrecimiento en la demanda.

El Código de Comercio, en el artículo 1390 Bis 44, le otorga valor probatorio pleno a los registros del juicio oral, incluso, da pie a que las grabaciones sean en cualquier medio que permita su posterior reproducción para que pueda apreciarse el modo en que se desarrolló la audiencia o diligencia correspondiente, la observancia de las formalidades, las personas que hubieran intervenido, las resoluciones pronunciadas por el juez y los actos que se llevaron a cabo.

La impugnación de falsedad de un documento puede hacerse desde la contestación de la demanda y hasta la etapa de admisión de pruebas en la Audiencia Preliminar; los que sean presentados con posterioridad, deberán impugnarse durante la audiencia en que se admitan, con lo que se aprecia la posibilidad de ofrecer probanzas supervinientes.

4.- Pericial: se ofrece en los escritos iniciales de cada litigante, al contestar la demanda o la reconvención; la contraria, al presentar el escrito en el que desahogue la vista de estas. Se designa al perito correspondiente, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de este, y proponer la ampliación de otros puntos y cuestiones, además de los formulados por el oferente.

Al ser admitida la peritación, quedan obligadas las partes a que sus peritos, dentro del plazo de diez días, acepten el cargo y exhiban el dictamen respectivo, salvo que existiera causa bastante por la que tuviere que modificarse la fecha de inicio del plazo originalmente concedido. De no presentar el dictamen, precluirá el derecho para hacerlo y, en consecuencia, la prueba quedará desahogada con el dictamen que se tenga por rendido. Si ninguno de los peritos acepta el cargo ni exhibe su dictamen en el plazo señalado, se declarará desierta la prueba. Al haber dictámenes contradictorios, el juez podrá designar un perito tercero en discordia y, en el supuesto de que no se pueda nombrar, tiene la opción de solicitar a las partes que se manifiesten acerca de tener por desahogada la prueba con los dos dictámenes, los que serán valorados al emitir la sentencia.

Al perito tercero se le deberá notificar su designación para que dentro del plazo de tres días, presente escrito en el que acepte el cargo conferido y proteste su fiel y legal desempeño; asimismo, señalará el monto de sus honorarios, mismos que deben ser autorizados por el juez y serán cubiertos por ambas partes en igual proporción. Dicho experto debe rendir su peritaje en la audiencia de juicio y su incumplimiento dará lugar a que el juez le imponga como sanción pecuniaria, en favor de las partes y de manera proporcional a cada una de ellas, el importe de una cantidad igual a la que cotizó por sus servicios al aceptar y

protestar el cargo. En el mismo acto, el juez dictará proveído de ejecución. El juzgador designará otro perito tercero en discordia y, de ser necesario, suspenderá la audiencia para el desahogo de la prueba en comento.

En la audiencia de juicio, los peritos asistirán con el fin de exponer verbalmente las conclusiones de sus dictámenes, y responder las preguntas que el juez o las partes les formulen, debiendo acreditar, en la misma audiencia y bajo su responsabilidad, su calidad científica, técnica, artística o industrial para el que fueron propuestos, con el original o copia certificada de su cédula profesional o el documento respectivo. En caso de no asistir los peritos designados por las partes, se tendrá por no rendido su dictamen.

### **VIII. Alegatos**

Concluido el desahogo de las pruebas durante la audiencia de juicio, se otorgará como máximo quince minutos a cada parte para que exprese alegatos, lapso temporal que derivamos del artículo 1352 del Código de Comercio.

No existe impedimento para presentar alegatos por escrito, pues el juzgado acordará su recepción. Se puede usar la versión escrita para complementar la verbal, nunca para sustituirla.

Cuando se opte por los alegatos complementarios que obren en escrito, es recomendable invocar las tesis aplicables al caso en concreto.

Aunque no forman parte de la *litis*, su importancia radica en que al juzgador se le aporta mayor conocimiento pormenorizado del asunto.

Enseguida, listaremos algunas de las recomendaciones que aporta Gabriel Andrés Cámpoli<sup>13</sup>:

---

<sup>13</sup> Cámpoli, G. A.: *El juicio...* cit, p. 87.

- Hay que basarlos en la teoría del caso.
- Fundar los hechos.
- Respaldar los hechos con las pruebas.
- No dejar nada a la suposición.
- Desacreditar los hechos de la contraparte.
- Resaltar las coincidencias de los testigos.
- Afirmaciones concretas.

A continuación ofrecemos ejemplos de alegatos, que se basan en el modelo simple de análisis de argumentos, expuesto por Stephen Toulmin<sup>14</sup>:

1.- La excepción derivada del artículo 1326 del Código de Comercio no se estima aplicable, ya que el demandado es omiso en establecer cuáles son las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción, que en su parecer no fueron relacionadas, por lo tanto no da cabal cumplimiento al artículo 1327 del Código de Comercio.

2.- La excepción de *falta de acción y de derecho* es improcedente, porque las excepciones deben oponerse de manera clara en el escrito de contestación de demanda y tampoco pueden ser invocadas oficiosamente por el juzgador, tal y como se advierte del artículo 1327 del Código de Comercio, no obstante que la demandada pretenda que las mismas se deriven lógica jurídicamente de los escritos que integran la litis del juicio.

3.- Se deben tener por ciertos todos y cada uno de los hechos expresados por la parte actora en el escrito inicial de demanda, porque la parte demandada no exhibió los documentos que le fueron requeridos por esa H. autoridad judicial, en términos del artículo 89 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria al Código de Comercio. Por lo tanto, la no exhibición de los pagarés o

---

<sup>14</sup> Galindo Sifuentes, E.: *Argumentación...* cit, p. 91.

*vouchers* por parte de la demandada, trae como consecuencia que se tengan por ciertos lo manifestado por la actora en los hechos narrados en su escrito de demanda.

Finalmente, el texto de la tesis<sup>15</sup> siguiente, nos puede ayudar a estructurar los alegatos:

**TARJETAS DE CRÉDITO. CARGA PROBATORIA SOBRE LA SIMILITUD ENTRE LAS FIRMAS QUE OBRAN EN LOS PAGARÉS SUSCRITOS AL UTILIZAR ESOS MEDIOS DE PAGO Y LOS REGISTROS BANCARIOS.**

*Acorde con la forma en que operan las tarjetas de crédito y las diversas relaciones coligadas a que dan lugar, así como las disposiciones constituidas por las “Reglas a las que habrán de sujetarse las instituciones de banca múltiple en la emisión y operación de tarjetas de crédito bancarias”, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, existen obligaciones tanto a cargo de los proveedores que aceptan como instrumentos de pago a las tarjetas, como de los bancos emisores, quienes deben constatar la semejanza entre las firmas calzadas en los pagarés y en sus registros, contratos o autorizaciones, una vez que han recibido los títulos de crédito por parte de los establecimientos mercantiles. Tal verificación de firmas se revela, además, como una exigencia mínima de certeza y una sana práctica bancaria, en beneficio de los usuarios de los servicios prestados por la banca comercial, acorde con la previsión contenida en el artículo 77 de la Ley de Instituciones de Crédito. Lo anterior, genera que sea el banco quien tenga mayores*

---

<sup>15</sup> Tesis: I.3o.C.525 C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, Diciembre de 2005, p. 2771.

*elementos para acreditar no solo la existencia del pagaré, sino también la similitud de la firma contenida en esta con la que obra en los registros bancarios, ya que únicamente con base en la comparación efectuada por la institución emisora de las tarjetas esta tendrá por acatada o incumplida la obligación de los proveedores sobre el cotejo de firmas y podrá efectuar o denegar el pago respectivo. Por ende, cuando el titular de la tarjeta de crédito niega haber signado, ya sea directamente o a través de la persona autorizada para usar una tarjeta adicional, un pagaré utilizado para adquirir bienes o servicios en un establecimiento comercial, y la institución bancaria afirma que sí existió esa firma, que hay semejanza entre esta y la que obra en sus registros, o que es el proveedor quien tiene la responsabilidad de contrastar las firmas del voucher y de la tarjeta, corresponde la carga probatoria a esta última parte, tanto por ser quien efectuará el pago a los proveedores con cargo al tarjetahabiente, como por la dualidad de obligaciones que le están asignadas en cuanto a la constatación de la semejanza de firmas, esto es, la de hacer por sí misma, obviamente a través de sus empleados, esa tarea verificadora, y la de asegurarse que los proveedores tengan pactada esa obligación con los propios bancos. Ello, obedece a que las instituciones bancarias tienen el pagaré, los registros de firmas y los contratos con sus proveedores, y a la circunstancia de que así se desprende de la asignación de las cargas probatorias en cuanto a las afirmaciones y negaciones de hechos, establecida en los artículos 1194 y 1195 del Código de Comercio. De modo que, la negativa o la omisión de la institución crediticia en cuanto a la exhibición de los citados documentos,*

*entraña la insatisfacción de una carga probatoria, lo cual le perjudica y beneficia a su contraria en cuanto al punto relevante materia de demostración: la falsedad notoria, clara y evidente de la firma, proveniente de una burda alteración.*

## **IX. Conclusiones**

Primera.- El juicio oral mercantil establecido por las reformas comentadas en este trabajo, estimamos que es equivalente al juicio de paz en materia civil; constituye el juicio ordinario para los asuntos mercantiles de cuantía reducida, que no tienen un procedimiento especial para su tramitación. Es un juicio que se desarrolla preferentemente en audiencias, luego de haberse planteado la litis por escrito.

Segunda.- Consideramos que lo que quiso hacer el legislador es establecer un procedimiento rápido, razón por la que, en este procedimiento, la característica de concentración está muy marcada, y además se eliminaron de él todos los recursos, dando lugar a un procedimiento uni-instancial que, al menos teóricamente, debe ser muy fluido. En materia de prueba, este procedimiento incorpora el mismo sistema de pruebas que rige para todos los procedimientos mercantiles actualmente; y los ajustes que se hicieron a la regulación de algunos medios de prueba son mínimos, y con la clara intención de adecuarlos para que respondan mejor a la oralidad preferente del trámite.

Tercera.- La fase preliminar se sustenta en la exposición escrita de las pretensiones, y la *oralidad* significa que el proceso culmina en una audiencia oral. La oralidad es recomendable para el desahogo de pruebas, en los recursos, en procesos simples. El sistema escrito es recomendable para la exposición de las pretensiones ante la autoridad judicial, también para la fase de

conclusiones, y cuando solo hay pruebas documentales.

Cuarta.- La oralidad conlleva que el resolutor no puede delegar su intervención en el proceso, empero, la oralidad debe sujetarse a su principios rectores para evitar que se provoquen más daños en relación al beneficio en la administración de justicia. Tampoco es la panacea, sino un instrumento que debe sustentarse en una reforma procesal.

Quinta.- Se dota al juez de facultades de obtener la totalidad de los datos, la de ordenar el debate y considerar el asunto lo suficientemente discutido, sin imponerle formalismos. Para tener una sentencia cierta y justa, se necesita del conocimiento pleno del asunto, el cual depende a su vez de que se alleguen al resolutor los hechos y pruebas, sin que ello implique que el juez corrija la fundamentación de los escritos de las partes, solo debe limitarse a solicitar que se corrijan en cuanto a los elementos de admisibilidad.

## X. Bibliografía

- Aiello de Almeida, María Alba: *Mediación: formación y algunos aspectos claves*. Editorial Porrúa, primera edición, México, 2001, pp. 196.
- Camargo Nassar, Javier Ignacio: *El juicio oral mercantil*. Impresos Libertad, primera edición, México, 2012, pp. 127.
- Cámpoli, Gabriel Andrés: *El juicio oral mercantil en México*. Popocaltépetl editores, primera edición, México, 2011, pp. 88.
- Castrillón y Luna, Victor M.: *Código de Comercio comentado*. Editorial Porrúa, sexta edición, México, 2010, pp. 335.
- Contreras Vaca, Francisco José: *Derecho procesal mercantil. Teoría y clínica*. Editorial Oxford, primera edición, México, 2007, pp. 389.

- Galindo Sifuentes, Ernesto: *Argumentación Jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y el juez*. Editorial Porrúa, primera edición, México, 2008, pp. 226.
- González Obregón, Diana Cristal: *Manual Práctico del Juicio Oral*, Editorial Ubijus, segunda edición, México, 2010, pp. 397.
- Martínez Gil, José de Jesús: *Manual Teórico y Práctico de Seguros*. Editorial Porrúa, quinta edición, México, 2004, pp. 301.

### ***Legislación aplicable***

- Código de Comercio.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### ***Informáticas***

- <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/105.htm?s=>
- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3.pdf>
- Adame Mireles, Gloria A. *Procedimiento oral mercantil*. Presentación en power point. Fecha de consulta 23 de octubre de 2012, consultable en: <http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.poder-judicial-bc.gob.mx%2Finstituto%2FALCANCES%2520REFORMA%2520CODIGO%2520COMERCIO%2FPRESENTACION%2520MERCANTIL%2520BAJA%2520CALIFORNIA1.pptx&ei=ZsNPUMXiCcql2AXQmICQBw&usg=AFQjCNElv7gZsK1bMflscIUf5gJY4vs-pQ>
- DVD-ROM *IUS 2011*. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la

Nación, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Novena  
Época hasta Junio de 2011. Coordinación General  
de Compilación y Sistematización de Tesis.

---

## **Sistema universal e interamericano de derechos humanos *versus* criminalización del farmacodependiente**

*Rogelio Gerardo García Rojas\**

RESUMEN: México, como país integrante de la comunidad internacional, ha suscrito diversos tratados internacionales de derechos humanos, que lo obligan a respetar, garantizar, proteger y; en su caso, reparar violaciones a los mismos, así como a adoptar políticas públicas compatibles con tales compromisos internacionales. En este esquema, en el mes de junio de 2011, tuvo verificativo la reforma constitucional en materia de derechos humanos y amparo, la cual implica un cambio de paradigma que irradia a todo el sistema jurídico mexicano; sin embargo, solo nos ocuparemos del artículo primero constitucional, que acoge los principios, no solo hermenéuticos, sino de actuación que deben atender todas las autoridades del Estado mexicano, en sus tres órdenes y niveles de gobierno, para el respeto a los derechos humanos que estén contenidos, tanto en el cuerpo de la propia Constitución, como en tratados internacionales de esa materia; ello supone dar un paso más en la evolución de nuestro sistema jurídico, hacia un régimen de corte liberal y democrático, donde impere un ambiente de respeto a la dignidad

---

\* Defensor Público Federal.

humana, a la libertad individual, con un Estado menos intrusivo en el libre desarrollo de la personalidad de sus gobernados y, por ende, un sistema de Derecho Penal mínimo; sin embargo, paradójicamente, México adoptó una política de seguridad y salud pública de combate al narcotráfico, mediante un sistema tasado de dosis personal, señalando cantidades nimias, que criminalizan al consumidor final, quien, en la mayoría de las veces, es un farmacodependiente. Como se ve, ambas posturas son incompatibles, por lo que nos hemos abocado a señalar cómo y por qué este método tasado es contrario al sistema universal e interamericano de derechos humanos.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Reforma constitucional en materia de derechos humanos. III. Sistema universal e interamericano de derechos humanos. IV. Proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad de las leyes penales. V. Antijuridicidad material. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

## I. Planteamiento del problema

El 20 de agosto del año 2009, se reformaron diversas disposiciones del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley General de Salud, para crear los *Delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo*, bajo la cual, el Estado mexicano adopta un sistema normativo para investigar, juzgar y sancionar la posesión y comercio de determinados tipos de drogas, basándose en la mayor incidencia de estas, es decir en las drogas de mayor venta y consumo en el país, creando una competencia concurrente entre la

federación y los estados como medida de optimización en el combate al narcotráfico, y justo para establecer esta competencia se usó como baremo las cantidades señaladas en las tablas del artículo 479 de la Ley General de Salud multiplicadas por mil y, al mismo tiempo, esa tabla también sirve de base para determinar la dosis no punible de posesión de esos tipos de drogas; lo cual de inmediato generó un incremento sustancial en las causas penales federales<sup>1</sup>, juzgando, sentenciando y condenando a simples farmacodependientes que, por cuestiones inclusive meramente azarosas, exceden por cualquier cifra, las cantidades señaladas en la tabla y así, comenzamos a ver juicios penales federales, por ejemplo, por ocho gramos de marihuana, por ochenta miligramos de metanfetamina o cien de heroína etc., reflejándose como política de seguridad y salud pública la criminalización del farmacodependiente que, como consumidor final del largo y complejo entramado del narcomenudeo, es estigmatizado como un delincuente; en eso estábamos, cuando, afortunadamente, en el mes de junio de 2011, el Estado mexicano lanza un par de reformas constitucionales, en las que se asume en nuestro país un ambiente de preponderancia al respeto de los derechos humanos previstos constitucionalmente y en tratados internacionales que sobre la materia ha suscrito México, compeliendo a la totalidad de las autoridades, en sus tres órdenes y niveles, a promover,

<sup>1</sup> Véase tan solo los anexos estadísticos de los informes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los años 2008 a 2011, en donde se ve el incremento notorio de las causas penales que ingresaron en esos años y de las cuales el mayor porcentaje corresponde a los delitos de contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, así por ejemplo en el 2008, año inmediato anterior a la entrada de las reformas en mención se ingresaron 38,351 causas penales; para el año siguiente, primero de vigencia de las mismas, ingresaron 55,823; el siguiente, 2010, 51,416; y en 2011, 61,841.

respetar, proteger y garantizar estos derechos, mediante principios hermenéuticos y de actuación señalados en el artículo primero de nuestra Constitución, tales como el principio *pro homine*, universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. La reforma supone una evolución del régimen jurídico mexicano, hacia un sistema de mayor libertad, en el que el Estado asume su obligación de no intervenir, no injerir arbitrariamente en la vida de los individuos, salvo casos que en realidad lo ameriten; esto en el Derecho Penal se concretiza mediante los principios de *ultima ratio* y mínima intervención; así como también se obliga a maximizar los derechos, a preferir, en todo momento, no solo la interpretación, sino la actuación que sea más benéfica a los gobernados; si esto es así, vale la pena reflexionar sobre la validez de la fórmula desarrollada en los artículos 478 y 479, que excluyen de la persecución penal la posesión de drogas para el consumo personal en cantidades nimias, señaladas sin ningún sustento, ni empírico, ni teórico, que impiden al juez ponderar la totalidad de las circunstancias específicas que rodean al hecho, para emitir un fallo que se ajuste más a la equidad y a la justicia, y no solo acatando el silogismo jurídico tradicional como un ente autómata.

## **II. Reforma constitucional en materia de derechos humanos**

Como ya se dijo, la reforma constitucional en esta materia vino a revolucionar el sentido de interpretación de las normas jurídicas que contengan o reflejen derechos humanos, obligando al Estado mexicano, en sus tres poderes y niveles de gobierno, a procurar la protección más amplia que proceda, atendiendo inclusive normas internacionales que expandan el contenido y alcance de esos derechos, por lo que, con base en esta nueva

forma de impartir justicia, impactó de forma tal que se empezaron a acuñar, en la jurisprudencia, conceptos que antes estaban reservados a los doctrinarios altamente especializados en derechos humanos, tales como: *control de convencionalidad ex officio, principios por homine y pro personae, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*, todos estos a los que la misma Constitución ahora se refiere. Esta reforma constitucional decanta un cambio de paradigmas no únicamente en la forma de interpretación de normas jurídicas, sino cuanto más en la forma, modo o manera de impartir justicia; me concentraré en dos de ellos:

- Las implicaciones de insertar como parámetros hermenéuticos la valoración de principios.
- Las implicaciones de ejercer un control de la convencionalidad *ex officio*.

#### **A. *Implicaciones de usar como parámetros hermenéuticos la valoración de principios***

El primer punto neurálgico del texto constitucional es que inserta en nuestro país *un sistema de interpretación mediante principios*, algo que irradia a todo el sistema jurídico mexicano, y más a la materia penal, que es donde se ven mayormente comprometidos derechos fundamentales de los gobernados y en donde la actividad del Estado tiene límites muy claros, atendiendo al corte liberal y democrático que, se dice, tenemos en nuestro país.

Esto es, analizar un caso determinado a partir de los principios que confluyen en él, implica cambiar el método de interpretación, mutando de resolver por reglas a resolver por principios; veamos: una regla determina una forma preconcebida de solucionar una antinomia, un concurso aparente de normas, una laguna o un

caso difícil, en donde la norma válidamente aplicada lo resuelve, pero no siempre lo resuelve de una manera plena, equitativa o justa.

Así por ejemplo, basándonos en un sistema de reglas, el juez se limitará a determinar la regla aplicable y dirimir el problema, como ocurre en un caso de jerarquía normativa, tendrá que inclinarse por la de mayor rango en el esquema estructural del sistema jurídico, o bien en un caso de concurso aparente de normas, podrá resolverlo aplicando la que resulte ser de aplicación preferente por ser especial, prevaleciendo sobre la general, o bien determinar si existe un desplazamiento de normas, entonces la ley posterior deroga a la anterior y así por el estilo. Por el contrario, resolver un caso por principios implica que el juez se conduzca de un modo heurístico<sup>2</sup>, con sinergia normativa<sup>3</sup>, con una creatividad pretoriana<sup>4</sup>.

Según la propia teoría de Robert Alexy, tanto las reglas como los principios son normas, que dan razones para juicios concretos del deber ser; su diferencia, pues, no es de grado sino cualitativa y se muestra de manera privilegiada en el contexto de la decisión jurisprudencial relativa al conflicto de reglas, por una parte y a la colisión de principios, por la otra. Cuando se enfrentan dos reglas entre sí, el juez solo puede elegir una de ellas, excluyendo

<sup>2</sup> Capacidad de un sistema para realizar de forma inmediata innovaciones positivas, para sus fines, que implica una labor de hallar, describir o inventar.

<sup>3</sup> Análisis del resultado de la acción conjunta de dos o más causas, que se caracteriza por tener un efecto superior al que pudiera resultar de la simple suma de dichas causas.

<sup>4</sup> En el Derecho Romano existían los pretores peregrinos, quienes estaban encargados de impartir justicia en casos en los que confluyan extranjeros y ciudadanos romanos, a los primeros se les aplicaba el *Ius Gentium* o derecho de gentes y a los segundos el *Ius Civiles*, por esta razón y a efecto de compaginar los sistemas normativos, estos pretores gozaban de la más amplia facultad para resolver los casos, creando, corrigiendo o colmando el derecho, al que se le denominó *Ius Honorarium*.

por completo lo mandado por la otra. En cambio cuando dos principios entran en colisión, resulta imposible en abstracto poder determinar cuál de ellos debe desplazar al otro. El juzgador, por el contrario, deberá tomar muy en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto para ponderar cuál de los dos principios tiene mayor peso para vencer en ese caso específico. El ponderar principios implica reconocerle a ambos determinado margen de aplicabilidad en el caso concreto, pero al final, inclinar la balanza por aquel que en esas condiciones específicas presenta un mayor peso normativo. Para Alexy, los principios son razones *prima facie*, es decir, razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas en un caso concreto. En vista de estas diferencias entre reglas y principios, son muchos los autores<sup>5</sup> que sostienen que la naturaleza de los derechos fundamentales es la de ser principios<sup>6</sup>.

Así las cosas, el Derecho está compuesto por reglas y por principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios; así, por ejemplo, cuando una norma afirma que la detención de una persona debe ser confirmada por un juez, estamos en presencia de una regla, pero cuando se dice que el Estado debe respetar la libertad personal, entonces estamos ante un principio.

La diferencia más importante entre los principios y las reglas se decanta en el tratamiento que le otorga la ciencia del derecho a cada una de ellas: a las reglas se les aplican los distintos métodos de la interpretación jurídica,

---

<sup>5</sup> Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zargrebelsky, Luigi Ferrajoli, entre otros.

<sup>6</sup> Cfr. De la Torre Martínez, C.: "El derecho ..." cit., pp. 262-263.

que tienen por objeto el lenguaje del legislador; en las formulaciones de principios, por lo general su significado lingüístico es autoevidente, pues son expresiones que a menudo remiten a tradiciones históricas, contextos de significado que más que interpretadas a través del lenguaje, *deben ser entendidas en su ethos*; en pocas palabras, a las reglas se les obedece, por lo tanto, es de total importancia determinar con precisión cuál es la regla aplicable, en cambio a los principios se les *presta adhesión* y, por ello, es muy importante comprender el mundo de valores, las opciones que da la cultura jurídica de las que forman parte; la diferencia esencial se expresaría del modo siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de las resoluciones, dicen cómo se debe o no se debe actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada, pero proporcionan criterios para tomar posición ante una situación concreta, pero que *a priori* parece indeterminada; los principios pues, generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto.

Puesto que carecen de supuesto de hecho, a los principios, a diferencia de las reglas, solo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante un caso concreto, su significación no puede determinarse en abstracto, sino únicamente en casos determinados en donde entren en conflicto, solo así se puede entender su alcance. Si el derecho solo estuviese compuesto de reglas, no sería insensato pensar en la maquinación de su aplicación, por medio de jueces autómatas, a los que se les proporciona el hecho y nos dan la respuesta.

Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas

normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma; esta idea, absolutamente positivista, carece totalmente de sentido si, por el contrario, el Derecho contiene principios, ya que la aplicación de estos requiere que, cuando la realidad exija del juez una reacción, este tome posición, de conformidad con ellos; por lo tanto el derecho por principios no permite la existencia de una máquina con capacidad de tomar posición.<sup>7</sup> Dicho en pocas palabras, la incorporación de principios como regla hermenéutica en un sistema jurídico, implica la adopción de un *Derecho dúctil*.

Por ello, un sistema en donde el juez debe recurrir a los principios para dirimir casos concretos, es más propio de la *Escuela del Derecho Libre*<sup>8</sup>, ya que le confiere, inclusive, la facultad de desaplicar una norma vigente, ya sea a través de un control difuso de la constitucionalidad, o bien

---

<sup>7</sup> Cfr. Zagrebelsky, G.: *El Derecho...* cit., pp. 109-111.

<sup>8</sup> Como reacción a la Escuela Clásica de interpretación del Derecho, que sometía al juzgador a una estricta adecuación al contenido de la norma y a la voluntad del legislador, que la creó, utilizando el método exegético, la Escuela del Derecho Libre le otorga al juzgador una gran relevancia de criterio, permitiendo incluso, de ser necesario, ante lagunas legislativas, suplirlas, o apartarse de la solución legal, si es dudosa, oscura o injusta. Los autores enrolados en esta escuela sintieron la influencia del pensamiento filosófico alemán del voluntarismo, representado entre otros, por Husserl, Nietzsche y Schopenhauer, que afirmaba que el querer debe prevalecer sobre la razón. Los primeros exponentes del Derecho Libre fueron los alemanes, Von Ihering, que consideró este tipo de interpretación como de jurisprudencia superior, y Kohler, seguidos por Oscar Kraus, Emilio Lask, Kantorowicz y Adickes, quien tomó como modelo al juez inglés, con amplias facultades. Si las leyes han sido declaradas caducas por la costumbres o contrarián la moral o la equidad, el juez está obligado a dejarlas de lado y resolver según su real saber y entender. En 1927, en la Unión Soviética, una sentencia del tribunal de casación estableció el criterio de apartarse de la letra de la ley si contrariaba el bienestar del Estado o el de los obreros. Si bien atenerse al texto legal sin ninguna intervención del juzgador deja a la ley fuera de los cambios sociales, y la aleja en ciertos casos de la equidad. <http://derecho.lagui2000.com/parte-general/escuela-de-derecho-libre>.

del ahora control difuso de la convencionalidad *ex officio*. El actual artículo 1º, incorpora, en el sistema jurídico mexicano, los principios *pro homine*, o *pro personae*, así como los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como reglas hermenéuticas en las normas que confieran derechos humanos, bien estén contenidas en el texto constitucional o en tratados internacionales celebrados por nuestro país en términos del artículo 133 de la propia Carta Magna.

Lo cual no es poca cosa, de hecho la incidencia de este tema permea todo el sistema jurídico mexicano, como se comentará un poco más adelante, y por lógica elemental implica una nueva visión hacia las leyes, no pudiendo aceptar la postura absolutista del positivismo, en el cual una ley se estima justa por el mero hecho de haberse emitido mediante el procedimiento preestablecido para tal efecto. A efecto de evitar dispersiones sobre el tema concreto, me limitaré a desarrollar los principios que estimo resultan de mayor relevancia para el mismo: *pro homine* y progresividad.<sup>9</sup>

### **B. Principio *pro homine***

El párrafo segundo del artículo primero constitucional dispone:

*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, doctrinalmente se ha acogido bajo las denominaciones principio *pro homine* y *pro personae* que

<sup>9</sup> Para no dejar al lector en un limbo jurídico, en pocas líneas diré que la universalidad de los derechos humanos implica que todos tengamos por igual todos los derechos, sin ningún tipo de discriminación por una causa no válida,

obligan a todas las autoridades de un Estado a realizar una actividad hermenéutica, con una óptica protectora, maximizando los derechos, y restrictiva en el ataque a éstos, para así siempre estar a la interpretación que resulte mejor para la situación jurídica de las personas. Estos novedosos conceptos ya fueron abordados por la jurisprudencia mexicana, en la cual, además de dar una breve explicación de en qué consisten, refieren que su aplicación *es obligatoria*, de lo que se colige que los jueces y magistrados del orden común y federal, están obligados a inclinar su interpretación es este sentido. Así se dijo en la tesis aislada con número de registro 179233, aun de la Novena Época, emanada de los Tribunales Colegiados de Circuito, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXI, Febrero de 2005, página 1744, tesis I.4o.A.464 A, que al respecto dice:<sup>10</sup>

---

como las descritas en el mismo artículo 1º constitucional, incluyendo a las protecciones especiales que se dan a grupos en situación de vulnerabilidad como lo son los niños, los indígenas, las mujeres, los discapacitados, etc., pues ellos reciben todos los derechos de todos y, además, los especiales de ellos; la interdependencia armónicamente con la universalidad implica que, en una situación determinada, deben ponderarse todos los derechos humanos que están en juego; así, por ejemplo, un inmigrante indocumentado, indígena, mujer, menor de edad, madre soltera, tendrá todos los derechos que se deriven de todas esas cualidades específicas, sin dejar de ponderar ni uno solo, y la indivisibilidad conlleva a la obligación de *no jerarquizar* ninguno de ellos, siendo todos y cada uno de ellos igual de importantes, lo que hace resolver los casos de conflicto una labor en principio imposible, por no ser válido sacrificar uno en pos de preservar otro; en tal caso, se debe priorizar los derechos, partiendo de cuál de todos, en la situación concreta, es el presupuesto para el pleno ejercicio de todos los demás, cual es el que permite que todos los demás puedan desarrollarse de modo óptimo. Sobre el tema, ver: Vázquez, L. D. y Serrano, S.: “Los principios...” cit.

<sup>10</sup>En sentido similar, la tesis número de registro 180294, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, octubre de 2004, página 2385, tesis I.4o.A.441 A, de rubro: **PRINCIPIO PRO HOMINE.**

**SU APLICACIÓN.** El principio pro homine, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo

**PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.** El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.

La tesis aislada XXVI/2012, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya de la Décima Época, con el rubro y texto siguiente:

**PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUEL.** El segundo párrafo del artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo

---

fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

*que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio pro personae, que es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. Por tanto, la aplicación del principio pro personae en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.*

### **C. Progresividad y no regresividad<sup>11</sup>**

Tanto en la doctrina académica como en la jurisprudencial se reconoce la prohibición de regresividad de los derechos

<sup>11</sup> Cfr. artículo de Silva García, F. y Rosales Guerrero, E.: "Derechos Sociales..." cit.

sociales. En términos muy generales, la no regresividad implica que las leyes no deben empeorar la situación de regulación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud del goce de los derechos. En todo caso, la regresividad de una norma legal determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la carga de argumentar a favor de su razonabilidad, idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad (la existencia de un interés imperioso que justifique la medida adoptada), lo que supone la demostración de: 1) La existencia de un interés estatal permisible; 2) El carácter imperioso de la medida y 3) La inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos de los derechos sociales en cuestión.

En términos generales, es posible afirmar que la prohibición de regresividad de los derechos sociales constituye una de las diversas manifestaciones de la perspectiva social e igualitaria de los derechos fundamentales. El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contemplado en el artículo 26.<sup>º</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, las cuales establecen, respectivamente:

*Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

*(...) cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*

De las normas internacionales antes citadas se puede colegir que, en relación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, existe la obligación de garantizar la progresividad de los mismos, de lo que se desprende, como consecuencia, la prohibición de regresividad de ellos. En función a lo regulado por los instrumentos internacionales antes descritos, se ha llegado a considerar que el principio de progresividad contiene una doble dimensión: la primera, a la que podemos denominar positiva, la cual está expresada a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales; y, la otra, a la que podemos denominar negativa, que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad.

La jurisprudencia sobre el tema es escasa, dada su novedad; así por ejemplo, encontramos la Tesis: III.4o. de la Décima Época visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* con número de registro 2000129, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, página 4580, pronunciada por el Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara, Jalisco, con el rubro y texto siguiente:

**PROGRESIVIDAD. CÓMO DEBE INTERPRETARSE DICHO PRINCIPIO POR LAS AUTORIDADES A PARTIR DE LA REFORMA QUE SUFRÍÓ EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.** *El principio de progresividad persigue, esencialmente, la aplicación preferente de aquel ordenamiento que contemple un mayor beneficio al gobernado respecto de sus derechos humanos, por ello las autoridades deben estar atentas a la evolución de estos, especialmente en los tratados internacionales, pues puede suceder que exista contraposición entre un derecho humano que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el previsto en el tratado, en cuyo caso, si este es de mayor beneficio para la persona, es el que debe aplicarse, en observancia al referido principio y acorde con los fines de justicia, equidad y solidaridad social perseguidos por el Constituyente Permanente a partir de la reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.*

Por lo tanto, es fácil concluir que el principio de progresividad, si bien es cierto que está concebido de modo peculiar para los derechos económicos, sociales y culturales, también lo es que *no resulta ajena su aplicación a cualquier derecho humano*, mientras se evite la regresión en un esquema de derechos dado o imperante, prohibiendo cualquier regresión que signifique un menoscabo o detrimento en la esfera de libertades de las que gozan los gobernados, lo cual evidentemente, es aplicable al Derecho Penal, bien sea para la creación, ampliación o creación de un nuevo tipo penal, bien sea para el incremento de las penas. En las relatadas circunstancias, el Estado está obligado a dar las razones concretas por las cuales

opta por tal medida regresiva, que precisamente, por ser regresiva, *prima facie* es invalida, inconvenional, explicando qué otras medidas ha implementado y por qué razón no han bastado para el fin concebido, y esta medida regresiva, necesariamente debe tener el carácter de excepcional y transitoria.

En efecto, la prohibición de no regresividad indica que, una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá, salvo ciertas circunstancias, disminuir el nivel alcanzado, obligación que debe observarse en toda la actividad estatal, en las leyes, en las políticas públicas, decisiones judiciales y en cualquier acto del Estado susceptible de afectar derechos humanos, se trata de realizar un análisis sustantivo sobre la conducta estatal, a efecto de que no decrezca lo ya logrado en cuanto al contenido, alcance y goce de los derechos por parte de la población, se trata de evaluar siempre lo benéfico o perjudicial de la medida, atendiendo a si amplía o restringe un derecho dado, o un sistema imperante de libertades, para poder determinar si se está en presencia de una regresión prohibida.<sup>12</sup>

En abono a lo anterior, debemos traer a colación la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, en la cual se ponderó que el hecho de que el Código Penal de ese país contemplara un concepto como el de *peligrosidad*, era una *regresión* contraria al sistema interamericano de derechos humanos, por contravenir el artículo 9 de la Convención Americana, por demeritar el principio de legalidad, al ser tal expresión impropia de un régimen de derecho de corte liberal y democrático, al establecer:

*Esa invocación (peligrosidad) tiene mayor alcance y gravedad. En efecto, constituye claramente una*

---

<sup>12</sup> Crf. Vázquez, L. D. y Serrano, S.: *op. cit.*, p. 163.

*expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.*

Y concluyó al respecto:

*La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo –con pena de muerte inclusive– no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. **Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.** (...) En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención<sup>13</sup>.*

En el caso que nos ocupa, para poder asimilar si el sistema de los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud constituye o no una regresión prohibida por empeorar la situación jurídica de los farmacodependientes, es menester hacer un fugaz recuento histórico de las reformas legislativas que en la materia se han efectuado, veamos:

<sup>13</sup> Cfr. Párrafos 94 al 96 de la Sentencia de 20 de junio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala.

AÑO	TEXTO
Texto original del Código Penal Federal de 1931.	No preveía ninguna causa de exclusión punitiva, se sancionaba toda posesión, cualquiera que fuera la cantidad de la droga o calidad del sujeto.
Texto original del Código Federal de Procedimientos Penales del 30 de agosto de 1934.	En los artículos 524 y 525 se insertó una causa de no ejercicio de la acción penal o de desistimiento de esta; en el primer numeral se dispuso que si en la averiguación el Ministerio Público tenía datos para precisar que la posesión o adquisición de la droga tenía como única finalidad el uso personal que de ellas haga el inculpado, y además exista un diagnóstico de la autoridad sanitaria que indique que el inculpado es un toxicómano, en tal caso no habrá consignación a los tribunales, y el segundo de los arábigos extendía el supuesto, para el caso, si habiendo ya consignación, dentro del plazo de 72 horas a que se refiere el artículo 19 constitucional, se formule o ratifique el diagnóstico de toxicomanía del inculpado, el Ministerio Público se desistiría de la acción penal, sin requerir autorización del Procurador y pedirá que el sujeto sea internado en una institución sanitaria durante el tiempo que sea necesario.
3 de marzo de 1968, artículo 195 Código Penal Federal.	<b>No es delito</b> la posesión por parte de un toxicómano, de estupefacientes en cantidad tal, que, racionalmente, sea la necesaria para su propio consumo. En este caso quedará sujeto a las medidas de seguridad que señala el inciso 3 del artículo 24 de este Código.
31 de diciembre artículo 198, Código Penal Federal.	<b>No es delito</b> la adquisición o posesión de estupefacientes o psicotrópicos por parte de quien tenga el hábito o la necesidad de consumirlos, siempre y cuando sea en la cantidad estrictamente necesaria para su propio consumo. En este caso quedara sujeto a las medidas de seguridad que señala el inciso 3. del artículo 24 de este código.
8 de diciembre de 1978, artículo 194, Código Penal Federal.	Artículo 194.- Si a juicio del Ministerio Público o del Juez competentes, que deberán actuar para todos los efectos que se señalan en este artículo con el auxilio de peritos, la persona que adquiera o posea para su consumo personal substancias o vegetales de los descritos en el artículo 193 tiene el hábito o la necesidad de consumirlos, se aplicarán las reglas siguientes: I.- Si la cantidad no excede de la necesaria para su propio e inmediato consumo, el adicto o habitual solo será puesto a la disposición de las autoridades sanitarias para que bajo la responsabilidad de estas sea sometido al tratamiento y a las demás medidas que procedan; II.- Si la cantidad excede de la fijada conforme al inciso anterior, pero no de la requerida para satisfacer las necesidades del adicto o habitual durante un término máximo de tres días, la sanción aplicable será la de prisión de dos meses a dos años y multa de quinientos a quince mil pesos; III.- Si la cantidad excede de la señalada en el inciso que antecede, se aplicaran las penas que correspondan conforme a este capítulo; (...)

AÑO	TEXTO
10 de enero de 1986, artículo 194, Código Penal Federal.	<i>No se aplicará ninguna sanción por la simple posesión de medicamentos, previstos entre la sustanciase que se refiere el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento médico de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.</i>
30 de diciembre de 1991, fracción II y párrafo segundo, del artículo 194, Código Penal Federal.	Solo para modificar el <i>quantum</i> de la pena, pues para el caso de la fracción segunda, se modificó la multa que iba de quinientos a quince mil pesos, por una que va de 60 a 270 días multa, además de que dejó de ser copulativa la pena y la multa, para ser disyuntiva, al poder ser sancionado con prisión de dos meses a dos años o de 60 a 270 días multa. Al igual que para el párrafo segundo, pues la multa pasó de ser de quince mil pesos, a una que va de 180 a 360 días multa, convirtiéndola también en alternativa con la de la prisión, al mutar la conjunción y por la disyuntiva o.
10 de enero de 1994, artículos 195 y 199 del Código Penal Federal.	<p><i>Artículo 195. (...)</i></p> <p><i>No se procederá en contra de quien no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal.</i></p> <p><i>No se procederá por la simple posesión de medicamentos, previstos entre los narcóticos a los que se refiere el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad de dichos medicamentos, sean los necesarios para el tratamiento de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.</i></p> <p><i>Artículo 199.- Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193, no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que alguna persona relacionada con el es farmacodependiente, deberán informar de inmediato, a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que correspondan.</i></p> <p><i>Todo procesado o sentenciado que sea farmacodependiente quedara sujeto a tratamiento.</i></p> <p><i>Para la concesión de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considera como antecedente de mala conducta el relativo a la farmacodependencia, pero si se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento adecuado para su curación bajo vigilancia de la autoridad ejecutora.</i></p>

De este bosquejo histórico podemos inferir objetivamente lo siguiente:

- En un primer momento se pasó de una prevención normativa para castigar a todos, a cualquier persona que poseyera droga, sin importar la cantidad de esta, ni su calidad específica de adicto, o habitual, a otro sistema para no sancionar a los toxicómanos que adquirieran y poseyeran droga para su consumo personal, usando calificativos para determinar esta circunstancia, de racionalmente, estrictamente, inmediato, utilizando de nueva cuenta el adjetivo estricto.
- Asimismo, se preveía una penalidad menor de la normal, para aquellas personas que, sin ser adictos o toxicómanos, poseyeran droga que por su cantidad pudiese estimarse destinada para su propio e inmediato consumo, a quienes después, incluso, se les puniera con sanción alternativa de prisión o multa, para quedar definitivamente también amparados por una causa de exclusión del delito, pero en este caso, siempre es necesario que la droga que poseyeran fuera la necesaria para su propio e inmediato consumo.
- Luego, se escindió la posesión de drogas y la de medicamentos controlados, excluyendo a estos también de la persecución penal, condicionando a que fuesen los necesarios para el tratamiento curativo o paliativo del poseedor o un tercero con él relacionado.
- Llegando a una posición de mayor amplitud judicial, al quitar la expresión de inmediato, para calificar la cantidad de droga que podía poseer el toxicómano para su consumo personal, dejando al juzgador la posibilidad de justipreciar en su conjunto todas las

circunstancias específicas del caso, pudiendo así dictar una resolución *ex aequo et bono*<sup>14</sup>.

Fácilmente podemos concluir que se fueron ampliando los casos que se excluían del Derecho Penal, iniciando únicamente a favor de los toxicómanos, adictos o habituales, para incluir también a los no adictos o no toxicómanos, e incluso también eximir de pena a la posesión de los medicamentos controlados en los términos antes señalados, esto no puede ser calificado de otro modo que de una progresividad normativa, respetuosa de las libertades personales, en acato al principio de mínima intervención y *ultima ratio* del Derecho Penal.

#### **D. Control difuso de la convencionalidad Ex Officio<sup>15</sup>**

El otro tópico neurálgico de la reforma, para el caso que nos ocupa, es la obligación de acatar normas

<sup>14</sup> El término *ex aequo et bono* es una locución latina que significa: de acuerdo con lo correcto y lo bueno, o desde la equidad y la conciencia; es un término legal que se utiliza en el contexto de los juicios, alude al poder de los jueces de dar una solución a un caso particular utilizando la opción que consideran más justa y apropiada para dicho caso. Actualmente es utilizada en derecho internacional como principio auxiliar de resolución de controversias.

<sup>15</sup> El hoy Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, señala como génesis del control de la convencionalidad *ex officio* interno, por parte de los jueces domésticos, el párrafo 124 del caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, que es del tenor literal siguiente: *124. La Corte es consciente 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 mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*

internacionales sobre derechos humanos contenidos en tratados internacionales suscritos por nuestro país en términos de lo dispuesto por el artículo 133 constitucional.

Cabe precisar que este control difuso de la convencionalidad le fue exigido al Estado mexicano, de modo coetáneo, con motivo de la afamada resolución de la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla Pacheco, cuyo impacto en el sistema jurídico mexicano llegó al grado tal de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación glosara el expediente varios 912/2010, resuelto en sesión de 14 de julio de 2011, en donde, por mayoría de siete votos, de la que emanaran diversas jurisprudencias y se hiciera la formal declaratoria de que se abandonaran las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: **CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN;** y **CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN**, conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. De tales tesis que se emitieron me permitió insertar las siguientes:

**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 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.*

### **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 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 aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.*

**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 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 Mexicano no haya sido parte.*

**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.*

De los anteriores criterios jurisprudenciales, podemos sintetizar la obligación asumida por el Estado mexicano de respetar y proteger el régimen internacional de derechos humanos como *ius cogens* del mismo. En el aspecto universal e interamericano, México, ha suscrito una serie de tratados internacionales que lo obligan, como miembro de la comunidad internacional, frente a los demás países del orbe y del continente, que se han otorgado un sistema de derechos humanos, a través de pactos, y convenciones y se han dotado de medios de control, de supervisión a efecto de que no se violenten tales derechos, control dejado a cargo de organismos internacionales, que tienen diversas facultades, como ocurre a nivel regional con las de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte de la misma.

Y a la par de este sistema interamericano de protección de derechos humanos, los estados partes deben realizar un control doméstico de los derechos humanos reconocidos en

los tratados internacionales, y como el *Estado* es visto en su conjunto, en sus tres órdenes y niveles de gobierno, se entiende que esta encomienda esté a cargo de los poderes judiciales, federal y local, por ser estos quienes tienen la encomienda natural de aplicar e interpretar las leyes, sin denostar la máxima autoridad que sobre el tema recae en la Corte Interamericana, al ser el intérprete último de las obligaciones convencionales del Estado mexicano.

### **III. Sistema universal e interamericano de derechos humanos**

Hemos establecido que el Estado mexicano asume una obligación internacional para conducirse, en lo externo y en lo interno, de conformidad con los tratados, convenciones y pactos relativos a/o que contengan derechos humanos que ha signado y que, por ende, le resultan vinculantes, y estos pactos y tratados tienen una naturaleza jurídica distinta a otro tipo de tratados. La propia Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva 2/82 subraya que:

*Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los contratantes. Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.*

En esta tesitura, podemos afirmar, válidamente, que los estados no son tan libres y soberanos para poder determinar su marco normativo interno, pues puede ser incompatible con el sistema de libertades que debe regir en un sistema liberal y democrático que, se dice, dimana de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, que –podemos identificar claramente– se sostiene en los siguientes pilares:

- La Carta de las Naciones Unidas.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Y en el ámbito interamericano, el que se deriva de los siguientes ordenamientos:

- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- La Convención Americana de Derechos Humanos.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

Sin embargo, estos pilares claramente identificables, no son los únicos de los que emanan obligaciones para el Estado mexicano de proteger y respetar derechos humanos, pues se da el caso de la existencia de múltiples tratados internacionales que tienden a limitar la potestad del Estado para ejercer su poder en contra de las personas, y, por ende, son normas del *ius cogens* del derecho internacional de los derechos

humanos, por eso, aun cuando el tratado o pacto no se denomine o no cuente en su nomenclatura referencia expresa a los derechos humanos, per se, no excluye la posibilidad de que, por su propia y especial naturaleza, sea considerado como tal<sup>16</sup>.

Inclusive, aquellos tratados que pueden estar, aparentemente, muy distantes de la materia sobre derechos humanos, pero que en su contenido, concedan alguna prerrogativa en favor de las personas como limitante o condicionante al poder de los estados signantes, que por su naturaleza exija tutela como precepto integrante de la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Así las cosas, cualquier acto del Estado ejercido contra las personas es susceptible de ser analizado con esta óptica, para determinar si es acorde o no con este bloque convencional de derechos humanos.

Y es aquí donde se debe hacer una búsqueda integral que permita establecer el sistema de libertades imperante en el Estado mexicano, y si este sufre un detrimento o menoscabo al acoger el sistema normativo previsto en los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud.

Comencemos con la *Carta de las Naciones Unidas*, la cual, en su protocolo o preámbulo, deja muy claro que tiene por objeto *reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la*

---

<sup>16</sup> V.gr. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. 25/08/2000; Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte. 26/10/2007. Convención sobre Asilo Político. 10/04/1936. Convención sobre Asilo. 19/03/1929. Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas. 06/05/2002. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. 12/03/2001. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 02/05/2008. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, etc.

*igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.*

En su artículo 1, describe los Propósitos de las Naciones Unidas, de entre los cuales, deseamos destacar: *el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.*

En similar tesitura, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en su artículo 5.1. dispone: *1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.*

Y en el punto 2. agrega: *No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*

El artículo 17.1. enfatiza: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

Añade este mismo artículo en el numeral 2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

*La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en su preámbulo, también es muy puntual en referir que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Así como hizo hincapié en que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Recordando además que los estados han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Y en su artículo 12 dispone: *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.*

Por su lado el artículo 26 agrega en su numeral 2. que: *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre*

*todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.*

*En el artículo 30, sobre el tema abunda que: Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.*

*El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 5 reitera que: 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. Y además: 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*

*En el ámbito regional, la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece en su preámbulo que: la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones.*

Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

Comienza por reconocer que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

En cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

En armonía con estas afirmaciones, el artículo V dispone: *Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.*

El artículo XXVIII dice: *Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.*

Y por último, en lo que nos interesa de este instrumento internacional, recurriré al artículo XXIX, el cual consagra: *Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.*

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, desde su preámbulo dispone que: los *Estados americanos signatarios reafirman su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.*

En su artículo 7, referente al derecho a la libertad personal, protege a las personas en su derecho a la libertad y a la seguridad personales; el artículo 11, relativo a la Protección de la Honra y de la Dignidad, señala que: *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra*

*y al reconocimiento de su dignidad; y, por ende: 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*, rematando que para tal fin toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “*Protocolo de San Salvador*”, en consonancia con todo lo antes referido, también desde la parte preambular dispone que los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre; y considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros dispuso en su artículo 1 la obligación de adoptar medidas, para que los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos

que se reconocen en tal Protocolo. Así pues, de toda esta armónica gama de disposiciones internacionales, podemos extraer las siguientes notas comunes:

- Los derechos humanos son eje central de tales convenciones.
- En consecuencia, los Estados signantes, entre ellos México, por simple congruencia, están obligados a instaurar un régimen jurídico, político y económico que sea armonioso con el pleno goce y ejercicio de tales derechos.
- Se hace especial referencia al respeto a la libertad y dignidad humana, compeliendo a las soberanías pactantes a desarrollar al máximo la libertad individual.
- Asumiendo que es justo mediante un régimen democrático mediante el cual tal estado de libertad puede ser ejercicio en todo su esplendor.
- Por ello, repudian regímenes autoritarios, dictatoriales, en los que, históricamente, se ha demostrado que no se pueden ejercer, a veces ni en un nivel mínimo, tales libertades.
- Si esto es así, y si México, miembro activo de esta comunidad internacional, se asume como un estado liberal y democrático, luego entonces está obligado a conducirse normativa y políticamente en armonía con los principios rectores de la carta internacional y de la carta interamericana de derechos humanos.
- En este orden de ideas, es mediante el derecho penal, sustantivo y adjetivo, como se puede medir, con mayor objetividad si se ha alcanzado este régimen de libertades, dado que es a través del derecho penal precisamente mediante el cual se objetiviza el *ius puniendi*, mediante el cual el

Estado reprime la libertad de las personas, en aras del bienestar común; por ende, el Derecho Penal de corte liberal y democrático se rige por los principios específicos de *última ratio* y *mínima intervención*.

- En abono a lo anterior, asumiendo como ciertas las premisas que anteceden, podemos concluir entonces, que el Estado no tiene absoluto señorío para fijar los delitos, sino que esta importantísima y absolutamente legítima labor del Estado, debe ser escrupulosa en extremo para no conculcar derechos fundamentales, mediante un acto legiferante que permita injerencias indebidas o arbitrarias a la libertad de las personas, a su fuero íntimo, personal y familiar.

En este orden de ideas, existen instrumentos internacionales suscritos por nuestro país, de exacta y específica aplicación al caso que nos ocupa, pues la base internacional sobre la cual descansa la no condena de posesión de drogas de adictos o toxicómanos la encontramos en el inciso b) del punto 1 del artículo 36 de la Convención Única Sobre Estupefacientes de 1961 de las Naciones Unidas; que se reitera en el Convenio Sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 en su artículo 22, punto 1, Inciso b); en ambas, armónicamente se dispone que cuando las personas que hagan uso indebido de estupefacientes hayan cometido delitos derivados de la posesión de drogas, las partes podrán, en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, o además de declararlas culpables o de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social. Pero lo que a nuestra estima es de una clarificación singular sobre el tema son los puntos

4 y 5 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998, el cual a la letra dispone:

*Artículo 3.*

*4. a) Cada una de las partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo I del presente artículo se apliquen sanciones proporcionales a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso.*

*b) Las partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo I del presente artículo, que, como complemento de la declaración de culpabilidad o de la condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social.*

*c) No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados de infracciones de carácter leve, las partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas, tales como la educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento.*

*d) Las partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o de la condena por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo o como complemento de dicha declaración de culpabilidad o de dicha condena, disponer medidas de tratamiento, educación postratamiento rehabilitación o reinserción social del delincuente.*

*5. Las partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes, puedan tener en cuenta las circunstancias de hechos que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados.*

*(...)*

Estos artículos, aun cuando no se encuentran inmersos en un tratado o pacto de específica referencia a derechos humanos, es fácil apreciar que son normas que contiene derechos humanos, como parte del *iustitia cognoscens*, debido a que delimita la aplicación del Estado en cuanto al tratamiento de los toxicómanos, y constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de ser farmacodependientes, siendo una clara limitante al *iustitia puniendo*.

De estos artículos, es pertinente resaltar la obligación de los estados parte, entre los cuales está México, de prever un mecanismo alterno de la vía penal para prescindir de sanciones a los toxicómanos que se encuentren inmiscuidos en la posesión de drogas, sin que se haga referencia alguna a ninguna cantidad fija o tasada; y lo más importante es la parte inicial del punto 5 del artículo 3 en mención: que los Estados parte *deben disponer lo necesario para que los tribunales puedan tomar en cuenta las circunstancias particulares de los hechos*.

Méjico, Estado parte de todos esos convenios y convenciones, cumple parcialmente con sus obligaciones, al prever, en efecto, una opción alterna a la penal para la posesión de drogas, pero incumple con otra parte, al señalar medidas fijas, cantidades generales tan escasas, pues con ello se restringe un derecho de las personas, impidiendo que los tribunales ejerzan su función judicial, al coartarles la posibilidad

de ponderar las circunstancias específicas de cada caso en particular.<sup>17</sup>

Esto es muy importante, negar al Poder Judicial la posibilidad de que justiprecie la totalidad de las circunstancias que concurren en un hecho determinado, es negarle su propia *ratio essendi*, es atarle las manos, impidiendo que usen su prudente arbitro para resolver *ex aequo, et bono*.

#### **IV. Proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad de las leyes penales<sup>18</sup>**

La proporcionalidad y racionalidad de las leyes penales es un concepto jurídico que se hermana con los de mínima

---

<sup>17</sup> En el texto “Drogas y Derecho a la salud” se plasman las reflexiones expuestas durante el simposio ¿Qué hacer con las drogas? llevado a cabo en septiembre de 2009 en el ITAM de la ciudad de México. En dicho escrito se analiza el régimen prohibicionista desde una perspectiva jurídica y se dice que los usos médicos, industriales y lúdicos de las drogas deben despenalizarse y regularse fuera del ámbito punitivo, ya que no vulneran en lo absoluto el bien jurídico de la salud. Dice que estas normas prohibicionistas están moldeadas por prejuicios morales e intereses políticos y que si se tiene en cuenta los tratados internacionales firmados por México como la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio sobre Substancias Sicotrópicas de 1971, se busca limitar los usos de estupefacientes pero protegiendo sus usos médicos, industriales y lúdicos, en este último caso cuando solo afecta la salud individual y no se trata de un consumo habitual. También explica que se pueden utilizar una serie de medidas no prohibicionistas, que irían en contra de los principios del derecho penal como *ultima ratio*, como por ejemplo el tratamiento para el consumidor habitual o las medidas pedagógicas o educativas para el consumidor ocasional. Concluye diciendo que los delitos contra la salud deben evitar penas privativas de la libertad, cuando la no afectación de otro bien jurídico así lo permita, y debe procurar en todo momento la información y educación de quien solo lo hace habitualmente y el tratamiento del consumidor habitual. Los *test* de proporcionalidad, especialmente el criterio de idoneidad, prohíbe la arbitrariedad de las medidas penales y requieren el escrutinio de las leyes penales aplicables al uso de drogas y la carga de la prueba recae sobre el Estado para justificar la penalización.

<sup>18</sup> Sobre el tema, ver Torres López, M. A.: *Las Leyes Penales*, cit.

intervención y *ultima ratio* del Derecho Penal y que *prima facie* importa exclusivamente al poder legislativo, pues se pretende que este, al redactar las normas jurídicas de carácter penal, atienda a criterios lógico -objetivos, que seleccione conductas que sean realmente lesivas para la sociedad, que las describa de modo claro y que la sanción tenga proporción racional con el hecho cometido, señalando mínimos y máximos no tan alejados unos de otros, lo cual puede ser motivo de control constitucional, determinando si la norma cumple o no con tales criterios. Así lo ha dejado claro, la jurisprudencia por reiteración, con número de registro 160280, de la Décima Época, emanada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, Página: 503, Tesis: 1a./J. 3/2012 con el rubro y texto siguiente:

**PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados

*contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional –la legislación penal no está constitucionalmente exenta–, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al indicado principio constitucional.*

Principios estos, que son de tal envergadura que deben ser el eje de análisis al ponderar la inconstitucionalidad de una norma penal, como lo ha dispuesto ya también la jurisprudencia con número de registro 168878, de la Novena Época del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVIII, Septiembre de 2008 Página: 599Tesis: P./J. 102/2008 con el contenido íntegro siguiente:

**LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA.** *El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el Juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de*

*las leyes penales, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un **mínimo** y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado.*

Aquí es pertinente hacer una observación al margen, respecto de la diferencia entre razonabilidad y racionalidad, que no es un asunto de mera semántica; por el contrario existe una relación de ponderación entre aquella y el fin deseado, así por ejemplo, en el caso que nos ocupa, el Estado mexicano dio una serie de razones por las cuales optaba por esta reforma, entre las que destacó el combate frontal al narcotráfico, la seguridad pública, el mejorar este combate incorporando a las autoridades estatales con todo su aparato de procuración e impartición de justicia, todas estas son razones válidas, pero aun así deben ser sometidas a una ponderación de racionalidad, para que podamos decir que, en efecto, son razones, si no pasan este filtro racional entonces serán meras causas<sup>19</sup>; para esta ponderación de racionalidad deben responderse a las siguientes interrogantes: ¿Sa criminalización del farmacodependiente como consumidor final es el medio idóneo para el fin deseado? ¿Saturar las cárceles de adictos que son sorprendidos con cantidades ínfimas de droga es un método cuya eficacia ha sido probada internacionalmente?; ¿Despojar al Poder Judicial de toda facultad discrecional es el mejor método para evitar

<sup>19</sup> Cfr. Fiss, O.: "Grupos...", cit., pp. 149-150.

resoluciones injustas? Es claro, y así lo sostenemos, que la respuesta a todas esas preguntas es un *no*, por lo que esas razones, inicialmente válidas, no pasan el filtro de racionalidad para justificar o soportar la criminalización del farmacodependiente.

Además, tampoco hay proporcionalidad<sup>20</sup> en los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud por dos razones concretas, porque no distinguen entre las necesidades de un farmacodependiente y un consumidor; es decir, si bien es cierto se dispensa por igual a uno y a otro de persecución penal si poseen drogas para su consumo personal, eso es adecuado, no hay proporcionalidad en las cantidades tan pequeñas de droga que se manejan, y que se estimó como máximas para ambos, para el adicto y para el que no lo es.<sup>21</sup>

He ahí la desproporcionalidad de la norma penal, por no considerar que no puede señalar cantidades fijas igualitarias a los que son farmacodependientes de los que no lo son, pues desatiende a un hecho físico, médico, lógico elemental; el toxicómano soporta y requiere mayor ingesta que el que no lo es, y si solo se pone un baremo, el cual es muy bajo, se desproporciona el trato normativo.

<sup>20</sup> Proporcionalidad que se analiza no en relación con la punibilidad, pues obviamente ninguno de tales artículos contiene pena alguna, sino en la cuantiosa tan baja de droga que señala y la no distinción de los sujetos receptores.

<sup>21</sup> Las dosis de metanfetamina que pueden consumir las personas, según su mayor o menor grado de tolerancia a la droga, es decir, según si son toxicómanos o no, partiendo de clasificación dosis, en dosis bajas de clorhidrato de metanfetamina van de los 5 a los 10 mg; las medias de 20 a 40 mg; y las altas de 50 a 90 mg, y que dependiendo del potencial de dependencia, la tolerancia es muy alta y se desarrolla con excepcional rapidez, pudiendo llegar los usuarios toxicómanos crónicos a necesitar hasta 500 mg, para experimentar los mismos efectos; estas cantidades tan altas, obviamente, afectarían gravemente a personas sin hábito, a los meros consumidores. Ver la página web: <http://www.mind-surf.net/drogas/metamfetamina.htm>.

En este sentido, existe un estudio muy completo del Transnational Institute en conjunto con la Washington Office on Latin America, en el cual se hizo un estudio multinacional del trato normativo respecto de las drogas, del cual me permito traer a colación lo siguiente:<sup>22</sup>

Comienza por recordar que privar a una persona de su libertad es uno de los poderes más imponentes que tiene un Estado. La manera como los estados ejercen este poder, manteniendo en equilibrio el deber de garantizar la seguridad pública y la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales, es de enorme importancia. Hace referencia explícita a la llamada *guerra a las drogas* desplegada en las últimas cuatro décadas, que ha tenido un enorme impacto en el funcionamiento de los sistemas de justicia y las cárceles en América Latina. Haciendo un examen del costo humano de las leyes sobre drogas en vigor, identificando quiénes están encarcelados y las repercusiones del encarcelamiento en sus propias vidas, sus familias y sus comunidades.

En tal informe se da cuenta de los resultados de sus investigaciones sobre la relación de la legislación de drogas y la situación carcelaria en ocho países latinoamericanos<sup>23</sup>, percibiendo que en todos esos países, el énfasis de la fiscalización de drogas en sanciones penales ha dado lugar a un gran aumento del número de personas encarceladas por delitos de drogas.

Agrega que la aplicación de leyes severas para los delitos relacionados con drogas no ha sido solamente ineficaz para detener la producción, tráfico y consumo de sustancias ilícitas sino que ha generado consecuencias negativas, como la sobrecarga de tribunales y cárceles, y el sufrimiento de

---

<sup>22</sup> Cfr. Sistemas Sobraregados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina.

<sup>23</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Perú y Uruguay.

decenas de miles de personas tras las rejas por pequeños delitos de drogas o por su simple posesión para consumo. En el informe se presentan una serie de conclusiones y recomendaciones; dentro de las primeras, el informe establece que los países latinoamericanos no siempre han tenido leyes de drogas tan duras, el fenómeno data de las últimas décadas, criminalizando todos los actos relacionados con el mercado ilícito de las sustancias controladas.

Da cuenta de que la severidad de las actuales leyes de drogas ha contribuido significativamente en el aumento de las tasas de encarcelamiento de los países estudiados y en la situación de hacinamiento que se constata en esos países. Se observa un abuso de la detención preventiva, siendo específico que en México la detención preventiva es mandatoria en casos de delitos de drogas, independientemente de si se trata de delitos menores o mayores. Sin olvidar que la prisión en toda Latinoamérica no garantiza los estándares mínimos internacionales de los reclusos, narrando que existe un alto porcentaje de personas en las cárceles por simple posesión de drogas, consumidores detenidos con una cantidad extremadamente pequeña de drogas para uso personal, incluyendo la marihuana.

Aduce que la mayoría de los presos por delitos de drogas lo están por ofensas menores, pagando no obstante penas desproporcionadamente altas. A este respecto, dice el informe, los casos más preocupantes son Colombia y México, dos países que han declarado una guerra total al narcotráfico. Según los cálculos del estudio sobre México, el 75 por ciento de los reclusos por drogas en el Distrito Federal y el Estado de México, fue detenido portando cantidades muy pequeñas de drogas.

La investigación confirma la percepción de que el peso de la ley recae sobre una parte específica de la

población, personas de poca educación, pocos recursos, desempleados o con trabajos informales, criminalizando además la pobreza. La aplicación de leyes severas sobre drogas ha disparado la tasa de encarcelamiento contribuyendo a un grave hacinamiento en las cárceles. Algunas reformas a las leyes de drogas y la forma en que se apliquen podrían ayudar a aliviar el hacinamiento en las cárceles protegiendo tanto la seguridad pública como el respeto a los derechos civiles y humanos. Y recomienda que las legislaciones de drogas garanticen que se respetan plenamente los derechos humanos. Establecer y ampliar las alternativas al encarcelamiento para aquellos acusados por delitos menores de drogas, incluyendo la eliminación de las sanciones penales por la posesión para uso personal y, por último, asegurar la proporcionalidad en las penas distinguiendo entre:

- Narcotráfico y otros tipos de delito.
- Delito de droga de menor, media y alta escala.
- Rango y cargo que ocupa la persona en las redes del tráfico de drogas.
- Delitos violentos y no violentos; y tipos de drogas.
- Suprimir las penas mínimas obligatorias.

Como se ve, es muy importante reflexionar sobre la proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad del régimen tasado que se recoge en las tablas, proporcionalidad que se cuestiona desde el sistema mismo, que impide el arbitrio judicial, y que sigue hasta las cantidades tan bajas que establecieron, para finalizar con la punibilidad que se determinó para este tipo de conductas.

## **V. Antijuridicidad material**

Según Norberto Bobbio, el Estado liberal de derecho es el escenario democrático, ya que el poder se encuentra sometido a la ley y limitado frente al individuo. Estado

liberal y Estado democrático se copertenecen, en un círculo virtuoso, ya que son necesarias las libertades para ejercer la democracia y es necesaria la democracia para garantizar la existencia y permanencia de las libertades; la condición necesaria de todo gobierno democrático es la protección de las libertades civiles: la libertad de prensa, la libertad de reunión y de asociación, la libertad personal, el respeto al libre desarrollo de la personalidad y de la autonomía del individuo, son vías por medio de las cuales el ciudadano puede dirigirse a sus gobernantes para pedir ventajas, beneficios, facilidades, una más equitativa distribución de la riqueza, etcétera.<sup>24</sup>

Este tema que es de suyo harto complicado, irradia a todo el sistema jurídico, pero adquiere relevancia en la materia penal, que es donde se pueden observar con mayor objetividad las repercusiones de optar por uno o por otro sistema, ya que es la vía como el Estado, legítimamente, usa la fuerza en contra de sus gobernados, y que si es de corte liberal y democrático se sujeta a una serie de principios que lo caracterizan y que, por acatarlos y aplicarlos, es precisamente porque se le tilda de corte liberal y democrático. Muchos son los principios que se pueden asociar con este tipo de sistema normativo, como el principio de culpabilidad, el principio de *ultima ratio*, el de mínima intervención, el de juicio previo, el de *non bis in ídem*, el de resocialización, y otros más; para lo que aquí interesa, nos concentraremos en el de lesividad.

#### **A. Principio de lesividad de las conductas delictivas**

El profesor Mir Puig establece que el Derecho Penal debe proteger los denominados *bienes jurídicos*, evitar lesiones a los bienes jurídicos más importantes

---

<sup>24</sup> Bobbio, N.: *El futuro...* cit., pp. 45-46.

como por ejemplo la vida, la propiedad, el orden público, etc. La expresión bien jurídico se utiliza en el contexto político-criminal de reclamar la protección jurídico-penal, en contraposición al sentido dogmático, que alude a los objetos que de hecho protege el Derecho Penal vigente. El principio de lesividad o de dañosidad lo vincula, por tanto, al de exclusiva protección de bienes jurídicos y que además, ha de ser el punto de partida de la antijuridicidad penal. El postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que no pueden ser amparados por el Derecho Penal intereses meramente morales, no es que los bienes protegidos no sean morales, sino que su protección no solo sea por ese motivo, sino por algo aún con mayor trasfondo. Un Estado liberal y democrático solo deberá amparar como bienes jurídicos aquellas condiciones que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social; además, para ser protegidos, tienen que tener una importancia fundamental. Este postulado puede verse como una exigencia del Estado democrático. De este principio, se descuella lo que la dogmática penal ha desarrollado como la antijuridicidad material, la cual implica que la conducta típica, para ser considerada jurídicamente injusta, requiere además de un desvalor de la conducta, un desvalor del resultado, porque generó una lesión o puesta en peligro al bien jurídico tutelado.<sup>25</sup>

Según el doctor Javier Jiménez Martínez, fue Von List quien abrió la grieta en el Derecho Penal, para distinguir entre una antijuridicidad formal y una material, quien afirmaba que esta última se actualiza en cuanto lesionan o ponen en peligro el interés del individuo o de la colectividad protegidos por el Derecho.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Díaz Aranda, E.: *Teoría...* cit., p. 207.

<sup>26</sup> Cfr. Jiménez Martínez J.: *Los Elementos...*, cit., pp. 52-53.

El hecho de que tengamos un Derecho Penal que atienda a los principios de lesividad y a la antijuridicidad material, implica que, por ejemplo, no se pueda, o más bien, no se deba sancionar conductas que competen solo al ámbito de lo privado, de lo íntimo, en respeto a la autonomía de las personas en este libre desarrollo de la personalidad, en tanto solo a él le atañen, en su propio beneficio o perjuicio, y que no se expanda más allá de su esfera de derechos en perjuicio de un tercero o de la colectividad.

Así, por ejemplo, sería incompatible con el Derecho Penal liberal y democrático sancionar como una conducta delictiva el homosexualismo, la tentativa imposible, o sancionar a las personas por la abstracta peligrosidad que refleja su estilo de vida, como la vagancia, o cualquier acto que *no* genere una real lesión o un peligro *concreto*. Estos temas han sido tratados por la jurisprudencia mexicana de manera tangencial, al abordar otros temas, pero que al final dejan claro que en nuestro país hemos acogido este sistema jurídico y los actos a los que está obligado el estado a hacer, no hacer y respetar, como se ve en las jurisprudencias y tesis que se insertan a continuación.

Registro 223921, 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; VII, Enero de 1991; Pág. 286.

**INTENCIONALIDAD DELICTUOSA. EXCLUSIÓN DE SU PRESUNCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE ZACATECAS.** *La presunción del dolo que se contenía en el artículo 80. del Código Penal para el Estado de Zacatecas, de vigencia anterior, se suprimió en el nuevo Código Penal para el propio Estado, en vigor a partir del 16 de julio de 1986, señalándose al efecto, en la exposición de motivos del nuevo código, que aquella disposición es criticable al negar relevancia penal a verdaderas*

situaciones de error en que se excluye totalmente el dolo o la culpa, o negar total, relevancia a errores de derecho, no acordes con nuestra realidad. **QUE LA PROPIA DISPOSICIÓN LEGAL, CONTRADECÍA RADICALMENTE EL “PRINCIPIO DE INOCENCIA” Y, SEGÚN LA INTERPRETACIÓN TRADICIONAL QUE SE HACE DE LA MISMA RESPECTO DE LA UBICACIÓN DE LA INTENCIÓN DELICTUOSA, TAMBÍEN EL “PRINCIPIO DE CULPABILIDAD”, QUE SON CARACTERÍSTICOS DE UN DERECHO PENAL LIBERAL, PROPIO DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.** Que por otra parte, encerraba la idea de que la ignorancia de la ley no es excusa; principio que viene desde el Derecho Romano y que se ha plasmado en el Derecho Civil, pero que en el derecho penal es inadmisible chocando con nuestra realidad social y con los más elementales principios de la moderna política criminal. Y que en virtud de lo anterior, se consideró una necesidad ineludible suprimir el contenido del mencionado precepto, y, con ello, lograr una mayor adecuación de la legislación penal a nuestra realidad. Así, el actual Código Penal del Estado de Zacatecas, se refiere al dolo, a la culpa y a la preterintención en su artículo 60., con términos y fórmulas más o menos adecuados, lo que constituye un cierto avance, según se expone en la propia exposición de motivos citada.

Registro 160693, 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1; Pág. 198.

**DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTORIZADORES Y DIFERENCIAS.** De la interpretación sistemática de los artículos 1, 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo, de la Constitución Política de

*los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma conocido como “derecho penal del acto” y rechaza a su opuesto, el “derecho penal del autor”. Entender las implicaciones de ello, requiere identificar sus rasgos caracterizadores y compararlos entre sí. El modelo del autor asume que las características personales del inculpado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decrecimiento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad. Así, la pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto; también como un medio que pretende corregir al individuo “peligroso” o “patológico”, bajo el argumento de que ello redundará en su beneficio. Por ello, el quantum está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo. Ese modelo se basa en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el “delincuente” y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad “peligrosa” o “conflictiva” fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley. Además, el derecho penal de autor asume que el Estado –actuando a través de sus órganos– está legitimado para castigar la ausencia de determinadas*

*cualidades o virtudes en la persona (o, por lo menos, utilizarla en su perjuicio). En cambio, el derecho penal del acto no justifica la imposición de la pena en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; lo asume como un sujeto de derechos y, en esa medida, presupone que puede y debe hacerse responsable por sus actos. Por ello, la forma en que el individuo lida en términos personales con su responsabilidad penal, queda fuera del ámbito sancionador del Estado.*

Registro 160694, 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1; Pág. 197.

**DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO).** A fin de determinar por qué el paradigma del derecho penal del acto encuentra protección en nuestro orden jurídico, es necesario ubicar aquellos preceptos constitucionales que protegen los valores de los que tal modelo se nutre. Para ello, en primer lugar, es imprescindible referir al artículo 1o. constitucional, pues como ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la dignidad humana por él protegida es la condición y base de todos los derechos humanos. Además, al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo. Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado

*a juzgar actos. Afirmación que necesariamente debe ser enlazada con el principio de legalidad, protegido por el artículo 14, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Esta disposición es la que revela, del modo más claro y literal posible, que el derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, solo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término “readaptación” y su sustitución por el de “reinserción”, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término “delincuente” también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un “derecho penal de autor”, permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición.*

El tema específico de la antijuridicidad material, también ha sido recogido en la jurisprudencia que al efecto se transcribe:

Registro 178625, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXI, Abril de 2005; Pág. 1492.

**RESPONSABILIDAD PENAL. LA CONDUCTA TÍPICA NO ES ANTIJURÍDICA NI CULPABLE, CUANDO NO LESIONA NI PONE EN PELIGRO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).** De la interpretación sistemática de los artículos 121 y 256 del Código de Procedimientos Penales y 15 del Código Penal, ambos del Estado de México, se advierte que solo se puede ser responsable de un delito cuando, además de haber realizado la conducta típica, esta resulta ser antijurídica y culpable. Ahora bien, la antijuridicidad, en tanto constatación de carácter negativo de que el comportamiento típico no está amparado por alguna causa de justificación o licitud (antijuridicidad material), presupone que este lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado. Sin embargo, de manera excepcional ocurre que a pesar de que la conducta se aadecue al tipo no genera dicha afectación y, por tanto, no es antijurídica ni, por ende, su autor debe responder penalmente de ella.

En este orden de ideas, debemos ponderar cual es la afectación al interés público que un sujeto que es farmacodependiente crónico al consumo de tal o cual droga, que posea una cantidad mínima, digamos ocho gramos de marihuana, que resulta coincidente con la cantidad que pericialmente se determinó que consume en uno o dos días, o peor aún, una dosis tan exigua de metanfetamina que se extingue al momento mismo de ser analizada químicamente para determinar su naturaleza, que objetivamente no puede expandir su efecto lesivo a

terceros, sino es para el propio poseedor que la detenta para su consumo personal, argumento este que abona al planteamiento de inconstitucionalidad que en estas líneas hemos intentado hilvanar.

Pues no podemos expandir los efectos del derecho penal como primera ratio, ni usarlo como medida de represión o disuasión de conductas que solo perjudican a aquel que las ejecuta, sin que tengan efectos lesivos en la colectividad, que son, y por lo tanto así deben tratarse, efectos del libre desarrollo de la personalidad, que se despliegan en lo íntimo, y menos obligar a un sujeto que bien desea dedicarse a una vida hedonista, y no ser *corregido, ayudado o curado* de una adicción asumida.

Por ello debemos ponderar si las cantidades tan pequeñas referidas en las tablas se configuran en una intromisión indebida en la vida privada de las personas, (ya que por desgracia no tenemos un artículo como el 19 de la Constitución Argentina), la cual está ampliamente protegida por los artículos: 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Protección a la vida privada que también se descuelga del artículo 16 constitucional, por lo que debemos ponderar si en realidad la posesión de una cantidad superior a las previstas en las tablas, *per se*, por ese solo hecho, debe ser estimada como delictiva por quien la realiza, ignorando todas las específicas circunstancias del hecho, analizando si esta conducta trasciende de lo íntimo, de lo privado y pone en real y concreto peligro a la colectividad, a la salud pública, en esta antijuridicidad material que analizan tantos y tantos teóricos y que

también ha sido acogida por nuestra jurisprudencia. Como vemos, tampoco se sostiene por el ámbito de lo antijurídico el prever cantidades fijas tan bajas de droga para el consumo personal de un farmacodependiente, que ha asumido libremente ese estilo de vida como parte del desarrollo de su personalidad.

## **VI. Conclusión**

Para dar fin a estas breves reflexiones, me permitiré recurrir al esquema del razonamiento de la lógica formal hasta integrar un polisilogismo.<sup>27</sup>

La reforma constitucional del mes de junio de 2011, implica un cambio sustancial en la forma de interpretar y, por ende, aplicar el Derecho, al tener como base hermenéutica de los derechos humanos los principios *pro homine*, progresividad, interdependencia, indivisibilidad e universalidad. Además, con tal reforma se amplía el espectro de protección de las personas frente a los actos de autoridad, al integrar expresamente los derechos humanos reconocidos en los diversos tratados internacionales de los que México sea parte, en especial referencia al régimen interamericano de derechos humanos.

Al suscribir estos tratados, nuestro país se compromete con la comunidad internacional a adoptar políticas públicas, en todos sus aspectos, que sean acordes con los principios rectores de dichos tratados, obligándose además a respetar y proteger estas prerrogativas fundamentales. México se dice inserto en la comunidad internacional como un país de corte democrático en donde impera

---

<sup>27</sup> En la lógica formal, la expresión de un razonamiento se basa en la estructura de una cadena de proposiciones a las que le sigue una conclusión, formando así un silogismo; si esa conclusión es, a la vez, la base de otra cadena de proposiciones que llega a otra conclusión y así sucesivamente, entonces se configura un polisilogismo.

un ambiente jurídico propicio a la libertad individual, tendente a maximizar este Estado de libertad.

Por lo que al estado mexicano le está vedado realizar cualquier acto de gobierno, (ejecutivo, legislativo y judicial) que comprometa el goce de los derechos humanos, en especial los relativos a la igualdad, la libertad y la dignidad de las personas. Viéndose reflejados estos principios hacia todos los derechos con los que se cuente en un sistema jurídico, no solo a aquellos que se estimen o reconozcan expresamente como humanos, civiles y políticos; económicos, sociales y culturales, sino a todos aquellos que, por restringir o limitar los actos del Estado, pueden estimarse como integrantes del *ius cogens* del derecho internacional de los derechos humanos.

El acto estatal que por autonomía suele comprometer de manera directa a estos derechos es el ejercicio del *iustitia puniendo*, pues el Estado tiene la obligación de señalar y castigar aquellas conductas que atenten contra bienes jurídicos que por estimarse valiosos, son necesarios de tutelar. Sin embargo, tal función no es omnívora ni puede engendrar actos legiferantes; por el contrario, están acotados a diversos principios, como lo son, entre otros, la última ratio y la mínima intervención, propios de un derecho de corte liberal y democrático. Al tener en México un Derecho Penal de corte liberal y democrático, incorpora la filosofía del liberalismo jurídico y, por lo tanto, la de Derecho Penal de acto, apartándose de cualquier moralismo legal o paternalismo jurídico y del derecho penal de persona.

Luego entonces, solo se pueden señalar como delitos aquellas conductas realizadas por un sujeto que sean efectiva o materialmente lesivas, o que pongan en un peligro concreto un bien jurídico de un tercero o de la colectividad, estando vedado el señalar tipos penales que

intenten corregir o enmendar conductas que en nada perjudiquen sino es a aquel que las realiza y, por ende, si el estado mexicano señala como delictivas conductas que no trascienden de la esfera de lo privado del que las ejecuta, entonces incurre en una intromisión indebida, en una injerencia arbitraria a la esfera de derechos del sujeto, a su intimidad y dignidad.

Entre más este consolidado un Estado como de corte liberal y democrático, el Poder Judicial también se considera consolidado, por lo que se le conceden facultades para argumentar y justipreciar todas las circunstancias que concurren en la realización de un hecho que se estima delictivo y así poder emitir resoluciones con base en principios y que puedan ser apegadas a la equidad y, por ende, material, y no solo, formalmente, más justas. En un régimen autoritario o antidemocrático, los jueces gozan de la menor libertad posible, pues no es un poder que sea digno del reconocimiento de la sociedad, sino que se le teme por diversas razones, por lo tanto, la protección más eficaz es sujetarlo firmemente a la previsión de la ley, privándolo de la facultad de justipreciar la totalidad de las circunstancias concretas de la realización del hecho, sometiéndose a la máxima *dura lex, sed lex*.

El Estado mexicano, en tratándose del régimen jurídico relativo a la posesión para el consumo personal de drogas, había sostenido una postura evolutiva, progresiva, dirigía a ese sistema del máximo goce de libertades al que está obligado, libertades para sus gobernados mismos y para sus autoridades, quienes al poder ponderar la totalidad de las circunstancias que rodean al hecho, están obligados a expresar razones por las cuales el hecho determinado es merecedor de ser considerado como delito o no.

Luego entonces no le es permitido el Estado mexicano, simplemente tomar una política criminal más

dura, porque con ello se restringe el derecho genérico a la libertad de todos los gobernados, y una serie de derechos específicos de los farmacodependientes; por lo tanto, se empeora el sistema jurídico de este país.

Por todo lo antes dicho, podemos afirmar, válidamente, que el Estado mexicano, al adoptar el sistema tasado para diferenciar la posesión impune de drogas para el consumo personal conculta derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que México es parte y, por lo tanto, los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud son inconvenionales.

## VII. Bibliografía

- Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Díaz Aranda, Enrique: *Teoría del Delito*. Ed. Straf, México, 2006.
- Fiss, Owen: “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en *Derecho y Grupos Desaventajados*, Roberto Gargarella compilador, Ed. Gedisa, Buenos Aires, 1999.
- Jiménez Martínez, Javier: *Los Elementos del Delito. Antijuridicidad y Justificación*, Tomo III. Ángel Editor, México, 2009.
- Silva García, Fernando y Rosales Guerrero, Emmanuel: “Derechos Sociales y Prohibición de Regresividad: El Caso Issste y su voto de minoría” en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/cj/cj11.htm>.
- De la Torre Martínez, Carlos: “El derecho Fundamental a no ser discriminado, estructura y contenido jurídico”, en *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Tomo II. Diego Valadés, Miguel

Carbonell coordinadores, Ed. UNAM-IIJ, México 2006.

- Torres López, Mario Antonio: *Las Leyes Penales*. 5<sup>a</sup> edición, Ed. Porrúa, México, 2005.
- Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra: “Los principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad, apuntes para su aplicación práctica”, en *La reforma constitucional de Derechos Humanos, un nuevo paradigma*. Editorial Porrúa, México, 2012.
- Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho Dúctil*. trad. Mariana Gascón, Madrid, Ed. Trotta, 2003.

### **Fuentes electrónicas**

- <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>
- <http://www.mind-surf.net/drogas/metamfetamina.htm>.

### **Otras fuentes**

- *Carta de las Naciones Unidas*.
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “Protocolo de San Salvador”.
- *Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*: Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile; Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala; Caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. México.

- *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*
- *Convenio sobre Substancias Sicotrópicas de 1971.*
- *Opinión Consultiva 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas.

---

## **Boletín Bibliográfico**

- Benavente Chorres, Hesbert: *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral.* México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- Carrancá y Rivas, Raúl: *Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública: variaciones críticas.* México, D.F., Porrúa, 2011.
- Ceballos Magaña, Rodrigo: *El juicio oral penal y su implementación en México.* México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- Chávez Castillo, Raúl: *Ley de amparo comentada.* México, D.F., Porrúa, 2011.
- Díaz Romero, Juan: *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012.
- Espinoza, Ricardo: *La presunción de inocencia en el sistema acusatorio.* México, D.F., Editorial Novum, 2012.
- Félix Tapia, Ricardo de la Luz: *El despido laboral.* México, D.F., Porrúa, Instituto Internacional del Derecho y del Estado, 2012, 2005.
- García Ramírez, Sergio: *La Corte Penal Internacional.* México, D.F., Editorial Novum, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012.
- \_\_\_\_\_: *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana* México, D.F., Porrúa, 2012.
- Gómez Sámano, Sebastián: *Justicia y equidad.* México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación,

Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013.

- González Maldonado, Marco Aurelio: *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*. México, D.F., Editorial Novum, 2011.
- Hernández, María del Pilar: *La Constitución Gaditana y la consolidación de la potestad jurisdiccional*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013.
- Herrera Pérez, Alberto: *El derecho a la presunción de inocencia*. México, D.F., Porrúa, 2012.
- Higuera Corona, Jorge: *El hostigamiento o acoso sexual desde la óptica de sus variados aspectos ético-culturales*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de la Compilación y Sistematización de Tesis, 2013.
- Kuntz Ficker, Sandra: *La reforma agraria durante los años veinte en los expedientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012.
- Lara Chagoyán, Roberto: *Argumentación jurídica: estudios prácticos*. México, D.F., Porrúa, 2012, 2011.
- Lara López, Margarito: *Ánalisis de recursos jurídicos previstos en leyes federales*. México, Imprenta Poligraf, 2012.
- Lembo Rosales, Francisco A.: *El juicio oral penal: sistema de justicia penal, oral, acusatorio y adversarial en el Estado de México*. México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2013.

- Mancera Espinosa, Miguel Ángel: *El tipo de la tentativa: teoría y práctica*. México, D.F., Porrúa, 2011.
- Mata Vázquez, Juan de: *Curso de derecho público*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012.
- Pedroza de la Llave, Susana Thalía: *Responsabilidad de los servidores públicos: constitucionalidad de la ejecución inmediata de sanciones*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012.
- Pérez Lozano, Andrés: *El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano*. México, D.F., Editorial Novum, 2011.
- Ramírez García, Eduardo F.: *Formación y desarrollo de un Ministro Presidente*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2013.
- Rojas Caballero, Ariel Alberto: *El control de convencionalidad ex officio : origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación*. México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012.
- Vasconcelos Méndez, Rubén: *Avances y retrocesos de la justicia penal para adolescentes*. México, D.F., Editorial Novum, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) México, 2012.

---

## **Actividades de capacitación**

La superación constante de la calidad de los servicios sustantivos proporcionados a los justiciables hasta alcanzar la excelencia, meta final de la institución, hace necesaria la realización de actividades de capacitación y actualización de sus servidores públicos y de quienes aspiran a pertenecer a ella.

Las acciones están encaminadas a proporcionar los conocimientos teórico-prácticos actualizados de las funciones de defensa penal y de asesoría jurídica, para una mejor comprensión de la problemática jurídica y conocimiento de las principales incidencias a que se enfrentan en su desarrollo.

El marco regulatorio es el Plan Anual de Capacitación y Estímulos que elabora la Dirección General y una vez aprobado por la Junta Directiva se aplica en toda institución.

En lo concerniente al Plan para 2013, tiene como piedra angular las Especializaciones que se imparten en la sede central, relacionadas con las funciones sustantivas de defensores y asesores.

Previa revisión de la documentación presentada por los aspirantes, fueron admitidos 50 alumnos en cada una. Las clases presenciales, que iniciaron en febrero y terminarán en octubre, están a cargo de Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito, destacados académicos y servidores públicos del Poder Judicial de la Federación.

En las Delegaciones, de acuerdo al Programa Uniforme de Capacitación de 2013, se impartirán cursos, conferencias, seminarios, mesas redondas, videoconferencias, lectura y discusión de temas en equipo,

según la técnica grupal elegida para defensores públicos y asesores jurídicos.

Asimismo, con el propósito de incrementar la satisfacción y el desarrollo integral del personal, en aras de su superación profesional y en beneficio de los usuarios de los servicios, el Instituto, ajustándose a las necesidades de capacitación, definió los cursos que, bajo el marco del Plan Anual de Capacitación y Estímulos 2013, fueron aprobados por la Junta Directiva.

Referente al nuevo proceso penal que se avecina, en el que la defensoría pública federal será preponderante, partiendo de los principios de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 y de las experiencias de los juicios adversariales implantados en Chile, Costa Rica y Colombia, dieron inicio nuevamente el *Diplomado Litigación en el Proceso Penal*, en su cuarta edición, y el curso *Litigación Profundizado*, en su segunda, en la sede central, Guanajuato, Nuevo León y Veracruz, ambos avalados por la Universidad Anáhuac del Norte, con lo que se proporciona capacitación de alto nivel internacional a servidores públicos de las 27 Delegaciones del Instituto, lo que permitirá, al finalizar, contar con más de 600 defensores públicos federales capacitados para actuar en el sistema acusatorio y oral, principalmente.

En el mes de abril dio inicio el Ciclo de Conferencias destinado a Defensores Públicos y Personal Técnico del Instituto, con el tema “Debido Proceso Penal” en el que participan especialistas de reconocido prestigio en el tema.

Con estas actividades, el Instituto Federal de Defensoría Pública previó, entre otros novedosos aspectos, marcar las pautas para preparar a los defensores públicos en el sistema penal acusatorio y oral e inició una serie

de actividades relacionadas con el alcance y contenido de las reformas, a fin de profesionalizar y actualizar a los servidores públicos que, en el ámbito de su competencia, proveen el respeto y protección de los derechos de los ciudadanos.

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.*