

IP
dF

Instituto Federal
de Defensoría Pública

Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL/No. 14/DICIEMBRE 2012

ISSN 1870-7610





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Director
Mario Alberto Torres López

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

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

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública
Número 14, diciembre de 2012

Publicación especial, 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.

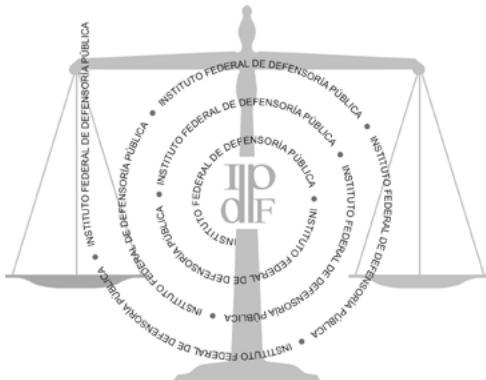
Editor responsable: Mario Alberto Torres López

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
--------------------	---

Sección Primera *Presencia de la Corte*

<i>Maestro Genaro González Licea</i> El respeto a los derechos humanos contenido en el artículo 3º constitucional, alcances y perspectivas	7
---	---

Sección Segunda *Presencia de la Judicatura*

<i>Magistrado Juan Carlos Cruz Razo</i> El derecho de defensa de los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación	40
--	----

Sección Tercera *Presencia de la Defensoría*

<i>Maestro Alfredo Balbuena Placier</i> El arraigo, reflexiones constitucionales y convencionales	65
--	----

<i>Maestro Óscar Enrique Castillo Flores</i>	
<i>Doctor Raúl Rodríguez Vidal</i>	
La dignidad como piedra fundamental del Derecho	86
<i>Licenciado Ibán García Galindo</i>	
Presunción de inocencia. Garantía constitucional del nuevo proceso penal acusatorio y oral	119
<i>Maestro Rogelio Gerardo García Rojas</i>	
Dura lex, sed lex. Inconstitucionalidad de los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud	135
<i>Maestro Juan Carlos Hernández Cárdenas</i>	
La privatización ante la crisis de seguridad pública	193
<i>Licenciado Joel Ronaldo Pérez Álvarez</i>	
La teoría del caso en la defensa pública	229
<i>Licenciada Karen Zarina Reyes Solis</i>	
Evolución de los derechos fundamentales en México	249
<i>Doctor Gustavo Serrano García</i>	
Constitucionalidad y convencionalidad del artículo 478 de la Ley General de Salud	262
<i>Licenciado Jesús Felipe Solís Domínguez</i>	
El error interpretativo de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados por los juzgadores federales en México	276
<i>Licenciado Delfino Arturo Velázquez Falcón</i>	
La defensa pública en el sistema acusatorio	301
Sección Cuarta	
<i>Presencia de la Comunidad Jurídica</i>	
<i>Licenciada Lucina Bringas Calvario</i>	
El derecho de defensa, su calidad de derecho humano	317
Boletín bibliográfico	331
Actividades de capacitación	337

Presentación

El número 14 de la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, siguiendo la línea editorial, reúne una serie de interesantes artículos vinculados en su mayor parte a los novedosos temas de los derechos humanos, así como de aspectos propios de los juicios orales próximos a instrumentarse en materia penal federal; además, se presentan otros artículos vinculados a temas de inconstitucionalidad de normas legales, de ejecución de la prisión y de seguridad pública.

Todos los artículos son obra de destacados especialistas en la materia y, desde luego, representan una contribución a la Ciencia Jurídica y, en especial, en lo que atañe a la materia penal. Por ello, los lectores encontrarán una privilegiada fuente de conocimiento jurídico y la oportunidad de llevar a cabo profundas reflexiones acerca del quehacer en su función como juristas.

Mario Alberto Torres López

Director General

Diciembre de 2012

Sección Primera

PRESENCIA DE LA CORTE

El respeto a los derechos humanos contenido en el artículo 3º constitucional, alcances y perspectivas*

*Genaro González Licea***

SUMARIO: I. Introducción. II. Educación y derechos humanos. III. La reforma del artículo 3º constitucional en materia de derechos humanos. IV. Alcances y perspectivas de la reforma al artículo 3º constitucional. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

¿Por qué la reforma en materia de derechos humanos de 2011 incorpora a la educación, al artículo 3º constitucional?¹ ¿cuál es la relación entre educación y estos derechos?, ¿qué significa fomentar *el respeto a los derechos humanos* en el contexto del artículo referido? Estas interrogantes guiarán el presente trabajo. Estimo, sirva de hipótesis de trabajo, que la educación constituye el núcleo y razón de ser de la referida reforma constitucional. Es el espíritu, la filosofía y sentido ético a desplegar en cualquier ámbito de gobierno y sector social, en relación

* Conferencia pronunciada en las *Mesas de diálogo sobre la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, organizadas por el Instituto Federal de Defensoría Pública. Poder Judicial de la Federación, México, 3 de mayo de 2012.

** Responsable del Programa de Contradicciones de Tesis pendientes de resolver en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ Véase: *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de junio de 2011. *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

con los derechos que nos ocupan. Razón por la cual, la educación también constituye, de acuerdo a mi segunda guía metodológica, un instrumento primario de defensa con el cual cuenta cualquier persona para defender, en el ámbito cotidiano, sus derechos humanos.²

Efectivamente, como lo he dicho en otras ocasiones, *para mí la educación constituye la primera garantía de defensa, o instrumento procesal, que tiene a su alcance cualquier persona en un Estado de Derecho para hacer valer sus derechos humanos. Naturalmente, no es un instrumento jurídico en sentido estricto, de ahí que lo presente como metajurídico o metaprocesal. La educación como instrumento de defensa metajurídica o metaprocesal.*³

Considero que es de capital importancia detenerse en el tema, ya que, estoy convencido de ello, la reforma en cuestión rebasa con mucho el marco jurídico nacional. Se instala, en la totalidad de la dinámica social nacional e internacional. En un nuevo patrón de comportamiento cultural, ideológico, político, económico y, por supuesto, jurídico.

Hablar de la educación es dejar la taza de café a un lado, y meditar para sí mismos, antes de exponer reflexión alguna, sobre un problema en el cual lo que digamos será una parte nuestra, de nuestra propia educación, como derecho fundamental mediante el cual generamos la posibilidad de lograr un mejor desarrollo integral como personas, de nuestra personalidad y conciencia histórica, de nuestra historicidad como seres pensantes

² Esta hipótesis de trabajo, con las variantes propias de la ocasión, la sustenté en el *XXII Ciclo de Conferencias de Actualización Judicial 2012*, organizada por el Instituto de Estudios Judiciales y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 22 de mayo de 2012. Así como en la Casa de Cultura Jurídica *Ministro Ernesto Solís López*, del Estado de Puebla, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, 28 de septiembre de 2012.

³ *Ídem.*

en un determinado comportamiento social. Desde este punto de vista, la educación adquiere un sentido más que pedagógico, filosófico y, para decirlo en sentido estricto, adquiere un sentido ético en general, de comportamiento ético, en particular.

¿Para qué y cómo educar? Son interrogantes que encierran un problema estrictamente ético. En el caso mexicano, el propósito es, entre otros, el de fomentar el respeto a los derechos humanos. Hay, por supuesto, otras interrogantes del mismo calibre, pongamos por caso la siguiente: ¿y quién educa al educador, sea este una persona o el Estado mismo? Seguimos fortaleciendo la idea de que el tema central de la educación en materia de derechos humanos es un problema ético, más estrictamente de comportamiento ético, pero, además, nos incrustamos en otro tema: la indisociable práctica de educar para respetar, tanto los derechos humanos como los deberes humanos.

Correlación extremadamente complicada pero inevitable de mencionar, en virtud de que también da cuenta del aspecto ético de la educación misma. Sobre el particular, permítaseme recordar aquí que, en materia de derechos humanos, la correlación entre derechos y deberes constituye *una relación intersubjetiva, es decir, a los derechos o deberes de un o unos individuos respecto de los derechos o deberes de otro u otros individuos. Cuando se habla de la correspondencia que debe tener lugar entre los derechos y deberes de un mismo sujeto, esta ya no es de carácter lógico, sino que se trata, en todo caso, de una exigencia moral. En este sentido puede afirmarse que el disfrute de derechos está condicionado al cumplimiento de ciertos deberes por parte del titular de aquellos.*⁴

⁴ De Páramo, J. R.: “Lección 7...” cit., p. 175.

Un Estado como el nuestro, que se propone, a través de la educación y, más todavía, a través de la indisociable correlación educativa de los derechos y deberes de estos, fomentar el respeto humano, es y será siempre merecedor de reconocimiento.

Educar para respetar los derechos humanos, se traduce, me parece, en un reto, necesidad y voluntad del Estado de propiciar que los ciudadanos se conviertan en sujetos activos de sus propios derechos fundamentales, comunes y aplicables a nivel nacional e internacional.⁵ Reto que adquiere mayor dimensión si consideramos que, por un lado, los índices de la educación en México distan mucho de ser alentadores y, por otro, que cada vez con mayor claridad la evidencia empírica nos muestra que en materia de educación, en nuestro país se dan cita por lo menos estas tres variables: una educación mediática como consumo de mayor difusión e impacto; una educación oficial que corresponde a los intereses, función y responsabilidad propia de un Estado democrático; y una educación crítica, cuyo porcentaje es considerablemente reducido. Insisto, el reto está y en él, en realidad, estamos todos.

Es de mencionar que el tema que nos ocupa lo abordaremos con la exposición de los siguientes puntos: “Educación y derechos humanos”, donde se expondrá la relación que existe entre estos y el desarrollo humano, qué significa educar y educar para qué. Efectuado lo

⁵ Este orden de convivencia no es ni azaroso ni gratuito. Responde a tendencias e intereses de reproducción y dominio en lo ideológico, económico, político y social. Tema que en otras ocasiones he abordado y aquí solamente me limito a apuntarlo. Véase el trabajo de mi autoría publicado en la *Revista* número 12 del Instituto Federal de Defensoría Pública, diciembre de 2011, intitulado: “Retos para implementar la reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos.”

anterior comentaremos propiamente en qué consiste la reforma al artículo 3º constitucional en materia de derechos humanos. En este renglón se hará referencia al significado de la educación contenida en dicho artículo, así como a la trascendencia que tiene, tanto educar para fomentar *el respeto a los derechos humanos*, como la educación como instrumento primario, metaprocesal, de defensa de las personas y, por supuesto, los alcances y perspectivas de la reforma al artículo en cuestión. Finalmente, se proporcionan las conclusiones a las cuales me llevó el presente trabajo, así como la bibliografía utilizada.

II. Educación y derechos humanos

El tema de la educación como vínculo para que los derechos humanos trasciendan la esfera jurídica y se instalen en el comportamiento social, de ninguna manera es novedoso. La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* ya da cuenta de ello, al señalar 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.⁶

Esto último, dicho sea entre paréntesis, me conmueve sobremanera. *Educar para la paz* es para mí una expresión que encierra un optimismo tal que no sé si ubicarlo en la pureza más grande de la condición

⁶ Punto 2 del artículo 26 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Fecha de adopción, 10 de diciembre de 1948.

humana o en la irresponsabilidad demoníaca de una expresión que se sabe, de antemano, imposible de lograr. Educar significa, por sobre todas las cosas, modificar comportamientos y actitudes, razón por la cual el problema central que presenta no es otro sino ético. En el entendido de que “el orden ético pertenece al *ardo passionalis, no al ardo intellectualis*”.⁷ Lo complejo, sin embargo, no termina ahí. Educar significa que alguien educa, luego entonces, el que educa debe estar educado a fin de educar para la paz. La sentencia es clara: *si optamos por educar para la paz hemos de educarnos para la paz*,⁸ no para la violencia, la agresión o la guerra. Se asoma un último tema. Educar con dirección, mediante un determinado objetivo, ¿encierra una manipulación, consciente o no del educador, sea este una persona o el Estado mismo? Este y los demás puntos dichos entre paréntesis espero abordarlos en otro momento; por lo pronto, mi pretensión es exclusivamente mostrar lo complejo del tema.

La medida se impone. La educación, estimo, es siempre un intento, lo remarcó, un intento, de modificar la conducta del otro, en el educando. Unas veces se logra, otras, tan solo se intenta. Educar es corregir, enseñar, aprender. ¿Aprender a qué?, a vivir, pensar y actuar. A ser uno mismo sin dejar de ser parte del otro. *Vivir es pensar y pensar es como vivir dos veces*, sentencia Cicerón.⁹

Estimo que el educador es aquel que se ubica en lo que Pascal llamaba la *docta ignorancia*. Es decir, el que partiendo de la ignorancia natural, recorre todo un camino que es de recorrer y, al final del día, encuentra que no sabe nada y se halla en la misma ignorancia de la que había partido.¹⁰

⁷ Castilla del Pino, C.: *Temas...*cit., p. 269.

⁸ *Ibidem*, p. 271.

⁹ Véase: Cicerón, M.T.: *Disputas Tusculanas...*cit.

¹⁰ Véase: Pascal, B.: *Pensamientos...*cit., p. 178.

Empero hay algo más. En este proceso de conocimiento puede generarse un riesgo preocupante, y el mismo Pascal menciona:

aquellos de entre ellos que han salido de la ignorancia natural, y no han podido llegar a la otra, tienen alguna tintura de ciencia suficiente y forman la clase de los entendidos. Estos turban el mundo y juzgan peor de todo que los demás. El pueblo y los doctos componen, de ordinario, el tren del mundo. Los otros lo desprecian y son, a su vez despreciados.¹¹

Cerrado el paréntesis, previa disculpa por su amplitud, continúo con el tema. Decía que ya en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se menciona la importancia de la educación para fomentar el respeto de los derechos humanos, ello en virtud de que es vista como un medio para que las personas perciban sus derechos en su actuar cotidiano.

Sin embargo, esta idea también está contenida en otros instrumentos internacionales, entre ellos, la *Declaración y Programa de Acción de Viena* (donde se instruye a los Estados que orienten la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales), la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (aquí se pide a dichos Estados que incluyan en sus programas de estudio, entre otros temas, el relacionado con los derechos humanos). También está la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena*; la *Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas*, donde se aprobó el *Plan de acción Internacional del Decenio para la educación en la esfera de los derechos humanos (1995-2004)*, así como la aprobación del

¹¹ *Idem.*

*Programa Mundial para la educación en derechos humanos 2005, por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas.*¹²

Finalmente, sobre el tema educativo es de considerar *la normativa referente a la educación –una educación comprometida con los más altos ideales y valores del ser humano– inserta en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas, que ha merecido la más amplia adhesión, y en el Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Protocolo de San Salvador, ratificado por México y por la mayoría de los Estados americanos.*¹³

Como puede observarse, la educación y los derechos humanos constituyen un instrumento capital para revitalizar la condición humana. Estamos, diría Edgar Morin, *en la era planetaria. Una aventura común se apodera de los derechos humanos dondequiera que estén. Estos deben reconocerse en su humanidad común y, al mismo tiempo, reconocer la diversidad cultural inherente a todo cuanto es humano.*¹⁴

Por lo expuesto, es claro concluir, en cuanto al tema que nos ocupa, el porqué, permítaseme remarcarlo, de que la educación sea concebida como un derecho fundamental mediante el cual se genera la posibilidad de lograr un mejor desarrollo integral de la persona, de su personalidad y conciencia histórica, de su historicidad como persona en un determinado comportamiento social.

¹² Véase: García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J.: *La reforma Constitucional...* cit., p. 118.

¹³ *Ibidem*, p. 122.

¹⁴ Morín, E.: *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, trad. de Mercedes Vallejo-Gómez, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Drower, México, 2001, p. 47. Citado por García Ramírez, S. y Morales Sánchez, Julieta: *op. cit.*, p. 118.

La educación nos da la oportunidad de generar una conciencia social, de constituirnos, nosotros mismos, en ciudadanos, y dejar el confort, propio del “dejar hacer, dejar pasar”, del ser única y exclusivamente un habitante más en sociedad. El hombre debe comprender, como dice Badeni, que *para vivir en democracia, hay que asumir la carga de ciudadano y dejar la comodidad del mero habitante.*¹⁵ Lo cual se traduce en que el ciudadano se construye a través de la educación. Todos somos personas y, como tales, todos somos habitantes que tenemos derechos, empero, tener conciencia de ellos y ejercerlos en nuestra cotidianidad, es adquirir una conciencia ciudadana.

Efectivamente, el comportamiento ciudadano se construye con la educación; qué implica esto: *prepararle para participar en el desarrollo de la comunidad a la vez que potenciar las estructuras participativas en las que pueda implicarse. Debemos tener conciencia de que el ser humano no nace ciudadano, sino que tiene que hacerse en el tiempo y en el espacio. Ser ciudadano implica formar parte de la civis con una serie de derechos y de deberes. Ser ciudadano en la sociedad actual no es una tarea sencilla, sino que presenta una serie de exigencias, pues nadie nace ciudadano, sino que tiene que hacerse, ir formándose a lo largo de su vida. Pero de lo que nadie duda es que la consolidación de los derechos humanos dependerá de esta formación para la ciudadanía. Tarea nada cómoda, ya que exige informarse, aprender a cuestionarse y cuestionar, y, sobre todo, participar en la causa pública.*¹⁶

Remarco la idea, la educación es un derecho fundamental que permite un mejor desarrollo de la personalidad humana y de convivencia con los demás. En este sentido, *el derecho a la educación es una*

¹⁵ Badeni, G.: *Tratado...*cit., p. 55.

¹⁶ López-Barajas, E. y Ruiz Corbella, M. (Coords): *Derechos...*cit., p. 10.

*exigencia del principio de legitimidad democrática del Estado (...) y un requisito imprescindible para hacer efectivo el libre desarrollo de nuestra personalidad. La participación en la formación de la voluntad general ha de realizarse en condiciones de igualdad, y para que esto suceda es indispensable que el ciudadano disponga de la información suficiente para que su formación de voluntad sea autónoma (...). El derecho a la educación no es un derecho de libertad, que pueda o no ejercerse. Es un derecho que tiene que ser ejercido inexcusablemente. De ahí que para el Estado este derecho haya de catalogarse como de prestación, pues está obligado a garantizar su ejercicio mediante el establecimiento de un servicio público de enseñanza.*¹⁷

En nuestro país, este reto educativo de ninguna manera es pequeño. Estamos inmersos en una cultura de la violencia, agréguese el contexto de inseguridad y educación precaria. Nada sencillo es para las personas generar, en su actuar cotidiano, una conciencia sobre sus derechos humanos y el ejercicio de los mismos y, desafortunadamente, solo cuando los derechos humanos se hallan asumidos en la conciencia cívica de los hombres y de los pueblos actúan como instancias para la conducta a las que se puede recurrir. Las normas, las instituciones y los jueces son condiciones necesarias, pero no suficientes, para el efectivo disfrute de las libertades. La adhesión cívica a los derechos y al constitucionalismo no se produce de forma espontánea, requiere de una enseñanza y un aprendizaje, es decir, de una Paideia. Solo la educación en los valores y principios que informan

¹⁷ Agudo Zamora, Miguel J.: *El derecho fundamental a la autonomía universitaria en la legislación española actual*. Página electrónica: <http://congreso.us.es/cidc/mesas/estadoFundamental.htm>, fecha de consulta: 30 de noviembre de 2012.

*las libertades y las normas constitucionales pueden asegurar su vigencia.*¹⁸

Finalmente, en este apartado me interesa resaltar, así sea grosso modo, el papel de la educación en el comportamiento social democrático del Estado. La sentencia es sencilla pero delicada. Es difícil comprender el actuar democrático de un Estado si en él predomina la ignorancia. La razón está en que *las características culturales de la sociedad son determinantes del grado de efectividad del sistema democrático. La más perfecta armazón constitucionalista puede fracasar en la práctica si desconoce las modalidades culturales de la comunidad para la cual fue creada.*¹⁹ Lo peor que le puede pasar a un Estado democrático es desconocer las raíces culturales de la sociedad que le sustenta, y alejarse de ellas mediante una estructura jurídica en la cual ya no se identifican.

El derecho es tal si sus figuras jurídicas no nacen en la ley, sino en ella se plasman. Salvado este requisito, el siguiente elemento a sortear es el cómo ejercerlo. Recordemos que *como la vida política integra la vida social, el sistema democrático no será auténtico sino cuando la comunidad aprenda a proceder democráticamente en su vida privada.*²⁰

De ahí, considero, que es a través de la educación como se puede concientizar a las personas en general, de los derechos y deberes humanos que les asisten. Una educación que propicie el raciocinio, más que la

¹⁸ Pérez Luño, A.E.: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, citado por López-Barajas Zayas, E. y López-Barajas, Perea M. I., “Antropología, epistemología y derechos humanos”, en Emilio López-Barajas, y Martha Ruiz Corbella (Coords), *Derechos humanos y educación*, “Introducción”, primera edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 2000, p. 15.

¹⁹ Badeni, G.: *op. cit.*, p. 55.

²⁰ *Ídem.*

emotividad de los derechos humanos. Acudir a campañas de adoctrinamiento es querer construir ciudadanos de papel y, en el fondo, no querer, en realidad, que estos participen en el comportamiento democrático del Estado. Una sociedad que se precie de actuar en democracia, debe fomentar la libre expresión de la personalidad de las personas que la integran.

Por supuesto, en el entendido de que, en este contexto, la educación, la enseñanza, genera una ponderación de intereses y políticas educativas, pues es muy amplia y compleja *la facultad que tiene toda persona para recibir el tipo y contenido de enseñanza que considere más conveniente para el desarrollo de su personalidad. Esto importa una potestad de elección sobre el material, procedimientos y personas que efectuarán la enseñanza. Como la libertad de enseñanza no es una libertad absoluta, su ejercicio debe adecuarse a las normas que dicte el Estado para preservar el orden público, la moral y las buenas costumbres, en un marco de razonabilidad que no se oponga al pluralismo ni a los esfuerzos particulares destinados a la difusión de la enseñanza en todas las áreas del saber humano. Su objetivo debe apuntar a la concreción de la excelencia en el aprendizaje y la enseñanza.*²¹

La complejidad de la educación, en relación con los derechos humanos ha quedado, espero, más que evidente. Tomarla en serio es cosa que nos compete a todos, en lo individual y colectivo. El salto cualitativo se dará cuando el tema nos interese a todos como personas en sociedad. Cosa nada sencilla en una sociedad liberal donde las desigualdades afloran por el mismo comportamiento de su reproducción social.

²¹ *Ibidem*, p. 541.

III. La reforma del artículo 3º constitucional en materia de derechos humanos

En el artículo 3º constitucional se contempla lo que bien puede considerarse como la visión de la educación en México. En él se dispone que la educación (del latín *educatio,-onis*, enseñanza, disciplina, formación espiritual) que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano, y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

Se contempla que el criterio que orientará a la educación, responderá, entre otros, al comportamiento democrático, *considerando a la democracia no solo como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico. El interés de mostrar las líneas anteriores permiten advertir uno de los valores fundamentales que las organizaciones educativas, y en específico las universidades, están obligadas a observar y practicar: la democracia como principio de forma de vida.*²²

En resumidas cuentas, bien se puede decir que el artículo en cuestión, *constituye el mandamiento constitucional con mayor contenido ético; prevé el horizonte entero de la nación y del individuo, y consecuentemente de los quehaceres del Estado; fija el modelo de sociedad y de persona, como no lo hace ningún otro precepto constitucional, ni siquiera los de mayor enjundia, como los artículos 26 y 42.*²³

Por otra parte, es de referir que la facultad normativa del sistema educativo nacional corresponde al Congreso de la Unión, en tanto que la *función educativa está a cargo*

²² Rosario Muñoz, H. A.: "Algunas..." cit., pp. 223 y 224.

²³ García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J.: *La reforma...* cit., p. 117.

*de la Federación, las entidades federativas, los municipios, los organismos descentralizados y los particulares, con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios. La función social educativa de las universidades e instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía se regulará por las leyes que rigen esas instituciones.*²⁴

Estos elementos son más que suficientes para refrendar la idea de complejidad del sistema educativo nacional, así como la trascendencia de la educación en la reforma que comentamos. Reforma que, como ya lo he expresado en este mismo trabajo, trasciende, con mucho, el ámbito jurídico nacional. Promover a través de la educación una nueva cultura de los derechos humanos, no deja duda de ello. Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez lo expresan de esta manera: *el reto de promover los derechos humanos trasciende al ámbito jurídico y debe atenderse desde el campo de la educación para verdaderamente influir en la cultura y en la sociedad mexicana.*²⁵ Es preciso, agregan, *crear una conciencia social de respeto y exigencia de derechos humanos.* La propuesta de los senadores fue adoptada por los diputados.²⁶

La idea de trascendencia antes descrita, se complementa y fortalece con la convicción de que la educación es, por sobre todas las cosas, un derecho fundamental de los gobernados, mediante el cual se propicia la posibilidad de obtener un mejor desarrollo integral de la persona y de su personalidad y, más aún, permite gestar en el ser humano, una conciencia de su historia e historicidad, de su condición y participación humana en sociedad.

²⁴ Villarreal Corrales, L.: *Nuevo...,* cit.

²⁵ García Ramírez, S. y Morales Sánchez J.: *op. cit.*, p. 119.

²⁶ *Idem.*

Así las cosas, considero básico concluir este apartado, con la trascipción expresa del segundo párrafo del artículo 3º constitucional, modificado en la reforma en materia de derechos humanos de 2011:

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.²⁷

Agréguese a lo anterior, la reforma al mismo artículo constitucional en su párrafo primero y fracción II, inciso c), que señala:

Art. 3º.- Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios–, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; esta y la media superior serán obligatorias.

(...)

Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.²⁸

²⁷ Véase: *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de junio de 2011. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁸ Véase: *Diario Oficial de la Federación* de fecha 9 de febrero de 2012. Decreto por el que se declara reformado el párrafo primero; el inciso c) de la fracción II y la fracción V del artículo 3º, y la fracción I del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.1. Educar para fomentar el respeto a los derechos humanos

Es este el propósito que tiene la reforma del artículo 3º constitucional en materia de derechos humanos, educar para fomentar el respeto al desarrollo integral de la persona, dignidad, personalidad, libertades fundamentales, lo cual encierra, a su vez, tolerancia y respeto a las formas de ser y actuar de los demás, sean estos obreros, campesinos, indígenas, militares o religiosos. Todos los derechos humanos constituyen un conjunto de valores que deben tener los diversos programas de la educación en México. *La libertad, la igualdad de todas las personas, el derecho a la aceptación y comprensión de las diferencias personales, la paz, la justicia, la tolerancia, son valores que sustentan y potencian la práctica de los derechos humanos.*²⁹

¿Qué significa fomentar *el respeto a los derechos humanos* en el contexto constitucional en el que se dice? Daremos una posible respuesta, en realidad, elementos para una posible respuesta. Estimo que la interrogante admite, a su vez, por ejemplo, ¿cuál es la relación entre educación y ciudadanización de los derechos humanos?, ¿qué significado tiene, en el ámbito del derecho, hablar de derechos y garantías? y, a partir de ahí, tener la posibilidad de cerrar el círculo de los derechos humanos en su sentido filosófico, cotidiano, práctico, en una palabra, el sentido de los derechos humanos como actitud de vida. Me refiero a la pregunta: ¿cuál es la relación entre derechos y deberes de cualquier persona en su actuar privado y en sociedad?

El desarrollo de las preguntas anteriores lleva, me parece, a la idea central de que la educación, así vista, constituye un real y efectivo instrumento primario de defensa, un instrumento metaprocesal, de los derechos

²⁹ Sarrate Capdevila, M. L.: “El derecho...”, cit., p. 202.

humanos, al alcance de cualquier persona que pretenda defender, en el ámbito cotidiano, este tipo de derechos.

Primeramente, debo subrayar que para mí en todos los instrumentos de protección está la educación. La educación es el instrumento de protección primaria en la que se sustentan y enlazan el resto de los instrumentos: el jurisdiccional, el no jurisdiccional y, adiciónense con la reforma constitucional en derechos humanos mexicana, el de las sentencias contra México que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instrumentos de los que no daré cuenta aquí, por no ser motivo específico de mi objeto de estudio.

Permitanme dar un ejemplo. Una educación cívica, jurídica, política, nos permite como personas, respetarnos y respetar los derechos humanos del otro. Nos permite ser sujetos históricos, lo cual significa, para decirlo rápidamente, tener una conciencia crítica de nosotros mismos y de nuestro tiempo. Transformarnos de habitantes en ciudadanos.

La educación así vista nos fortalece como personas y nos proporciona el primer instrumento de defensa de los derechos humanos. Sin embargo, la conciencia adquirida nos lleva a activar a los demás instrumentos: a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y sus similares de las entidades federativas (instrumentos de protección no jurisdiccionales), pero también a promover amparos vía la legitimidad que le asiste por la afectación de un derecho (instrumento jurisdiccional). Este tema lo anuncio solamente, toda vez que amerita un espacio específico para su exposición.

¿Cuándo procede el interés jurídico, legítimo y simple, de acuerdo a la reforma constitucional al juicio de amparo?³⁰ Hasta estos momentos se dice, reiteradamente,

³⁰ Véase: *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

que el interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.³¹

En cuanto al interés simple o de hecho, es de referir que este lo tiene toda persona en una sociedad y lo ejerce con la denuncia o la acción popular.³² También se dice que lo tiene aquella persona que la norma no establece en su favor alguna facultad de exigir.³³

Más específicamente, ¿cuándo procede el interés legítimo, de acuerdo con la reforma constitucional al juicio de amparo de junio de 2011? Este es un tema a replantear. Interés jurídico, legítimo y simple, teniendo en cuenta la reforma en cuestión. Lógico, desde una visión distinta a la potestad del Estado de regular procesos de legitimación que privilegien su potestad, como política de acceso a la justicia, para agilizar, dosificar e, incluso, discriminar trámites.

Por el contrario, ahora en las nuevas normas de regulación en materia de legitimación, se debe priorizar la

³¹ Criterio jurisprudencial 2a./J. 141/2002, emitido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, de rubro: *Interés legítimo e interés jurídico. Ambos términos tienen diferente connotación en el juicio contencioso administrativo*.

³² Véase la tesis V, Segunda Parte-1, enero a junio de 1990, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, de rubro: *Interés jurídico. Sus acepciones tratándose de recursos e instancias administrativas*.

³³ Véase tesis XVI.2o.A. T. 4 A, XXX, septiembre de 2009, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, de rubro: *Legitimación para intervenir en el proceso administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato*. Corresponde solo a quien tenga un interés jurídico.

importancia constitucional de los derechos fundamentales, los cuales comprenden tanto un interés jurídico en sentido estricto, como un interés legítimo, colectivo o difuso. La búsqueda del acceso a la justicia sin mediar traba alguna.

Recordemos que en el contexto actual, un tema jurídico permea en juzgados y tribunales del país, y tiene que ver con el grado de educación y conciencia que se puede adquirir con relación a los derechos humanos: la interposición del juicio de amparo de un particular en contra de otro particular. Estamos acostumbrados a que *las violaciones a los derechos humanos frecuentemente las cometan autoridades de los diferentes niveles de gobierno, pero también los ciudadanos y de ello da cuenta los casos que se han presentado en el Poder Judicial de la Federación*, señala en una conferencia Alberto Pérez Dayán.³⁴ De ahí que, continúa el mismo conferencista, la polémica que se vive en este momento se refiera a la posibilidad de interponer juicios de amparo contra actos irregulares cometidos por particulares, y concluye: *es difícil entender que una estructura jurisdiccional prevista para la defensa de los derechos humanos frente al poder del Estado, pueda alcanzar la jurisdicción privada y llevar a juicio a un particular.*³⁵

Finalmente, sobre el tema de legitimidad, interés jurídico e interés legítimo, cabe recordar aquí el contenido de la fracción I del artículo 107 constitucional.³⁶ Ante la

³⁴ Extracto de la intervención del ponente Alberto Pérez Dayán, citada en el artículo “Los ciudadanos cometan violaciones a derechos humanos”, de Miguel Nila Cedillo, Revista *Compromiso*, órgano informativo del Poder Judicial de la Federación, No. 132, junio de 2012, p. 32.

³⁵ *Ídem*.

³⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada,*

idea rectora de que puede promover amparo cualquier persona agraviada, teniendo tal carácter, como señala el mandato constitucional, quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por nuestra Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, se parte de la idea que una persona al acudir a la autoridad competente para reclamar un derecho, de suyo cuenta con un interés, sea este jurídico o legítimo. De ser así, insisto, la legitimación como figura procesal debe replantearse.

Refrendo la idea, la educación constituye el núcleo y razón de ser de la referida reforma constitucional que nos ocupa.

Concluido el ejemplo, abordaré ahora un asunto que pone en la mesa el reformado artículo 3º constitucional, el cual guarda la misma importancia que los demás, ya que, según mi entender, constituye la operatividad real y firme de los derechos humanos reconocidos en la Carta Magna; me refiero al tema de la indisociable práctica de educar para respetar, tanto los derechos humanos como los deberes humanos.

Tema extremadamente complicado, pero inevitable de mencionar, ya que cierra el círculo del aspecto ético de la educación, así como de la forma de fomentarlos, garantizarlos y practicarlos, cuestión que se traduce en el comportamiento ético de la misma.

En materia de derechos humanos, la correlación entre derechos y deberes constituye una interrelación

teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.(...).

subjetiva. Por una parte, los derechos y deberes de una persona se interrelaciona con los derechos y deberes de otra y, por otra, cuando se habla de la correspondencia de derechos y deberes de una misma persona, es decir, de nosotros mismos, esa correspondencia es ética, moral.

Derechos y deberes constituyen, nos dice (como ya se dijo en la introducción del presente trabajo), Juan Ramón de Páramo, una relación intersubjetiva, ello en virtud de que, por un lado, los derechos y deberes de una persona se interrelaciona con los derechos y deberes de otra y, por otro, cuando se habla de correspondencia de derechos y deberes de una misma persona, es decir, de nosotros mismos, esa correspondencia es ética, moral.³⁷

En conclusión, disfrutar derechos está interrelacionado, e incluso condicionado, al cumplimiento de deberes de la propia persona. Hablamos así de dos grandes instancias de interrelación: derechos y deberes entre la misma persona y derechos y deberes de la persona en sociedad.

Sobre el tema, digo, finalmente, que de la misma manera que no es ético separar medios y fines, igualmente, no es ético separar derechos y deberes. La educación en ello cumple un papel fundamental.

3.2. La educación como instrumento meta-procesal protector de derechos humanos

Como lo he expuesto en el presente trabajo, para mí la educación constituye el instrumento primario, básico y fundamental, que tiene toda persona para proteger sus derechos humanos, de acuerdo a su condición, contexto y circunstancia social que vive. Es un instrumento de defensa que, reitero, puede tomarse como metaprocesal, o instancia de defensa del propio ciudadano en cuanto a sus derechos humanos.

³⁷ Véase: De Páramo, J. R.: *op. cit.*, p. 175.

De ninguna manera es azarosa, por lo mismo, la incorporación de los derechos humanos al actuar cotidiano de las personas en general, lo cual difícilmente se logra si es inexistente una conciencia y juicio crítico sobre los mismos, de acuerdo a la especificidad histórica y sociedad donde se dan cita.

Recordemos que los derechos humanos, lo que constituyen en realidad, es un conjunto de *facultades o instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*.³⁸

Por su importancia, dichas facultades o instituciones deben estar jurídicamente protegidas, por una parte, mediante instrumentos procesales idóneos, adecuados para nuestra condición histórica y, por otra, incorporando a tales derechos al actuar cotidiano y consciente de las personas, lo que significa una conciencia de su historicidad y una congruencia entre su pensar y actuar.

Educar, por lo mismo, lo entiendo como la generación de conciencia humana e histórica respecto a su tiempo que le tocó vivir. La educación, así vista, rebasa títulos académicos y se instala en la conciencia que se tenga en relación con su tiempo y circunstancia donde le corresponde actuar.

¿Cuál fue la forma que el legislador mexicano consideró la más adecuada para fomentar el respeto de los derechos humanos y, al hacerlo, protegerlos? Hasta donde alcanzo a percibir, fue a través de la educación, núcleo, insisto, de la reforma constitucional en materia de derechos humanos e instrumento de protección básica y

³⁸ Pérez Luño, A. E.: *Derechos Humanos...*, cit., p. 48.

primigenia. Instrumento metaprocesal. Es así como tiene sentido, para mí, la reforma del artículo 3º constitucional, dentro del conjunto de artículos por ella reformados.

Razón por la cual, efectivamente, lo primero a remarcar es que la reforma constitucional en materia de derechos humanos rebasa, con mucho, el marco propiamente de lo jurídico y se instala en la actividad social en general, en la estructura de la formación social, política y económica del Estado, con el fin de propiciar una nueva visión del mundo, una nueva actitud en el ciudadano, jueces y litigantes. Un nuevo comportamiento de todos y cada uno de los integrantes sociales, como individuos y como individuos en sociedad.

De esta manera, así como es evidente que el legislador materializó el reconocimiento de los derechos humanos en lo nacional e internacional en el artículo 1º constitucional, así también lo es que en el artículo 3º constitucional plasmó el instrumento material para fomentarlos y protegerlos en su base primaria, como lo es la educación. Instrumento mediante el cual se pretende que cualquier persona, tenga la condición que tenga, reconozca en su conciencia que, por el hecho de ser persona, por ningún motivo y circunstancia debe ser discriminada en sus derechos y libertades.

Naturalmente, a él le siguen las figuras procesales en sentido estricto, las garantías constitucionales de protección jurídica. Lo primario o metaprocesal de los derechos humanos, de ninguna manera se contrapone con las dos vías reconocidas por nuestro sistema jurídico para defender y proteger los derechos humanos: la jurisdiccional (el juicio de amparo por excelencia) y la no jurisdiccional (la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por dar un ejemplo);³⁹ antes bien, considero que

³⁹ Sobre la vía no jurisdiccional, véase: González Pérez, L. R.: “El sistema...”, cit.

las fortalece. Tema del que existe abundante material y, por lo mismo, en el presente trabajo omitiré abundar en él.

Hablamos, entonces, que es la educación un medio que por excelencia permite proteger y fomentar una actitud, un comportamiento de convivencia sustentado en los derechos humanos. Elemento básico, tanto en un Estado de derecho, como en un comportamiento social democrático.

A mi criterio, el destino de los derechos humanos está en la formación ciudadana que se logre, como primer círculo de protección de los mismos; posteriormente están todos y cada uno de los instrumentos, de las garantías, de protección judicial de estos.

Es este el propósito que tiene la reforma del artículo 3º constitucional en materia de derechos humanos, educar para fomentar el respeto al desarrollo integral de la persona, en su dignidad, personalidad y libertad, lo cual encierra, a su vez, tolerancia y respeto a las formas de ser y actuar de los demás, sean las personas que sean y la condición de estas.

IV. Alcances y perspectivas de la reforma al artículo 3º constitucional

El artículo 3º constitucional deja claro que la educación, como derecho fundamental, comprende derechos y deberes tanto de las personas en lo individual y colectivo, como del Estado mismo. Deja claro también que vía la educación de los derechos humanos el Estado mexicano pretende establecer un nuevo orden de convivencia.

Fomentar los derechos humanos a través de valores educativos, éticos, más que argumentativos, constituye un reto y objetivo respetable. Naturalmente, ese núcleo de valores está contenido y aceptado en forma universal, por medio de la *Declaración Universal de los Derechos*

Humanos, específicamente, en su artículo 26.2, citado ya en el presente trabajo. Valores que posibilitan el desarrollo de una vida digna del ser humano, su núcleo y condición intrínseca de ser humano, como lo es su dignidad, libertad, igualdad, autonomía personal, entre otros, pero, al mismo tiempo, posibilita un mejor desarrollo de convivencia social en un Estado democrático.

Sin embargo, no porque la educación esté plasmada en la Carta Magna como piedra angular para fomentar el respeto a los derechos humanos, se piense que las cosas están resueltas.

Ciertamente, *la mejor garantía del respeto a los derechos humanos es, sin duda, la implantación de una cultura y educación para esos derechos. Los derechos, por muy consagrados que estén en las Constituciones, se respetan cuando son conocidos y ejercitados previa la correspondiente formación. Los valores que implican solo se alumbran y adquieran sentido cuando se asumen activamente y se practican en la propia vivencia personal. Ya decía Aristóteles que ‘las leyes más útiles, las leyes sancionadas con aprobación unánime de todos los ciudadanos, se hacen ilusorias si la educación y las costumbres no corresponden a los principios políticos siendo democráticas en la democracia y oligárquicas en la oligarquía’*.⁴⁰

Tengamos claro, entonces, que el respeto a los derechos humanos, vía la educación, está en nuestra Constitución y eso es importante, pero no suficiente, ya que es indispensable que esté en el comportamiento cotidiano de las personas y del Estado mismo, en el ser educativo. *Solo una educación en los valores implícitos en esos derechos garantiza un desarrollo estable de*

⁴⁰ Medina Rubio, R.: “El respeto...”, cit., p. 40.

*los mismos.*⁴¹ Razón por la cual, estimo, es necesario reestructurar, de raíz, el sistema educativo nacional, si realmente se quiere que la educación constituya un pilar en la democratización del Estado.

No puede darse, nos dice Pérez Luño, un ejercicio de la libertad y un funcionamiento efectivo de la democracia sin un substrato educativo y cultural que los cimiente, pues cualquier forma de progreso político, económico y social exige la difusión de la cultura, la libertad de conocer y la capacidad para juzgar. En el plano subjetivo, agrega, la educación y la cultura suponen prolongaciones de la libertad de ideas y de manifestaciones del pensamiento y condición *sine qua non* para el libre desarrollo de la personalidad.⁴²

La educación así vista, *es uno de los indicadores más fiables del modo de ser de una sociedad, ya que pone de manifiesto cómo son instruidas y socializadas las nuevas generaciones, es decir, permite saber cuáles son los mecanismos básicos de transmisión del conocimiento y de los valores.*⁴³

Como es de suponer, esta transmisión del conocimiento y de valores lleva a la reticencia de complejos factores de poder social, económico y político que buscan permanentemente marcar su preponderancia en la sociedad. Si se suma a lo anterior el *comprendible deseo de influir en la cultura y las convicciones de los jóvenes, se añade la arraigada conciencia de que la instrucción es un factor de libertad individual y de que la democracia no puede funcionar correctamente sin ciudadanos mínimamente educados, se comprenderá con facilidad que los textos constitucionales suelan ocuparse de diseñar el armazón del sistema educativo del país. Ello sirve*

⁴¹ *Idem.*

⁴² Véase: Pérez Luño, A. E.: *Los derechos...,* cit., pp. 197 y 198.

⁴³ Díez-Picazo, L. M.: *Sistema...,* cit., p. 469.

*para establecer un compromiso básico en materia educativa, que ponga coto a la permanente tentación de transformar los contrastes ideológicos en abierta ‘guerra escolar’; y sirve, asimismo, para reafirmar el vínculo indisoluble entre educación, libertad y democracia.*⁴⁴

En lo particular, el compromiso constitucional mexicano en materia educativa, más específicamente, el compromiso constitucional de fomentar el respeto a los derechos humanos (valores propios de la dignidad, libertad e igualdad humana) a través de la educación, queda plasmado en el artículo 3º de la Carta Magna. De su contenido se desprende que este derecho y obligación de fomentar los derechos humanos le asiste a todo mexicano y, más aún, que es a través de la educación el cómo perfiló el legislador un mejor desarrollo de la persona, de la personalidad y convivencia de esta en la sociedad y democracia.

Asimismo, también podemos decir que el legislador, mediante esta medida, busca fomentar ciudadanos investidos de derechos y deberes, personas capaces de cuestionar aquellos comportamientos injustos, aquellos actos de autoridad que afecten sus derechos.

De ahí, precisamente, que este medio constitucional tan amplio y complejo como es la educación, lo concibo como el instrumento primario, metaprocesal, en la defensa de los derechos humanos. Empero, para fomentar tales derechos, es imperioso tener presente que toda persona primeramente, incluyéndome, debe educarse para fomentarlos. Lo cual quiere decir que primero uno mismo debe fomentar un comportamiento ético, íntimamente ético y, posteriormente, fomentar los derechos humanos en los demás.

⁴⁴ *Ibidem* p. 470.

Esta dialéctica de la educación, educarme para educar, fomentar en mí la conciencia y práctica de los derechos y deberes humanos para fomentarlos después, constituye, considero, el planteamiento central del artículo 3º constitucional en la materia que nos ocupa.

V. Conclusiones

Las dos ideas rectoras que guiaron el presente trabajo, fueron confirmadas en su plenitud. Por un lado, se confirmó que, efectivamente, la educación es el núcleo y razón de ser de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y, por lo mismo, de ninguna manera es azaroso que se haya incorporado a dicha reforma el artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, por otro, que la educación constituye un instrumento de protección metaprocesal en la multicitada reforma. Es un instrumento primario de defensa que toda persona tiene a su alcance, además de los instrumentos jurisdiccionales, el juicio de amparo por excelencia, y los no jurisdiccionales, como lo es, por ejemplo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Por otra parte, de acuerdo a la propia línea de investigación, se puede concluir que para proporcionar un mejor cumplimiento al mandato constitucional de fomentar el *respeto de los derechos humanos* a través de la educación, cuestión que en el fondo encierra un problema de comportamiento ético, es indispensable fortalecer los sistemas educativos y, de preferencia, reestructurar el sistema educativo nacional, sin olvidar, por supuesto, la imperiosa necesidad de ciudadanizar los derechos en cuestión. Lo cual se traduce en buscar que los derechos y deberes humanos se incorporen en el actuar cotidiano de las personas, tanto en su esfera individual como en su comportamiento social en un Estado democrático.

VI. Bibliografía

- Agudo Zamora, Miguel J.: *El derecho fundamental a la autonomía universitaria en la legislación española actual*. Dirección en página de Internet: <http://congreso.us.es/cidc/mesas/estadoFundamental.htm>.
- Badeni, Gregorio: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomos I y II, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- Castilla del Pino, Carlos: *Temas, hombre, cultura, sociedad*. Editorial Península, Barcelona, España, 1989.
- Cicerón, Marco Tulio: *Disputas Tusculanas*, Centro de Estudios Clásicos, Instituto de Investigaciones Filológicas, UNAM, México, 1987.
- Díez-Picazo, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*, Editorial Thomson-Civitas, 2^a edición, Madrid, España, 2005.
- García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta: *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.
- González Licea, Genaro: “Retos para implementar la reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, número 12, Consejo de la Judicatura Federal, Poder Judicial de la Federación, México, diciembre de 2011.
- González Pérez, Luis Raúl: “El sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México”, *Revista IUS*, vol. 5, número 28, julio-diciembre de 2001, Puebla, México.

- López-Barajas, Emilio y López-Barajas Perea, Ma. Inmaculada: “Antropología, epistemología y derechos humanos”, en Emilio López-Barajas, y Martha Ruiz Corbella (Coords.), *Derechos humanos y educación*, primera edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 2000.
- López-Barajas, Emilio y Ruiz Corbella, Martha (Coords): *Derechos humanos y educación*, “Introducción”, primera edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 2000.
- Medina Rubio, Rogelio: “El respeto a los derechos humanos y la educación en los valores de una ciudadanía universal”, en Emilio López-Barajas, y Ruiz Corbella, Martha (Coords): *Derechos humanos y educación*, “Introducción”, primera edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 2000.
- Morin, Edgar: *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura(UNESCO), Drower, México, 2001.
- De Páramo, Juan Ramón: “Lección 7, Conceptos jurídicos fundamentales”, en: Varios autores, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997.
- Pascal, Blaise: *Pensamientos sobre la religión y sobre otros asuntos*, Editorial Losada, segunda edición, Buenos Aires Argentina, 1972.
- Pérez Dayán, Alberto: citado en el artículo “Los ciudadanos cometan violaciones a derechos humanos”, de Miguel Nila Cedillo, Revista *Compromiso*, órgano informativo del Poder Judicial de la Federación, No. 132, junio de 2012.

- Pérez Luño, Antonio E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1984.
- Pérez Luño, Antonio E.: *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, octava edición, Madrid, España, 2005.
- Pérez Luño, Antonio E.: *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, España, 1996.
- Rosario Muñoz, Héctor Antonio: “Algunas reflexiones en torno a la dimensión jurídica de la autonomía universitaria”, en *La autonomía universitaria a debate. Una visión desde América Latina*, Universidad de Guadalajara, Editorial Universitaria, México, 2010.
- Sarrate Capdevila, Ma. Luisa: “El derecho a aprender a lo largo de la vida”, en *Derechos humanos y educación*, Primera edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 2000.
- Villarreal Corrales, Lucinda: *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Editado por Editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

Legislación consultada

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Fecha de adopción, 10 de diciembre de 1948.
- *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de junio de 2011. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Diario Oficial de la Federación* de fecha 9 de febrero de 2012. Decreto por el que se declara reformado el párrafo primero; el inciso c) de la fracción II y la fracción V del artículo 3º, y la fracción I del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, órgano de difusión del Poder Judicial de la Federación.

Sección Segunda

PRESENCIA DE LA JUDICATURA

El derecho de defensa de los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación

*Juan Carlos Cruz Razo**

Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial, en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno.¹

Eduardo Couture

PRESENTACIÓN: Este trabajo surge de una reflexión de las muchas a que obliga ser Consejero de la Judicatura Federal; más aún, cuando esa función debe ejercerse en el ámbito disciplinario, porque representa una labor de gran responsabilidad, en la que, por mandato constitucional debemos tutelar los derechos humanos de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación.

La tarea de juzgar los actos de los semejantes es muy ingrata y precisa de temple, serenidad, prudencia y conocimiento.

Y la tarea de juzgar al que juzga es doblemente ingrata y de una enorme complejidad.

Por ello, aquellos juzgadores que han sido juzgados, deben tener la posibilidad de someter un fallo que les ha sido adverso, por lo menos, a una instancia revisora; el respeto pleno a sus derechos humanos así lo exige.

* Consejero de la Judicatura Federal.

¹ Couture, Eduardo J.: *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, t. I, 2^a ed., Ed. Depalma, 1978, p. 91.

Un buen juez, ante la disyuntiva de que sus fallos sean definitivos o de que puedan revisarse, siempre preferirá esto último, pues sabe que, por esencia, no es infalible.

Nuestra Constitución establece los derechos fundamentales de los gobernados, entre ellos, el artículo 14 constitucional prevé bajo el nombre de la garantía de audiencia y legalidad, dar a los gobernados la oportunidad de defensa ante el órgano o tribunal competente, previamente a cualquier acto privativo de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos.

Para el respeto y efectividad de los derechos fundamentales que tutela la Constitución, nuestro sistema jurídico instituye a favor de los gobernados medios de impugnación a través de los que tienen la posibilidad de combatir los actos de autoridad que les afecten.

El marco legal que rige en el ámbito federal en materia de responsabilidad administrativa, si bien aplica respecto de servidores públicos, recae sobre personas físicas; contempla para algunos de ellos, la existencia de recursos administrativos y del juicio contencioso-administrativo, así como procedimientos previos ante las propias autoridades administrativas, e incluso el juicio de amparo ante los órganos del Poder Judicial de la Federación. Se salvaguarda así el respeto a los derechos humanos de esos sujetos.

También los sistemas judiciales locales, que rigen la materia de responsabilidad administrativa, prevén medios ordinarios de defensa legal a través de los cuales los jueces están en posibilidad de combatir las decisiones que les afecten, emitidas por el órgano encargado de la disciplina y de vigilar su recto desempeño, y pueden también acudir al juicio de amparo cuando estimen que

una decisión o acto de ese órgano, es violatorio de sus derechos fundamentales.

Los juzgadores de los Estados pueden impugnar las resoluciones administrativas que les afecten, en las que se les sancione por causa de responsabilidad, trátese de la sanción de que se trate; es decir, desde una sanción mínima hasta una destitución, como en el caso del Estado de Jalisco, cuyo régimen jurídico establece los recursos de reclamación y de apelación; el Estado de Hidalgo, que prevé los recursos de queja, reclamación y revisión; al igual que en los Estados de Baja California, Veracruz, Tabasco y Guerrero, y el Distrito Federal, que admiten los recursos de reclamación, de apelación y de revisión.

De modo que el servidor público sujeto de responsabilidad administrativa que esté inconforme con la resolución que se emita en su contra, con independencia de su gravedad, podrá combatirla en la vía judicial, pudiendo promover el juicio de amparo ante los tribunales federales, por actos de la autoridad que estime violatorios de sus garantías y derechos fundamentales.

Esto es, los juzgadores estatales e incluso municipales, tienen el derecho de defenderse contra cualquier resolución que les afecte e incida en su carrera judicial; y en ejercicio de ese derecho de defensa pueden acudir a los recursos ordinarios y a los medios de defensa extraordinarios, como es el juicio de amparo, pudiendo llegar en este hasta lograr que su asunto sea conocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en última instancia.

En cambio, los Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación, enfrentan, a la fecha, una situación problemática porque no cuentan con medio de defensa legal alguno mediante el cual puedan exigir el respeto efectivo a su garantía de audiencia tutelada en la

Constitución Federal Mexicana, en aquellos casos en que la sanción no llega a la separación del cargo.

Ello, porque el sistema legal que rige la responsabilidad administrativa a que se encuentran sujetos, no prevé recursos ni un medio de impugnación a través del cual puedan combatir la sanción que les imponga el órgano administrativo competente, encargado de ejercer las atribuciones de vigilancia y disciplina, así como de verificar que su desempeño sea acorde con los principios que rigen la carrera judicial –se reitera–, en aquellos casos en que la sanción no llega a la separación del cargo.

Los juzgadores federales pueden ser sancionados con diferentes medidas que van desde: apercibimiento privado o público; amonestación privada o pública; sanción económica; suspensión del empleo, cargo o comisión; destitución; hasta inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

Destaca entre esas sanciones la suspensión, que puede ir de tres días hasta un año y que tiene efectos muy similares a una separación o destitución, porque al estar suspendidos los Jueces o Magistrados federales no pueden aceptar ni desempeñar un empleo, cargo o comisión pública (por mandato constitucional contenido en el párrafo primero del artículo 101 de la Carta Magna), es decir, quedan privados de sus ingresos y esto se convierte en una doble sanción.

Ese es el problema que enfrentan a la fecha los Jueces y Magistrados federales y debe llevarnos a una seria reflexión, ante la necesidad de que dichos servidores judiciales, encargados de velar por el respeto de los derechos fundamentales que la Constitución establece, cuenten con medios o recursos que les permitan hacer efectivo su derecho de defensa, a fin de que prevalezca

nuestro Estado de Derecho, en el que el orden legal vigente debe estar orientado a salvaguardar la seguridad jurídica y el respeto absoluto de los derechos fundamentales.

Ya en otras ocasiones, se ha hecho hincapié en la necesidad de que se respete y haga efectiva la garantía de audiencia y legalidad a favor de los juzgadores federales, atendiendo a la función de impartición de justicia que les compete y al papel esencial que juegan de velar para que las autoridades actúen con estricto apego a la ley y la Constitución.

El presente artículo tiene por objeto hacer patente la situación de total estado de indefensión que enfrentan los juzgadores federales, al no tener la posibilidad legal de impugnar las resoluciones en las que el Consejo de la Judicatura Federal les sancione por causa de responsabilidad administrativa, salvo el caso de la destitución del cargo.

Las resoluciones del Consejo de la Judicatura Federal, evidentemente, no son infalibles y existen muchos precedentes, en aquellos casos en que ha sido procedente un recurso, en los que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha revocado determinaciones del Consejo de la Judicatura.

Esa realidad debe llevarnos a realizar una profunda reflexión y análisis del tema y a plantear alternativas de solución, dirigidas a lograr que se haga efectivo el derecho de defensa de los Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación, ya que no es concebible que en un Estado de Derecho como el nuestro, en el que la función de impartición de justicia es esencial para lograr el respeto de los derechos y garantías tuteladas en la Constitución, no se respete a los Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación la garantía de audiencia y legalidad, al no permitirles la posibilidad de impugnar

las determinaciones que les afecten, que se emitan en materia de responsabilidad administrativa, cuando se trate de apercibimiento hasta suspensión del cargo.

Es esencial que se concrete y haga efectivo su derecho de defensa, acorde con la nueva tendencia que ha surgido sobre la base del respeto efectivo de los derechos humanos. Para lograrlo, es fundamental conocer el contexto en el que se da la problemática planteada, que enfrentan los juzgadores federales.

A partir de la reforma a los artículos 94, 99 y 100, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se modificó la estructura, competencia y organización del Poder Judicial de la Federación y, como parte de esa reestructuración, se creó el Consejo de la Judicatura Federal, órgano independiente al que se asignaron las funciones de administración, vigilancia y disciplina, así como la relativa a velar por la independencia de los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece que la disciplina de los servidores judiciales, con excepción de los de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estará a cargo del Consejo de la Judicatura Federal y, en su artículo 77, dispone que dicho órgano contará con comisiones, entre ellas, la Comisión de Disciplina, la cual será auxiliada por la Secretaría Ejecutiva de Disciplina, cuyas funciones serán determinadas por el Pleno del propio Consejo.

Para el adecuado ejercicio de la atribución que le compete, consistente en supervisar el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y vigilar que el desempeño de los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito sea con apego estricto a los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia que rigen la carrera judicial, el Pleno del Consejo de la Judicatura

Federal expidió, en el ámbito de su competencia, el Acuerdo General que Reglamenta el Procedimiento de Responsabilidad Administrativa y el Seguimiento de la Situación Patrimonial, aprobado en sesión ordinaria celebrada el 3 de noviembre de 2010 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de enero de 2011, en vigor a partir del día siguiente.

En la ley y en el acuerdo general antes citados, se establecen las reglas y procedimientos para determinar la responsabilidad administrativa de los Jueces, Magistrados y demás servidores públicos adscritos a órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, así como para sancionarlos.

Se establecen también, en ambos ordenamientos legales, las sanciones aplicables a las faltas y omisiones constitutivas de responsabilidad administrativa, que van desde apercibimiento privado o público; amonestación privada o pública; sanción económica; suspensión; hasta destitución del puesto; e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

En ese contexto, el problema que se presenta en materia de responsabilidad administrativa de los Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación, como ya quedó señalado, es que la ley y el acuerdo mencionados no prevén recurso ni medio de defensa legal alguno, mediante el que puedan combatir las decisiones del Consejo de la Judicatura Federal, en las que determine sancionarlos por causa de responsabilidad administrativa, salvo que se trate de la sanción de destitución en el cargo. (Obvio, también en aquellos supuestos de inhabilitación)

Ese es el gran inconveniente que presenta el sistema jurídico mexicano que rige en materia de responsabilidad administrativa para los Jueces y Magistrados del Poder

Judicial de la Federación, ya que no cuentan con ningún medio de defensa legal para combatir la resolución en la que se les sancione con apercibimiento privado o público; amonestación privada o pública; sanción económica; o suspensión del cargo, pues ninguna de esas sanciones son susceptibles de impugnarse mediante el recurso de revisión administrativa, cuya procedencia está limitada a los supuestos establecidos en el párrafo noveno del artículo 100 constitucional, que dispone:

Las decisiones del Consejo serán definitivas e inatacables y, por lo tanto, no procede juicio ni recurso alguno, en contra de las mismas, salvo las que se refieran a la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, las cuales podrán ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia, únicamente para verificar que hayan sido adoptadas conforme a las reglas que establezca la ley orgánica respectiva.

De conformidad con la parte normativa transcrita, el recurso de revisión administrativa procede solo contra las resoluciones del Consejo de la Judicatura Federal referidas a la designación, adscripción, readscripción, ratificación y remoción de Magistrados y Jueces.

Esas decisiones pueden ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia, únicamente para verificar que se emitieron con apego a las reglas y requisitos exigidos en la ley y acuerdos generales expedidos por el propio Consejo, en garantía de una adecuada impartición de justicia.

Los mismos supuestos de procedencia del recurso de revisión administrativa establecidos en la Constitución, se prevén en los numerales 122, 123 y 140, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, preceptos que, en su orden, disponen:

Artículo 122. Las decisiones dictadas por el Consejo de

la Judicatura Federal serán definitivas e inatacables, salvo las que se refieran al nombramiento, adscripción, cambios de adscripción y remoción de magistrados de circuito y jueces de distrito, las cuales podrán impugnarse ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, mediante el recurso de revisión administrativa. El recurso de revisión administrativa tendrá como único objeto que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia determine si el Consejo de la Judicatura Federal nombró, adscribió, readscribió o removió a un magistrado de circuito o juez de distrito, con estricto apego a los requisitos formales previstos en esta ley, o en los reglamentos interiores y acuerdos generales expedidos por el propio Consejo de la Judicatura Federal.

Artículo 123. El recurso de revisión administrativa podrá interponerse:

I. Tratándose de las resoluciones de nombramiento o adscripción con motivo de un examen de oposición por cualquiera de las personas que hubiera participado en él;

II. Tratándose de las resoluciones de remoción, por el juez o magistrado afectado por la misma, y

III. Tratándose de las resoluciones de cambio de adscripción, por el funcionario judicial que hubiera solicitado el cambio de adscripción y se le hubiere negado.

Artículo 140. Las resoluciones por las que el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal imponga sanciones administrativas consistentes en la destitución del cargo de magistrados de circuito y juez de distrito, podrán ser impugnadas por el servidor público ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia mediante el recurso de revisión administrativa.

Como se desprende de los preceptos transcritos, la procedencia del recurso de revisión administrativa se prevé solo para las decisiones del Consejo de la Judicatura Federal que se refieren a la designación, adscripción, cambio de adscripción, ratificación y remoción de Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito, comprendiendo en esos supuestos de procedibilidad, el caso de la no ratificación en los cargos de Juez de Distrito o Magistrado de Circuito.

Al margen de los casos limitativos enunciados en el párrafo noveno del artículo 100 de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado el mencionado precepto constitucional y ha definido que procede la revisión administrativa, cuando se trate de la no ratificación en los cargos de Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, justamente por tener como efecto la remoción en el cargo.

Esa interpretación motivó la emisión de la tesis del rubro y texto siguientes:

REVISIÓN ADMINISTRATIVA. PROCEDE CONTRA LA REMOCIÓN DE UN MAGISTRADO DE CIRCUITO O DE UN JUEZ DE DISTRITO, POR CUALQUIER CAUSA.

El decreto del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, que reformó, entre otros, el artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableció que las decisiones del Consejo de la Judicatura Federal son inatacables, excepto las que se refieran a la designación, adscripción y remoción de Magistrados de Circuito y de Jueces de Distrito. Por tanto, como el legislador no limitó la procedencia del recurso a los casos en que expresa y literalmente se utilizaran tales palabras, debe atenderse solo al significado de esos enunciados o expresiones, pues el señalamiento

de ciertos términos no implica exclusión de otros que refieren un hecho idéntico. En consecuencia, si existe una resolución de remoción por no haberse ratificado a uno de los servidores públicos antes mencionados, debe entenderse que sí procede el recurso de revisión administrativa establecido en el referido precepto constitucional.

Fuera de las hipótesis mencionadas, no hay posibilidad legal, para los Jueces y Magistrados, de impugnar las decisiones definitivas tomadas por el Consejo de la Judicatura Federal en las que les imponga sanción económica, apercibimiento privado o público, amonestación privada o pública, o suspensión.

Respecto de aquellas sanciones aplicables en materia de responsabilidad administrativa, la Suprema Corte de Justicia ha determinado que no procede el recurso de revisión administrativa en virtud de que su procedencia está limitada a los supuestos establecidos en el párrafo noveno del artículo 100 constitucional, en tanto dispone este precepto que las decisiones del Consejo de la Judicatura Federal *serán definitivas e inatacables*.

Así, las normas aplicables en materia de responsabilidad administrativa de Jueces y Magistrados, han hecho nugatoria toda posibilidad de defensa legal contra las sanciones que les imponga el Consejo de la Judicatura Federal por causa de responsabilidad administrativa, pues ni siquiera cuando la sanción llega a ser trascendente y origina consecuencias graves para el servidor judicial, como es tratándose de la suspensión sin goce de percepciones económicas, admite medio de impugnación alguno.

Tampoco en el caso de que estimen que se cometieron violaciones procesales en su perjuicio, tienen los servidores públicos judiciales algún medio de defensa legal a través del cual puedan impugnarlas, para lograr que se reparen.

Por lo que es manifiesto que se deja a los Jueces y Magistrados federales en completo estado de indefensión, al no contar con ningún recurso ni medio de defensa legal mediante el que puedan impugnar las decisiones del Consejo de la Judicatura Federal en las que determine sancionarlos por causa de responsabilidad administrativa, salvo que se trate de destitución en el cargo, único supuesto en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha admitido que procede el recurso de revisión administrativa.

Esa situación de total estado de indefensión que enfrentan los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito, ha sido y es un tema preocupante y de suma importancia, que insisto, debe llevarnos a una reflexión y a buscar posibles soluciones que les permitan hacer efectivo su derecho de defensa.

Para tal efecto, considero conveniente acudir a la nueva tendencia que ha marcado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir del criterio y resolución emitida en diversos asuntos de gran relevancia, como es el *CASO CASTAÑEDA*.

En la sentencia que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del señor Jorge Castañeda Gutman, estableció que los Estados-Parte debían adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos en el régimen jurídico interno, los derechos, libertades, garantías y disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos; que debían suprimir las prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental; y en lo esencial, se determinó en dicho fallo, que la inexistencia de un recurso efectivo constituye una violación a la citada Convención y un incumplimiento a su deber de adoptar disposiciones al interior, para hacer efectivos los derechos establecidos en la propia Convención.

Ello se advierte de la parte relativa de dicha sentencia, que dice:

131. Dado que el recurso de amparo no resulta procedente en materia electoral, la naturaleza extraordinaria de la acción de inconstitucionalidad y la inaccesibilidad e ineffectividad del juicio de protección para impugnar la falta de conformidad de una ley con la Constitución, en la época de los hechos del presente caso no había en México recurso efectivo alguno que posibilitara a las personas cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Constitución Política y en la Convención Americana. En razón de ello, la Corte concluye que el Estado no ofreció a la presunta víctima un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido, y por lo tanto violó el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Castañeda Gutman.

132. La Corte ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que todo Estado Parte de la Convención ‘ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención’.² También ha afirmado que los Estados ‘deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental’.³ La

² Cfr. Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 171; y Caso Zambrano Vélez y otros, *supra* nota 27, párr. 79.

³ Cfr. *supra* nota 27.

*obligación contenida en el artículo 2 de la Convención reconoce una norma consuetudinaria que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas*⁴.

133. En el presente caso la inexistencia de un recurso efectivo constituyó una violación de la Convención por el Estado Parte, y un incumplimiento de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado.

También es de destacarse la interpretación y criterios sostenidos en el caso de *ROSENDO RADILLA*, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir del debate y resolución de este asunto, asumió un criterio que viene a ser relevante porque deja ver, de manera clara, la tendencia y participación que ha marcado, en salvaguardar y velar por el respeto absoluto de los derechos humanos tutelados en la Constitución y en los instrumentos internacionales en que el Estado mexicano sea parte.

Bajo esa nueva corriente de pensamiento jurídico, el Máximo Tribunal Constitucional asumió como obligación, la de ser garante de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales.

Lo que es un logro significativo porque redunda en beneficio de los gobernados, y a la vez, posiciona a ese Alto Tribunal como máximo intérprete y garante de los derechos consagrados en la Constitución.

⁴ Cfr. Caso *Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; Caso *La Cantuta*, *supra* nota 44, párr. 170; y Caso *Zambrano Vélez y Otros*, *supra* nota 27, párr. 55.

Esa nueva corriente adquiere aún mayor relevancia porque a partir de la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, en la que se incorpora en el artículo 1º de nuestra Carta Magna, la referencia concreta a los derechos fundamentales inherentes a toda persona, se confirma que los criterios y resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deben ser orientadores en las decisiones sobre violaciones a derechos fundamentales, tanto por la mención expresa que de ellos se hace en el artículo 1º constitucional, como por la inclusión de los tratados internacionales en el ámbito de protección de derechos humanos.

Acorde con esa nueva postura, la situación de total estado de indefensión en que se ubican los Jueces y Magistrados federales, al no contar con ningún recurso ni medio de defensa legal para combatir las sanciones que les aplica el Consejo de la Judicatura por faltas de naturaleza administrativa, constituye una clara violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en virtud de la cual se creó el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, conformado por la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La adhesión de México a esa Convención, fue aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981.

Lo importante a destacar sobre dicha Convención, es que los Estados que son Parte, reafirmaron su compromiso de consolidar un régimen fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, reconocieron la necesidad de que su protección sea a

nivel internacional, como coadyuvante o complementaria de la tutela que ofrece el derecho interno de los Estados-Parte y asumieron, entre otras obligaciones, la de revisar e instrumentar los medios necesarios para garantizar los derechos de los gobernados, la tutela efectiva de éstos, y su protección judicial.

Este último deber que asumieron los Estados-Parte, tiene sustento legal en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Como criterio rector, debe tenerse en cuenta que el Máximo Tribunal Constitucional, en el debate y análisis del proyecto de resolución relativo a la sentencia de 23 de noviembre de 2009, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Rosendo Radilla, que motivó el expediente Varios 489/2010 y el diverso expediente 912/2010, del índice de ese Alto Tribunal, sostuvo:

Que atendiendo a las disposiciones del artículo 1º constitucional reformado, derivan varias obligaciones que tendrán que llevar a cabo los juzgadores mexicanos, independientemente de las consideraciones del caso Radilla, y que el control de convencionalidad es algo que se realiza actualmente, con la salvedad de que ahora el artículo 1º constitucional ha ampliado el marco de referencia para la solución de asuntos en

donde se alegue violación a derechos fundamentales, pues ya no solo se hace referencia expresa y directa a nuestra Constitución, sino también a todos aquellos tratados internacionales donde se reconozcan estos derechos.

Partiendo de esa consideración, la Suprema Corte de Justicia, al resolver ese caso, sostuvo la obligación de proteger los derechos fundamentales tutelados en la Constitución y los establecidos en los diversos instrumentos internacionales en que México sea Parte.

De ahí que el Máximo Tribunal Constitucional reconociera como obligación la promoción y protección de todo el nuevo sistema que establece nuestra Constitución para los derechos fundamentales y como una de sus funciones esenciales y primordiales, la protección de los derechos humanos y el restablecimiento de las garantías que hayan sido violadas.

Con base en esos razonamientos, arribó a la conclusión de que resultan obligaciones para los jueces del Estado Mexicano, particularmente la de ejercer el control de convencionalidad que se reconoció como obligatorio por los señores Ministros integrantes del Tribunal Pleno de la Suprema Corte.

En el debate que realizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el asunto de Rosendo Radilla, que motivó el análisis de temas interesantes y de gran trascendencia, se expusieron consideraciones que son muestra del reconocimiento de los señores Ministros, del derecho de defensa, como un derecho fundamental protegido en la propia Constitución y en instrumentos internacionales, tal como se advierte de la transcripción siguiente:

Es obligación del Estado Mexicano, así como de las entidades que lo conforman, cumplir con la

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, es indudable que los compromisos internacionales de nuestro país, deben ser escrupulosamente respetados y satisfechos los propósitos que con ellos se buscan, especialmente si el objetivo de esos instrumentos, es lograr el respeto y vigencia efectiva de los derechos fundamentales del ser humano.

Bajo esa tesisura, queda claro que la resolución emitida en el caso de Rosendo Radilla y la reforma al artículo 1º constitucional, han sido determinantes para el establecimiento de nuevos criterios en los que se privilegia la tutela y respeto absoluto de los derechos humanos consagrados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales en los que México es parte.

En ese sentido, es esencial que tanto la Constitución como los instrumentos y compromisos internacionales sean respetados, de lo que subyace el deber de que la interpretación que haga la Suprema Corte de Justicia, esté orientada a lograr el respeto y vigencia efectiva de los derechos fundamentales de los gobernados, establecidos en el derecho interno y en otros instrumentos internacionales como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Entre las condiciones, obligaciones y derechos contenidos en ese instrumento internacional, importa traer a colación el artículo 25, referente a la **PROTECCIÓN JUDICIAL**, que impone a los Estados-Parte, la obligación de garantizar que toda persona cuente con un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que les ampare contra la violación de sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la propia Convención.

Sin embargo, en el caso de los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito, no se cumple ese deber porque

a la fecha no tienen la posibilidad de impugnar las sanciones que les impone el Consejo de la Judicatura Federal, consistentes en apercibimiento privado o público; amonestación pública o privada; sanción económica; o suspensión en el cargo, situación que contraviene abiertamente el artículo 16 de la Constitución Federal y que resulta violatoria de los deberes y obligaciones asumidos por el Estado Mexicano en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica.

Además de ese, existen otros instrumentos internacionales que contienen normas en las que se hace un pronunciamiento específico sobre el derecho de defensa de los juzgadores, y en otros se reconoce su derecho a tener un medio de impugnación contra las decisiones disciplinarias que les afecten, como son los siguientes:

Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, confirmados por la Asamblea General, en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de septiembre de 1985.

Medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo

...

20. Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo estarán sujetas a una revisión independiente. Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación o similares.

Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces y Memorándum Explicativo, adoptada por los participantes

de la reunión multilateral sobre el Estatuto de los Jueces en Europa, organizada por el Consejo de Europa, del 8 al 10 de julio de 1998.

5. Responsabilidad

5.1 La negligencia de un juez en el desempeño de uno de los deberes definidos expresamente en el estatuto, únicamente puede dar lugar a sanciones por disposición, propuesta, recomendación, o con el consentimiento de un tribunal o autoridad, la mitad de cuyos miembros deben ser jueces electos, en el marco de procedimientos en que las partes gocen de una audiencia plena, en la que el juez contra quien se celebre tiene derecho a ser representado. La escala de sanciones que pueden imponerse se establece en el estatuto, y su imposición está sometida al principio de proporcionalidad. La decisión de una autoridad ejecutiva, de un tribunal, o una autoridad que pronuncie una sanción, como se prevé en el presente instrumento, estará sujeta a apelación ante una autoridad judicial de mayor jerarquía.

El Memorándum explicativo desarrolla dicho principio de la siguiente manera:

5. Responsabilidad

5.1 ...

Asimismo, la Carta establece garantías sobre las audiencias disciplinarias: las sanciones disciplinarias solamente pueden imponerse sobre la base de una decisión tomada siguiendo una propuesta, recomendación o con el consentimiento de un tribunal o autoridad en el que al menos la mitad de los miembros sean jueces electos. Se le debe otorgar al juez una audiencia completa y debe tener derecho a ser representado. Si la sanción es de hecho impuesta, debe ser elegida de una escala de sanciones, teniendo debida

consideración por el principio de proporcionalidad. Por último, la Carta dispone el derecho de apelar ante una autoridad judicial de mayor jerarquía toda decisión que imponga una sanción y que haya sido decretada por una autoridad ejecutiva, tribunal u órgano, la mitad de cuyos miembros deben ser jueces electos.

La actual redacción de esta disposición no exige la disponibilidad de dicho derecho a apelar una sanción impuesta por el Parlamento.

Estatuto del Juez Iberoamericano, adoptado durante la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001.

Responsabilidad, inspección y valuación del juez
Artículo 20.- Órgano y procedimiento para la exigencia de responsabilidad.

La responsabilidad disciplinaria de los jueces será competencia de los órganos del Poder Judicial legalmente establecidos, mediante procedimientos que garanticen el respeto del debido proceso y recursos legales que correspondan.

Considerando que el régimen legal aplicable en materia de responsabilidad administrativa a Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación, no les permite la posibilidad legal de impugnar las decisiones que en esa materia emita el Consejo de la Judicatura Federal, en las que determine sancionarlos, que la reforma al párrafo noveno del artículo 100 de la Constitución no está al alcance del Poder Judicial de la Federación, y ante la limitación de la procedencia del recurso de revisión administrativa establecida en dicho numeral, es que se proponen dos vías, como posibles alternativas de solución a la problemática existente.

Por una parte, se propone que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo un nuevo criterio de interpretación, que permita el respeto absoluto y plena efectividad de la garantía de audiencia a favor de los Jueces y Magistrados federales, admita la procedencia del recurso de revisión administrativa, contra las sanciones que les imponga el Consejo de la Judicatura por causa de responsabilidad administrativa.

Ello atendiendo a que es inadmisible que en un Estado de Derecho como el nuestro, en el que los juzgadores federales tienen a su cargo, a través del juicio de amparo, la función de velar por el respeto absoluto de los derechos fundamentales de los gobernados, no cuenten los propios Jueces y Magistrados con medios de defensa legal para combatir las resoluciones en las que se les finca responsabilidad administrativa y se les sanciona.

Esa situación que enfrentan los juzgadores federales, constituye la violación a un derecho fundamental que no puede seguir siendo ignorada y que podría llevar a solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la interpretación del párrafo noveno del artículo 100 constitucional y a establecer una postura garantista, orientada a cumplir con los derechos humanos tutelados en la Constitución Federal y en instrumentos internacionales, en particular el derecho de defensa, a fin de permitir a los Jueces y Magistrados federales afectados por alguna sanción impuesta por el Consejo de la Judicatura Federal, por causa de responsabilidad administrativa, combatirla mediante algún medio de impugnación ante la propia Suprema Corte de Justicia.

Lo anterior bajo una interpretación que, por una parte, permita hacer efectivo su derecho de defensa cuando son sancionados por el Consejo de la Judicatura Federal, y por otra, permita al Máximo Tribunal Constitucional ser

garante de los derechos tutelados en la Constitución, y remover los obstáculos que se opongan a la posibilidad de reconocer el derecho de los juzgadores federales a impugnar las sanciones que les afecten en su carrera judicial y en lo económico.

Otra vía que se plantea como posible solución, atendiendo a que compete a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, proteger y velar por el respeto absoluto de los derechos establecidos en la Constitución e instrumentos públicos internacionales en que México es parte, es que ese Máximo Tribunal, en ejercicio de la facultad que le otorga el párrafo octavo del artículo 100 de la Constitución, tenga a bien revisar la normativa del Consejo de la Judicatura Federal, en particular el Acuerdo General que Reglamenta el Procedimiento de Responsabilidad Administrativa y el Seguimiento de la Situación Patrimonial, a la luz del artículo 1º constitucional y de los criterios derivados del análisis y resolución de los casos de Jorge Castañeda Gutman y de Rosendo Radilla, así como de lo pactado sobre el tema que nos ocupa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales.

Lo anterior con el objeto de que, como resultado de esa revisión, determine la obligación del Consejo de la Judicatura Federal, de instituir al interior de este, disposiciones que permitan a los Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación, el ejercicio y plena efectividad de su derecho de defensa en contra de las sanciones que por responsabilidad administrativa les imponga el propio Consejo.

Los casos relevantes e instrumentos internacionales invocados en el presente artículo y la facultad de interpretación que compete realizar a la Suprema Corte de Justicia, son elementos determinantes que permitirán

abrir la posibilidad legal para los juzgadores federales, si así lo considera el Máximo Tribunal, de combatir las decisiones del Consejo de la Judicatura Federal que, hoy día, no son susceptibles de impugnación, como son los apercibimientos, las amonestaciones, las sanciones económicas, y las suspensiones en el cargo.

Con ello se daría plena vigencia y se haría efectivo el derecho de defensa de los Jueces y Magistrados del Poder Judicial de la Federación, de impugnar toda sanción que estimen les afecta, lo que a su vez permitirá la vigencia plena de nuestro Estado de Derecho.

Es deber ineludible de los juzgadores ajustar su actuar al derecho y a la justicia, y responder a la sociedad por sus fallos; en ello, es claro que están sujetos al cuestionamiento y censura públicos por su actuar profesional e, incluso, por su modo de vida.

Sin embargo, del mismo tamaño de esas exigencias, es el derecho de los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito a un juicio justo y a un pleno derecho de defensa.

Se ha dicho que establecer esos recursos procesales llevaría a prolongar innecesariamente los procedimientos, pues ya son juzgados por una *autoridad* como lo es el Consejo de la Judicatura Federal.

Es cierto. Pero en tanto sean infalibles (no hay de otro modo) las decisiones de esa *autoridad* encargada de la disciplina y vigilancia, es innegable que se debe conceder, por lo menos, una instancia revisora a quienes hacen de la defensa de los derechos de los demás, su razón de existencia y trabajo.

De otro modo, los jueces federales seguirán estando, en cuanto a su defensa, en un plano de desigualdad e inferioridad frente a todas las demás personas, incluso, con menos derechos que aquellos que transgreden la ley.

Sección Tercera

PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

El arraigo, reflexiones constitucionales y convencionales

*Alfredo Balbuena Placier**

RESUMEN: Derivado de la reforma en materia de Derecho Penal, y la reciente hecha sobre la incursión de los derechos humanos, el control difuso de la constitucionalidad y el control de la convencionalidad –que tuvieron lugar por diversas reformas estructurales y la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Rosendo Radilla*– generaron una cohesión tal, que fueron emitidos diversos criterios por el Alto Tribunal del país, en torno a la interpretación de las normas ordinarias a la luz de la Constitución Federal, la posibilidad de los jueces nacionales de cualquier índole jurisdiccional, de ejercer un control difuso de la Constitución Federal, la obligación insoslayable de todas las autoridades de observar los derechos humanos reconocidos por nuestro Estado, así como la incursión de beneficios convencionales mayormente benévolos, de ser el caso, si nuestra legislación interna los tiene más limitados; todo ello trajo como consecuencia el debate enardecido sobre la convencionalidad de diversas figuras procesales, de algunos derechos sustantivos y, sobre todo, de la aplicación de los beneficios convencionales,

* Defensor Público Federal.

a la par de diversos criterios que fomentan la aplicación *pro homine*, en torno a salvaguardar los derechos humanos en su máxima expresión; de ahí se contrasta la figura del arraigo, y se realiza una valoración en torno a los principios convencionales sobre su aplicabilidad, antecedentes y elementos que pudieran hacer ver su probable inconvenencialidad.

SUMARIO: Introducción. I. Arraigo, su concepto. II. Fundamentos legales y constitucionales. III. El derecho a la libertad como un derecho fundamental. IV. Vigencia del arraigo. V. Resolución del caso Radilla. VI. El arraigo visto desde la perspectiva convencional. VII. Comentario final. VIII. Bibliografía.

Introducción

En el presente análisis se hace una descripción de la figura del arraigo, como medida cautelar que restringe la libertad desplazatoria de aquel que se encuentra sujeto a investigación; su fundamento jurídico legal¹ y constitucional, así como su contraste con los convenios internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, y su verdadero valor legal a la luz de los derechos humanos, tal como lo establece el artículo 1º de la Constitución Federal, en concordancia con el artículo 133 de la Norma Fundamental.

I. Arraigo, su concepto

Según el *Diccionario Jurídico Mexicano* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, décima edición, 1997, establece:

¹ Fraga, G.: *Derecho...* cit., p. 37.

ARRAIGO (acción y efecto de arraigar; del latín ad y radicare, echar raíces). Se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablar o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte.

De lo anterior se desdobra que el significado de aquel es atinente a una medida cautelar empleada por el juzgador, tendiente a mantener inmóvil a un sujeto del cual se busca una pretensión judicial; en materia penal, el arraigo tiene el propósito de perfeccionar la investigación en torno al sujeto imputado y proceder a su acusación de forma sólida; pues se justifica con el peligro de que el sujeto acusado pueda sustraerse de la acción de la justicia.

Para lo cual, sirve ilustrar el siguiente criterio:

Registro No. 165105

Localización: Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXXI, Marzo de 2010

Página: 2890

Tesis: I.2o.C.44 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

***ARRAIGO DOMICILIARIO DE NATURALEZA PENAL,
ARRESTO CIVIL COMO MEDIDA DE APREMIO
Y ARRAIGO CIVIL. DIFERENCIAS Y EFECTOS.***

La legislación procesal penal establece el arraigo

domiciliario en contra del probable responsable de la comisión de un delito, ante el riesgo de que se sustraiga a la acción de la justicia, constituyendo un acto que afecta y restringe la libertad personal, porque obliga a la persona en contra de quien se decreta, a permanecer en determinado inmueble y bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora; en la materia procesal civil existe la figura jurídica del arresto, como una medida de apremio; sin embargo, su consecuencia es la privación de la libertad del contumaz, aunque por un breve tiempo. De ello se sigue que tanto el arraigo domiciliario como el arresto afectan un derecho fundamental que es la libertad, lo que da lugar a un tratamiento especial que obliga a la autoridad que conoce de un juicio constitucional a suplir la deficiencia de la queja incluso ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del afectado. A diferencia del arraigo domiciliario de naturaleza penal y el arresto civil como medida de apremio, el arraigo civil como medida cautelar, no tiene las mismas consecuencias, ya que sus efectos se limitan a que el arraigado no se ausente del lugar donde se encuentra radicado el juicio o salga del país, en tanto no deje apoderado suficientemente instruido y expensado, pero sigue gozando de libertad de tránsito en virtud de que puede desplazarse por donde le plazca; de tal modo que si queda a su arbitrio cumplir con dicho requisito, es evidente que en el momento que lo satisfaga debe levantarse esa medida cautelar. En esas condiciones, se concluye que el arraigo civil no lesioná la libertad personal, como sucede en las figuras jurídicas anteriores, por cuya razón no procede la suplencia de la queja, en los mismos términos que se exige para aquellas.

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL
DEL PRIMER CIRCUITO.**

II. Fundamentos legales y constitucionales

El artículo 16 de la Constitución Federal, en su séptimo párrafo dispone:

...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 imputado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días. (...)

De tal suerte que se surte el supuesto de la Norma Suprema del país, sobre la posibilidad de emanar por la autoridad judicial una medida cautelar con aquellas características.

Por otra parte, el Código Federal de Procedimientos Penales dispone, en algunos artículos:

Artículo 2o.- Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público: (...)

III.- Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan; (...)

Tal artículo revela la posibilidad jurídica de los agentes del Ministerio Público Federal, para solicitar a la autoridad judicial, la medida cautelar multicitada.

Artículo 133 Bis.- La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, 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. Correspondrá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

El afectado podrá solicitar que el arraigo quede sin efecto, cuando considere que las causas que le dieron origen han desaparecido. En este supuesto, la autoridad judicial escuchará al Ministerio Público y al afectado, y resolverá si debe o no mantenerse.

Del anterior dispositivo se desprende: a) la posibilidad de que el imputado sea arraigado cuando se trate de delitos graves; b) que el agente del Ministerio Público Federal es el encargado de vigilar el cumplimiento del arraigo; y, c) la posibilidad de interrumpirse el arraigo, cuando las causas que lo hayan emanado dejen de subsistir, previa resolución de la autoridad judicial.

Artículo 205.- Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o este disponer de oficio,

con audiencia del imputado, el arraigo de este con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133-bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que este deba resolverse.

En el anterior dispositivo se establece que, no obstante que un ilícito no amerite prisión preventiva, el agente del Ministerio Público Federal podrá solicitar el arraigo, fundando y motivando la posible sustracción de la justicia del sujeto imputado. Además establece que el juez podrá disponer de oficio de tal medida; sin embargo, se estima inexacta la redacción de ese dispositivo, pues la Constitución no faculta a la autoridad judicial a decretar la medida cautelar de oficio, cuando se trate de delitos menores, como lo son aquellos que no ameritan prisión preventiva.

Artículo 367.- Son apelables en el efecto devolutivo: (...)

VII.- Los autos que nieguen el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial, el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica; (...)

Finamente, tal dispositivo señala el recurso judicial aplicable, a efecto de impugnar la resolución que ordena el arraigo, por lo que al ser de 40 días en términos ordinarios y 80, en casos de delincuencia organizada, resultaría poco probable su resolución antes de ese tiempo por los medios ordinarios.

III. El derecho a la libertad como un derecho fundamental

La libertad es un derecho humano, establecido en la Constitución Federal, que previo a las reformas constitucionales sobre derechos humanos ya se

encontraba reconocido por esta; así como resultado del pensamiento iusnaturalista que resguardó pensamientos de ilustres pensadores de la talla de Aristóteles, John Locke², Tomás de Aquino, por nombrar algunos, quienes señalaban que el ser humano por el solo hecho de ser, tenía derechos inherentes a esa calidad, entre otros, el de la vida y el de la libertad; esta situación cobra un efecto reflejo al empezar a introducirse en las legislaciones el respeto irrestricto a la vida y a la libertad desde épocas antiguas; culminando con la ampliación del catálogo de derechos, que se atribuyen, según tal corriente filosófica, al ser por el solo hecho de ser.

Posteriormente se ubicaron más derechos que pudieron, de forma entrelazada, arrojar el significado de la propia dignidad humana, dando como resultado la necesidad de la creación de divisiones sobre los derechos fundamentales. Así, tenemos que en nuestro actual sistema jurídico, no obstante de encontrarse reconocido el derecho a la libertad, también encontramos tales determinaciones en instrumentos internacionales, de los que el Estado Mexicano es parte y, por lo tanto, se ve obligado a respetar. A saber:

De la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 1

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.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4

² John, L.: *An Essay...cit.*, p. 239.

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie 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 ésta.

De la Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

IV. Vigencia del arraigo

De la lectura de la Constitución Federal, medularmente del artículo 11 Transitorio, se encuentra que mientras no entre en vigor el Sistema Penal Acusatorio Adversarial, queda intocada la facultad del agente del Ministerio Público Federal de solicitar el arraigo a la autoridad judicial, para lo anterior se transcribe tal pieza normativa:

Décimo Primero. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley, podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Por otra parte, tenemos que en el artículo 178 segundo párrafo, del Código Penal Federal, se establece como delito, el no obedecer una orden de arraigo, veamos:

Artículo 178.- (...)

Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa.

Sin embargo, se tiene que la reforma constitucional que introdujo este nuevo texto (18 de junio de 2008), no entra en vigor aún, derivado de la *vacatio legis* establecida en dicha reforma, ya que en el artículo segundo transitorio se estableció que tales disposiciones entrarán en vigor una vez que las entidades realicen su adecuación legal, a efecto de tener instituciones que puedan desarrollar cotidianamente el procedimiento penal acusatorio.

Por tanto, se puede concluir que el arraigo, constitucionalmente, está permitido y guarda congruencia con las normas de Derecho Interno que lo fomentan, establecen sus modalidades y la sanción para su desobediencia.

V. Resolución del caso Radilla

Para dar un punto de partida, resulta notorio el despunte del tema al analizar la Suprema Corte de Justicia de la Nación el asunto varios 912/2011 (Rosendo Radilla)³, en el que derivado del estudio acucioso hecho por el Alto Tribunal, se dispone que al momento de dirimir controversias judiciales, se debe atender al control de la convencionalidad por los funcionarios que ejerzan

³ Sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno, al resolver el asunto varios 912/2011.

funciones jurisdiccionales, sin que ello suponga la declaración de invalidez de normas de carácter general, así también la propia autoridad administrativa, debe atender tales principios a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los gobernados.

Desde dicha perspectiva, se hace notoria la amplitud del control difuso de la constitucionalidad, pues se faculta a los órganos jurisdiccionales a no aplicar las leyes secundarias que riñan directamente con un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución Federal, así como dejar de aplicar aquellas normas que contrarién a tratados internacionales en los que se propongan derechos fundamentales del hombre (control de la convencionalidad), de tal forma que hasta la propia autoridad administrativa, debe velar por la protección de los derechos fundamentales.

A ese respecto, se abre una ventana de posibilidades jurídicas, pues se rompe el viejo paradigma de que los órganos de legalidad no podían atender cuestiones de notoria inconstitucionalidad y/o convencionalidad, pues no se encontraban posibilitados en atención a la jurisprudencia emitida por el propio alto tribunal.

VI. El arraigo visto desde la perspectiva convencional
Por otra parte, tenemos que para abordar el nuevo paradigma de la justicia penal y los derechos humanos, en torno a buscar la aplicación más amplia de estos en favor de cualquier persona, tal y como se prevé por el artículo 1º de la Constitución Federal, se obliga al aparato judicial, administrativo y legislativo, a realizar su quehacer en respeto irrestricto de los derechos humanos, siempre buscando favorecerlos.

De tal suerte que esa obligación no se limita a la función jurisdiccional, sino también a la administrativa, lo

cual debe ser insoslayable para las dependencias del Poder Ejecutivo, entre las que se encuentra la Procuraduría General de la República y, por consiguiente, los agentes del Ministerio Público Federal, quienes se encuentran facultados por la norma para solicitar la medida cautelar. Por tanto, los derechos humanos han dejado de ser una cuestión interna⁴ de la incumbencia exclusiva de los Estados, ya que su vinculación proviene del derecho internacional, de las democracias modernas⁵ y de las relaciones internacionales, pues son el centro de este nuevo orden mundial, que en los últimos años se ha puesto en jaque la existencia misma del Derecho Internacional y, como consecuencia, uno de sus sectores más novedosos, dinámicos y sensibles, el Derecho Internacional de los derechos humanos;⁶ lo anterior, a efecto de alcanzar una protección amplia de los mismos, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de ahí entonces, la necesidad de proponer diversos normativos en el ámbito internacional, que cuestionan la generalidad de la prisión preventiva.

De lo anterior, se torna incólume la crítica sobre la inconvencialidad de la figura del arraigo, porque, si bien se ubica dentro de la Constitución Federal, ello no quiere decir que no sea inconvencial tal figura, de suerte que restringe la libertad de tránsito y la propia libertad, pues se vulnera la capacidad desplazatoria del sujeto afectado, sin que existan elementos para poder coaccionar al arraigado a cumplir con esa fatiga procesal, ya que no se cuenta con elementos suficientes en ese momento para podérsele acusar, lo que, sin lugar a dudas,

⁴ Herrerías Cuevas, I. F.: *Control...*cit.

⁵ Morlino, L.: *Democracias...*cit.

⁶ Ferrer Mac-Gregor, E.: *Interpretación...*cit., pp. 115 y 116.

resulta inconvencional. Sirve de apoyo el siguiente criterio jurisprudencial:

TESIS JURISPRUDENCIAL 18/2012 (10a)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1º constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. **Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales,** con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de

control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano solo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Contradicción de tesis 259/2011. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados, ambos del Trigésimo Circuito. 30 de noviembre de 2011. Mayoría de tres votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro.

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.
CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

VII. Comentario final

De lo antes expuesto, se vislumbra con meridiana claridad que, no obstante exista por mandato constitucional la introducción del arraigo como figura procesal en el derecho vigente, también es cierto que, a raíz de la aplicación de criterios convencionales, debe de quedar fuera de toda aplicación positiva, en tanto no se realice la modificación legislativa correspondiente, por su notoria vulneración a derechos fundamentales, y no es óbice el hecho de que todavía no entre en vigor el sistema acusatorio adversarial, dado que la aplicación de los derechos humanos resulta insoslayable, vigente y positiva, por tanto, no existe forma legal para evitar dejar de aplicar normas como las que prevén la medida cautelar analizada; sirven de apoyo los siguientes criterios:

Registro No. 161960

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXXIII, Mayo de 2011

Página: 240

Tesis: 1a. LXXV/2011

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional

SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. SU APPLICACIÓN SOBRE ACTOS PROCESALES A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR, NO VIOLA EL

ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en materia procesal no opera la aplicación retroactiva de la ley si se considera que la ley procesal está formada, entre otras, por normas que otorgan facultades jurídicas a una persona para participar en cada una de las etapas que conforman el procedimiento, y al estar éstas regidas por las disposiciones vigentes en la época en que van naciendo, no puede existir retroactividad mientras no se le prive de una facultad con la que contaba. Esto, porque es en la sustanciación de un juicio regido por la norma legal adjetiva donde tiene lugar la secuela de actos concatenados que constituyen el procedimiento, los que no se realizan ni se desarrollan en un solo instante, sino que se suceden en el tiempo, y es al diferente momento de realización de los actos procesales al que debe atenderse para determinar la ley adjetiva que debe regir el acto respectivo. Por tanto, si antes de actualizarse una etapa del procedimiento el legislador modifica su tramitación, suprime un recurso, amplía un término, modifica la valoración de las pruebas o el procedimiento mismo, no existe retroactividad de la ley, ya que las facultades que dan la posibilidad de participar en cualquier etapa del procedimiento, al no haberse actualizado esta, no se afectan. Además, tratándose de leyes procesales, existe el principio doctrinario de que las nuevas son aplicables a todos los hechos posteriores a su promulgación, pues rigen para el futuro y no para el pasado, por lo que la abrogación o derogación de la ley antigua es instantánea, y en lo sucesivo debe aplicarse la nueva. En consecuencia, la aplicación del

ordenamiento legal que establece el nuevo sistema procesal penal acusatorio sobre actos procesales acontecidos a partir de su entrada en vigor, no viola el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Décima Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro III, Diciembre de 2011

Página: 551

Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.)

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional

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,

cumplimiento de la obligación de informar al juez acerca de la situación de los detenidos y el resultado de la audiencia.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebollo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

Tal cariz, se puede presumir en torno a las sentencias emitidas por el Juez Tercero de Distrito en San Luis Potosí, al resolver el juicio de amparo 908/2011, y por el Juez Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, en el juicio de amparo 257/2011, sentencias en las que estimaron la medida inconvenencial, y por tanto concedieron el amparo al quejoso. Lo anterior se apoya en el siguiente criterio:

Registro No. 176030

Localización:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Febrero de 2006

Página: 1170

Tesis: P. XXII/2006

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional, Penal

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y esta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y este determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la

figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.

Tal criterio revela que la figura del arraigo vulnera el derecho a la libertad personal, consagrado en la propia Constitución Federal, lo cual, refuerza el cariz garantista de la propia Constitución Federal, ya que la misma se encuentra en total armonía con los derechos humanos conforme a la interpretación del propio artículo primero de dicho ordenamiento jurídico.

VIII. Bibliografía

- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código Penal Federal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Interpretación Constitucional* (coord.), Porrúa, México, 2009.

- Fraga, Gabino: *Derecho Administrativo*, México, 2009, Editorial Porrúa.
- Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco: *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, 2009, editorial UBIJUS; prólogo de Miguel Carbonell.
- Locke , John: *An Essay Concerning Civil Government*, en *Two Treatises of Government*, [1689/90], Peter Laslett ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1970.
- Morlino , Leonardo: *Democracias y Democratizaciones*, 2005, ediciones Cepcom.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia del caso Radilla, Pleno, Varios 912/2011.

La dignidad como piedra fundamental del Derecho

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

RESUMEN: El 6 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Y el día 10 del mismo mes y año, se publicó otro decreto por el cual se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reformaron distintos artículos de la citada Constitución. En esta última reforma referida, estimamos que el común denominador consiste en colocar en el centro de la atención constitucional a las personas, entendidas como algo más que los individuos; asimismo, se ha establecido entre otros aspectos, que los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales ya son susceptibles de ser protegidos mediante el juicio de amparo. Entre tales derechos, se encuentra la *dignidad*. En este trabajo académico, se expondrán definiciones de *dignidad* para así apreciar su evolución y de cómo el ser humano la adquiere simplemente por el hecho de existir. Se hará una relación de diversas declaraciones de derechos del hombre como parte de nuestra búsqueda de

* Asesor Jurídico Federal.

** Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Coahuila.

antecedentes de la protección a la dignidad humana, entre los precedentes se verán los de origen extranjero y los nacionales. Se expondrá además, un breve análisis de cómo se usa la *dignidad* dentro de nuestro sistema jurídico.

SUMARIO: Introducción. I. La búsqueda. II. Hablando con los pioneros. III. Desbastar. IV. Declaraciones emitidas por humanos. V. Historia, después de todo, es la memoria de una Nación. VI. La piedra fundamental. VII. ¿Límites a la dignidad? VIII. Conclusiones. IX. Fuentes Consultadas.

Introducción

La última reforma en materia de derechos humanos abarca diversos artículos constitucionales como el 1°, 3°, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 de los cuales consideramos se desprende, el común denominador de la preocupación de dotar al Estado Mexicano de una vocación verdaderamente democrática y protectora de todos los ciudadanos y el efectivo cumplimiento de los diferentes compromisos internacionales que nuestro país ha adquirido, tras la firma y ratificación de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Ahora bien, considerar la *dignidad* como el fundamento de los derechos del hombre, nos lleva al punto de determinar que su entendimiento es ineludible y que su defensa es imprescindible y, en consecuencia, se convierte en la base del sistema legal y de los medios de impugnación a favor del gobernado. Empero, dicho derecho no es comúnmente definido, la mayor parte de la doctrina solo menciona sus características. Tal incertidumbre en cuanto a su alcance y naturaleza, nos lleva a su análisis. Sin embargo, es importante mencionar que lo anterior no

es privativo de este concepto o aspiración humana en el ámbito jurídico: para exemplificar otro caso más, tenemos la discutida definición de los *Principios Generales del Derecho*: como es de conocimiento general de los juristas, no hay consenso sobre este punto. Algunos autores recurren a ciertas reglas extraídas del Derecho Romano; otros, invocan a *normas admitidas universalmente por la Ciencia Jurídica*, aunque no se hacen señalamientos concretos ni hay catálogos que pudieran contenerlas. Del Vecchio optó por acudir a principios de justicia que se hallan en el Derecho Natural. Actualmente es más aceptable la idea de que los Principios Generales del Derecho se encuentran implícitos en los denominados Derechos Humanos Fundamentales, los cuales admiten un desarrollo lógico, en virtud del cual son determinables otros muchos secundarios, pero no menos valiosos.

I. La búsqueda

El ser humano ha logrado su desarrollo gracias a la interacción con sus semejantes, desde que obtuvo pedernales de la roca hasta arrojarlos en contra de la fauna. Durante centenares de años, la fuerza y las creencias religiosas determinaban los derechos y obligaciones, y también el que cierto grupo de seres humanos fueran considerados como personas o como objetos.

El esclavismo, la explotación del hombre por el hombre y el Holocausto son pruebas de lo que la humanidad estima como *indignante*, entonces debemos buscar la piedra fundamental de nuestro edificio jurídico, la cual es la *dignidad*.

La Real Academia de la Lengua¹ la define:
dignidad.

¹ *Diccionario de la Lengua Española*, volumen I, p. 823.

(Del lat. *dignitas*, *ātis*).

1. f. Cualidad de digno.
2. f. Excelencia, realce.
3. f. Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse.

4. f. Cargo o empleo honorífico y de autoridad.

5. f. En las catedrales y colegiatas, prebenda que corresponde a un oficio honorífico y preeminente, como el deanato, el arcedianato, etc.

6. f. Persona que posee una de estas prebendas. U. t. c. m.

7. f. Prebenda del arzobispo u obispo. Las rentas de la dignidad.

8. f. En las órdenes militares de caballería, cargo de maestre, trece, comendador mayor, clavero, etc.

Sin embargo, ninguna de dichas acepciones se aplica al mundo jurídico, así que haremos otra aproximación al consultar la definición de digno:²

(Del lat. *dignus*).

1. adj. Merecedor de algo.
2. adj. Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo.
3. adj. Que tiene dignidad o se comporta con ella.
4. adj. Dicho de una cosa: Que puede aceptarse o usarse sin desdoro. Salario digno. Vivienda digna.
5. adj. De calidad aceptable. Una novela muy digna.

*Dignitas*³ se traduce como dignidad, mérito, merecimiento. *Dignus* significa digno, apropiado, conveniente. El latín tampoco contiene una acepción que se pueda considerar como jurídica.

² *Ibidem*.

³ Pimentel Álvarez, J.: *Breve Diccionario...* cit., p. 160.

Antonio Millán Puelles⁴ nos ofrece dos sentidos de la palabra *dignidad*:

... la dignidad es algo que no se puede, en principio, atribuir a todas las personas, sino únicamente a las que en la práctica proceden de una manera recta y decorosa. Pero otras veces la palabra “dignidad” significa la superioridad o la importancia que corresponde a un ser, independientemente de la forma en que este se comporte. Y así, cuando se habla en general de la dignidad de la persona humana, no se piensa tan solo en el valor de los hombres que actúan rectamente, sino que todo hombre, por el hecho de ser una persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional. Esta categoría o dignidad de toda persona humana es completamente independiente de la situación en que uno pueda hallarse y de las cualidades que posea. Entre dos hombres de distinta inteligencia no cabe duda de que, en igualdad de condiciones, es el mejor dotado el que puede obtener más ventajas; pero esto no le da ningún derecho a proceder como si el otro no fuera igualmente una persona.

Como es de advertirse, la dignidad es inherente al ser humano, sin que importe el género, edad, raza o credo; sin embargo, su efectividad radica en el respeto que el individuo tenga hacia los demás, lo que lleva a que la positividad de la *dignidad* dependa de apreciaciones subjetivas. Es por tal razón que el Derecho debe adecuarse, para impedir que la subjetividad impere y evite el desacatamiento al que hemos hecho referencia.

Por otra parte, Milagros Otero Parga⁵ expone: *la dignidad es un derecho inherente al ser humano que debe*

⁴ Millán Puelles, A.: *Persona...* cit., pp.15-16.

⁵ Otero Parga, M.: *Dignidad...* cit., p. 34.

ser positivizado por parte del Estado a fin de evitar el abuso de los poderes. Más adelante, la citada autora manifiesta:

...el concepto de dignidad refiriéndose a su faceta positiva, como el derecho del ser humano y negativa, en el sentido de conductas que debe ser prohibidas cara a garantizar la efectiva realización del derecho...⁶

Esta dualidad refuerza la concepción de que la dignidad es propia del ser humano, como el *poder hacer o dejar de hacer*, y como la obligación estadual de abstenerse en vulnerarla y de establecer medios eficaces para su protección. Peter Häberle⁷ se pronuncia al respecto: *la dignidad humana es la biografía desarrollada y en desarrollo de la relación entre el ciudadano y el Estado.*

Luis Ponce de León Armenta⁸ resalta el capítulo más trascendente de dicha biografía:

La principal función del Estado como organización política es la realización plena del ser humano que solo es posible mediante la protección permanente de sus derechos humanos fundamentales y su entorno natural, lo cual implica su dignidad y su calidad de vida.

Ponce de León Armenta⁹ también aporta su concepto de dignidad: *es la suma de todos los derechos inherentes a la persona humana, en consecuencia es un valor cuya realización permanente estimula el Estado de Derecho, la armonía social y en síntesis la calidad de vida.*

La definición de *dignidad* más cercana al ámbito jurídico es la que se contiene en el *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, del cual leemos que el trato digno es:

⁶ *Íbidem*, p. 39.

⁷ Häberle, P.: *El Estado...* cit., p. 171.

⁸ Ponce de León Armenta, L.: *Modelo...* cit., p. 14.

⁹ *Ídem*, p. 156.

*la prerrogativa de que tiene todo ser humano a que se le permita hacer efectivas las condiciones jurídicas, materiales, de trato, acordes con las expectativas, en un mínimo de bienestar, generalmente aceptados por los miembros de la especie humana y reconocidas por el orden jurídico.*¹⁰

En este punto, nos es dable exponer que la dignidad:

- a) Está ligada al humano, quien independientemente de la situación en que viva goza de aquella. La magnitud de este derecho abarca a la persona, desde que es concebida, incluso, después de su muerte.
- b) Es la base de todas las prerrogativas que se le atribuyen al gobernado. Su finalidad es la de permitir que se den las condiciones para obtener bienestar.
- c) Es un derecho *erga omnes*, que obliga a todo servidor público y a todo particular a no vulnerar las condiciones mínimas de bienestar. El Estado está obligado a su respeto y defensa.

II. Hablando con los pioneros

Veremos cómo los operarios del Derecho han cambiado su noción de dignidad a través del tiempo.

A. La democracia es creación griega, por lo que la semilla de la dignidad la podemos encontrar en la escuela estoica la que indica que *los hombres, situados en un mundo que es razón, son parte de esta razón, o si se quiere, parte de Dios y de la naturaleza.*¹¹ En ese mundo panteísta estoico, la dignidad debía verificarse de manera automática, atendiendo a ese orden universal.

¹⁰ Soberanes Fernández, J.L.: *Manual...* cit., p. 273.

¹¹ Xirau, R.: *Introducción...* cit., p. 90.

B. El cristianismo ofrece la idea de que el hombre es teomorfo, y como el humano es hijo de Dios, tiene ciertos derechos de los cuales no pudo ser despojado. A la dignidad se le otorga un origen metafísico, un don que la divinidad le otorga al ser que creó a su imagen y semejanza.

C.- Immanuel Kant, en su obra *La metafísica de las costumbres*, asentó:

La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres...¹²

Tales expresiones de Kant son precursoras de los derechos humanos.¹³ También se ve como la culminación de la idea antropocéntrica de la dignidad, se sitúa al humano sobre cualquier otro ente, y se menciona el respeto que debe existir entre los iguales.

III. Desbastar

La dignidad ha sido clasificada como un derecho humano o un derecho fundamental, por lo que debemos analizar si tales parámetros nos sirven para ubicarla dentro del mundo jurídico.

A. Derechos humanos: *libertades, inmunidades y beneficios que, de acuerdo a los valores modernos, todos los seres humanos son capaces de ser sus titulares como un asunto de lo correcto en la sociedad en la que viven.*¹⁴

¹² Citado por Pérez Triviño, J. L.: *De la dignidad...* cit., p. 16.

¹³ *La Enciclopedia del Estudiante, Tomo 19, Historia de la Filosofía*, p. 203.

¹⁴ *Black's Law Dictionary*, p. 745.

Burgoa Orihuela nos dice que los *derechos humanos se traducen en imperativos éticos emanados de la naturaleza del hombre que se traducen en el respeto a su vida, dignidad y libertad en su dimensión de persona*.¹⁵

De las definiciones anotadas, derivamos que la dignidad y los derechos humanos son inseparables de su beneficiario, el *homo sapiens*; que se trata de facultades reconocidas como correctas en la sociedad, y que implican un respeto innegable a los roles jurídicos de cada individuo.

Los derechos humanos, acorde a Lynn Hunt,¹⁶ tienen tres cualidades:

- a) Naturales, es decir, inherentes a los seres humanos.
- b) Iguales, los mismos para todos.
- c) Universales, válidos en todas partes.

B. Derechos fundamentales: *son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales. El término “derechos humanos” es más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales*.¹⁷

Los derechos fundamentales son los *derechos subjetivos cuya conculcación o desconocimiento deben ser corregidos mediante el más urgente y fulminante despliegue del aparato coercitivo estatal*.¹⁸

Ambas definiciones anotadas nos indican que las prerrogativas del humano deben estar contenidas en la constitución o en legislación secundaria, y que existen medios previstos en la legislación para demandar su defensa.

¹⁵ Burgoa Orihuela, I.: *Las garantías...* cit., p. 51.

¹⁶ Hunt, L.: *La Invención...* cit., p. 19.

¹⁷ Villaseñor Goyzueta, C. A.: *Proporcionalidad...* cit., pp. 7 y 8.

¹⁸ Chinchilla Herrera, T.: *¿Qué son...* cit., p. 6.

IV. Declaraciones emitidas por humanos

A. En el año 539 A.C., los ejércitos de Ciro el Grande, el primer rey de la antigua Persia, conquistaron la ciudad de Babilonia; sin embargo, tal acontecimiento bélico, no es el que aquí interesa, sino que después de la conquista, Ciro ordenó la liberación de los esclavos, declaró que todas las personas tienen derecho a elegir su propia religión y estableció la igualdad racial. Estos y otros decretos se registraron en un cilindro de arcilla cocida, grabados en la lengua acadia con escritura cuneiforme, el cual, es conocido como el *Cilindro de Ciro*. Este antiguo registro ya ha sido reconocido como la primera declaración mundial de los derechos humanos. Está traducido a los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y sus disposiciones son paralelas a los cuatro primeros artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹⁹

B. Se ha señalado a la *Carta Magna* del 15 de junio de 1215 como antecedente de las declaraciones de derechos del humano, ya que contenía delimitaciones a las potestades del soberano de Inglaterra. No olvidemos que, en nuestro argot jurídico, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la llamamos *Carta Magna* a manera de sinónimo.

En el referido documento de origen inglés, leemos en su punto número uno:

*Hemos concedido también a todos los hombres libres de nuestro reino, por Nos y nuestros herederos, para siempre todas las infrascritas libertades para que las tengan y posean ellos y sus herederos y de Nos y de nuestros herederos para siempre...*²⁰

¹⁹ http://www.britishmuseum.org/explore/highlights/article_index/c/cyrus_cylinder_translation.aspx Fecha de consulta, 27 de marzo de 2012.

²⁰ Soberanes Fernández, J. L.: *Sobre el origen...* cit., pp. 165 y 166.

La *Carta Magna* contiene el listado de derechos que se reconocen, así como las limitaciones al abuso del poder real. La obligación se estableció tanto como para el rey firmante, quien fue *John Lackland* –Juan sin Tierra–, como para sus descendientes, de abstenerse de afectar las libertades reconocidas a sus súbditos ingleses.

C. Posteriormente, también en Inglaterra, aparece otro antecedente, el cual es llamado: *Petición de Derechos*, de fecha 7 de junio de 1628, la cual se originó debido a las solicitudes de préstamos para el rey que se hacían a los súbditos o cobros no contribuciones, que carecían de origen parlamentario, y quien no los consintiera, estaba obligado a prestar juramento, a comparecer a donde se le indicara, o bien, era privado de la libertad.

Del texto de la *Petición de Derechos*, destacamos el punto XI:

XI. Todos los cuales piden humildemente a su más excelente Majestad sus derechos y libertades, de acuerdo con las leyes y estatutos de este Reino, y vuestra majestad podría dignarse declarar, que las sentencias, acto, y procedimientos, dictados en perjuicio de vuestra gente en los casos anteriores, no tendrán adelante efecto...²¹

Es de hacer notar que la *Petición de Derechos* tenía como finalidad que el monarca reconociera y respetara los derechos de sus súbditos, principalmente el de la legalidad de la contribución. La solicitud se hace de humano a humano, y la misma tiene un carácter restitutorio, pues se pidió que los actos perjudiciales queden sin efecto.

D. La *Declaración de Derechos* del 13 de febrero de 1689 contiene una relación de actos llevados a cabo por el rey que causaban perjuicio a los gobernados,

²¹ *Ibidem*, 1 pp.182 y 183.

para después anotar sus antónimos que se traducen en libertades y derechos entre los cuales resaltan: la legalidad del origen de la contribución, derecho de petición y libertad de palabra.

Sus autores establecieron la siguiente garantía:

*Y que para la reparación de todos los agravios y para enmendar, fortalecer y preservar las leyes, deberán celebrarse frecuentemente parlamentos.*²²

La Declaración de Derechos incluye un reconocimiento tácito de que la norma jurídica es perfectible, de ahí que la defensa de los derechos humanos también tiene esa característica, tender a la mejora.

E. El 12 de junio de 1776, gracias a George Mason, vio la luz la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, en cuyo artículo primero leemos:

*I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad, y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad.*²³

Cuando tratamos sobre las características de la *dignidad*, se estableció que está vinculada al humano, y que por lo tanto le es innata, por lo que podemos manifestar que la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* preveía el reconocimiento de la dignidad del ser humano. Además, tenemos otra inclusión innovadora consistente en la *búsqueda de la felicidad*.

F. La primera ocasión en que los derechos del hombre fueron designados como naturales, iguales y universales,

²² *Ibidem*, p. 198.

²³ *Ibidem*, p. 205.

fue en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, redactada principalmente por Thomas Jefferson y adoptada por el Congreso Continental el 4 de julio de 1776, cuyo segundo párrafo establece:

Sostenemos que estas verdades son evidentes por sí mismas, que todos los hombres son creados iguales, que son dotados por su Creador con ciertos derechos inalienables, que entre estos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para asegurar estos derechos, se instituyen Gobiernos entre los hombres, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados...²⁴

Es de destacarse que los derechos humanos, acorde a la Declaración citada, deben ser percibidos y respetados sin dejar lugar a dudas, que es claro que los seres humanos nacen con igualdad, sin que se debieran hacer distinciones. También observamos el origen metafísico que se le atribuye a los derechos del hombre, lo que se hace interesante, es que se alude a un *Creador*, dejando en plena libertad de conciencia al individuo.

El carácter de inalienable nos da a entender que los derechos del hombre no son sujetos a transacción económica, ni pueden ser transmitidos, ni privar a su titular de su goce, a menos de que ejecute algún acto en contra de la colectividad que amerite un castigo.

Enseguida nos da un listado no limitativo de derechos, que eran los que estaban en boga: Vida, Libertad, por ser las prerrogativas menos respetadas y, de nueva cuenta, aparece la mención de *búsqueda de la felicidad*.

Carol V. Hamilton, nos ofrece la siguiente explicación sobre el significado de *búsqueda de la felicidad*:

²⁴ Great American... cit., p. 27.

Los héroes intelectuales de Jefferson fueron Newton, Bacon y Locke, y en realidad fue en Locke que debe haber encontrado la frase... Además, como la cita de Locke demuestra, “la búsqueda de la felicidad” es un concepto complicado. No es meramente sensual o hedonista, sino que abarca el intelecto... Es el “fundamento de la libertad”, ya que nos libera de la esclavitud a los deseos particulares ... por lo tanto, cuando John Locke, Samuel Johnson y Thomas Jefferson escribieron sobre “la búsqueda de la felicidad”, se invoca la tradición filosófica griega y romana en la que la felicidad está ligada a las virtudes cívicas de valentía, la moderación y la justicia... La búsqueda de la felicidad, por lo tanto, no es meramente una cuestión de conseguir placer individual. Es por eso que Alexander Hamilton y otros fundadores se refieren a “la felicidad social”.²⁵

Para iniciar la *búsqueda de la felicidad*, es imprescindible que el individuo tenga pleno ejercicio de su *dignidad* así como pleno respeto por parte de sus similares y de las autoridades. La consecución de la felicidad se da en primer término en el ámbito familiar, y de ahí acompaña al humano en cada uno de sus roles.

G. El 26 de agosto de 1789 la Asamblea Constituyente francesa adoptó la *Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano*,²⁶ en cuyo preámbulo leemos que *la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos*, por eso se requiere de una declaración solemne sobre los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre.

²⁵ <http://hnn.us/articles/46460.html> Fecha de consulta, 27 de marzo de 2012.

²⁶ Díaz de León, M. A.: *Vademécum...* cit., p. 102.

Las causas enunciadas por los asambleístas, las consideramos como válidas; el ignorar la existencia de los derechos no permite que su titular pretenda defenderlos, ya sea porque la ignorancia le sea atribuible o provocada; el olvido se utiliza como excusa para menoscabar las prerrogativas de sus semejantes, no debemos confundir el olvido con la suspensión, ya que esta última obedece a casos de emergencia y de extrema necesidad, por su parte, el olvido –que pudiera ser dispensado en contados casos–, pudo provocar una aplicación selectiva de derechos y obligaciones, transgrediendo así la dignidad y la igualdad; el menosprecio es el más alevoso de los causantes de la no observancia de los derechos del humano, porque precisa de que el sujeto conoce la existencia y la norma que protege los derechos y, aun así, decide no respetarlos.

De la declaración en estudio, transcribiremos dos preceptos,²⁷ que consideramos de importancia para el presente estudio:

Artículo 1º. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 4º. La libertad consiste en ser capaz de hacer cualquier cosa que no perjudique a otro: así el ejercicio de los derechos de cada hombre solo tiene esos límites que aseguren a otros miembros de la sociedad el goce de esos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley.

En el artículo 1º encontramos, de nueva cuenta, que los derechos del ser humano se adquieren desde su nacimiento, y es aquí donde la dignidad comienza a asomarse a mundo de las declaraciones y del derecho

²⁷ <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp> Fecha de consulta, 27 de marzo de 2012.

positivo, ya que se enlazan los derechos al ser humano en el instante en que este nace, inclusive, en nuestra actualidad la protección se otorga desde la concepción, hasta después del fallecimiento. Por otro lado, del artículo 4º podemos derivar que el ejercicio de la dignidad tiene como *landmark*, la dignidad del igual.

H. El poeta y patriota griego Rigas Velestinlis, inspirado en los ideales emanados de la Francia revolucionaria, se basó en la *Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano*, para redactar en 1797 su propia proclama de los *Derechos del Hombre*, la cual no entró en vigor debido a la opresión Turca sobre Grecia, quedando como un antecedente, sin que debamos menospreciar su contenido dentro de nuestra *búsqueda*.

Al efecto, se transcriben dos artículos de la referida proclamación:²⁸

Artículo 2.- Estos derechos naturales son: en primer lugar, que todos somos iguales y ninguno superior a otro; en segundo lugar, que todos somos libres y no uno esclavo de otro; en tercer lugar, que estamos seguros con nuestra vida y que nadie puede arrebatárnosla según su parecer; y en cuarto lugar, que nadie puede tocar nuestras posesiones sino que deben ser nuestras y de nuestros herederos.

Artículo 4.- La Ley es una decisión que se toma libremente con el consentimiento del pueblo entero; es decir, si todos queremos que el asesino sea asesinado, lo llamamos Ley, siendo la misma para todos nosotros a la hora de castigar. Y también la recibe la defensa; es decir, si todos queremos gobernar nuestras propiedades, nadie tendrá derecho a arrebatarnos nada a la fuerza. Así es la Ley porque nosotros así

²⁸ Velestinlis, R.: *Los escritos...* cit., pp. 77 y 79.

la aceptamos y la queremos. La Ley debe decretar siempre todo aquello que sea justo y beneficioso para la convivencia de nuestras vidas e impedir aquello que nos perjudique.

Dentro del texto del segundo numeral se continúa con la línea del origen natural de los derechos del hombre, así como los linderos para con la autoridad y para con el resto de los miembros de la sociedad.

El artículo cuarto trata sobre el consenso general, y que esa comunión de voluntades es la que dispone lo que se estima como correcto y lo que será castigado. Rigas Velestínlis expone que lo estipulado en la norma jurídica es lo admitido. ¿La dignidad está supeditada a que se le mencione en la normatividad? Es cierto que la dignidad puede ser derivada de las declaraciones hasta ahora vistas, sin embargo, su importancia quedó manifestada cuando la comunidad mundial aceptó como un horror el Holocausto, y de ahí, se estableció expresamente, lo que nos lleva a aseverar que se necesita de la positividad para protegerla con mayor eficacia.

I. La Constitución de los Estados Unidos de América, se compone por lo que conocemos como parte orgánica, lo que originó que los arquitectos de esa nación tuvieran que *enmendar la obra*, y de ahí, James Madison dirigió los trabajos que culminaron en la creación de la *Carta de Derechos*, la cual, el 15 de diciembre de 1789 se convirtió en las primeras diez enmiendas constitucionales.

La *Carta de Derechos* aportó al texto constitucional la protocolización de los derechos subjetivos, para proteger al individuo del poderío estadual, incluso custodiarlos de otros individuos.

La novena enmienda²⁹ dice:

²⁹ Great American... cit., p. 62.

La enumeración en la Constitución, de ciertos derechos, no deberá interpretarse para negar o menospreciar hacia otros porque son también prerrogativas del pueblo.

La delimitación del uso que se le dé a la norma fundamental es de suma trascendencia para evitar que la Constitución se vuelva la fuente de inequidades. La interpretación ha de efectuarse solamente en beneficio del gobernado.

J. La Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁰ del 10 de diciembre de 1948 es la consagración de la dignidad, porque ya se incluye expresamente:

Artículo 1.- 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.

La tríada originada en el clamor revolucionario francés: *Liberté, Egalité, Fraternité* enmarcan a la dignidad. Esta declaración representa el compromiso de los países adherentes de reconocer y proteger la dignidad para asegurar el desenvolvimiento cabal del individuo.

K. El ambiente que se generó a raíz del nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, permitió que en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969 se emitiera la Convención Americana Sobre Derechos Humanos,³¹ en la cual, la dignidad también es citada:

*Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad
1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*

Al utilizar la palabra *reconocimiento*, se nos indica que se necesita analizar pormenorizadamente al sujeto y sus circunstancias, a fin de conocer los parámetros para la defensa de la dignidad.

³⁰ Navarrete M., T., et a: *Los derechos...* cit., p.170.

³¹ Díaz de León, M. A.: *op. cit.*, p. 115.

V. Historia, después de todo, es la memoria de una nación

A. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1857 también contempló los derechos del hombre:

Artículo 1. El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.³²

Hay que hacer notar que no se utilizó el término *garantía*, sino que se optó por derechos del hombre.

B. Para el 5 de febrero de 1917, el artículo 1º constitucional cambió, y a los derechos del hombre se les llamó *garantías individuales*:

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.³³

C. El 14 de agosto de 2001, se publicó la reforma al artículo 1º constitucional en la que se agregó el prohibir toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, por género, edad, capacidades diferentes, condición social, de salud, religión, opiniones, preferencias, 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.³⁴ Es así como la dignidad llegó a estar contenida literalmente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³² www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf Fecha de consulta, 27 de marzo de 2012.

³³ *Ídem*.

³⁴ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2009/CDConstitucion/pdf/c-1-2.pdf> Fecha de consulta, 27 de marzo de 2012.

D. Finalmente, el 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de reforma sobre:

La denominación del Capítulo I del Título Primero cambia por el de “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, y se incorpora la figura de los derechos humanos en materia de educación, extradición, sistema penitenciario, y política exterior; su situación en caso de suspensión de garantías; el derecho de audiencia en caso de expulsión de extranjeros por el Ejecutivo de la Unión; y la facultad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos.³⁵

VI. La piedra fundamental

Debido a que tenemos a la dignidad como parte del sistema jurídico, debemos analizar en qué reside su trascendencia. Partiremos de lo ya expuesto por dos jurisprudencias emitidas por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuyos rubros y texto son los siguientes:

DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. *La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos.³⁶*

DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO. *La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual*

³⁵ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas.php> Fecha de consulta, 27 de marzo de 2012.

³⁶ Tesis: I.5o.C. J/30, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tomo 3, Octubre de 2011*, p. 1528.

*se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.*³⁷

El primero de los criterios jurisprudenciales citado, coincide con nuestra postura, ya que mientras el Tribunal expone que la dignidad es la esencia y fin de todos los derechos humanos, nosotros la estamos considerando como la piedra fundamental. El ser *origen* indica que el resto de los derechos humanos tienen sus génesis en el titular, es decir, el individuo, y este es quien merece respeto y defensa de sus atributos. Al hablar de *esencia*, tenemos que se hace referencia a lo permanente e invariable, y mientras la persona exista, su dignidad es permanente y no cambiará, sin que importe la circunstancia que atraviese el sistema legal o el titular de derechos humanos. Por otro lado, cuando se menciona que la dignidad es, a la vez, el fin de los derechos del humano, entendemos que el objeto de contar con prerrogativas y la defensa de estas últimas, siempre tienden a la protección de la dignidad, no importa si hablamos de derecho a la vida, al honor, a la propiedad, todos ellos conllevan implícitos a la dignidad. Además, la jurisprudencia en comento, no obstante que menciona en su rubro que se trata de una definición.

La segunda jurisprudencia establece que la *dignidad* es un *valor supremo*, sin embargo, tal expresión no da claridad sobre a lo que en realidad se refiere. De tomar la dignidad como un valor entramos al ámbito de la moral y lo jurídico queda en segundo plano.

³⁷ Tesis: I.5o.C. J/31, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tomo 3, Octubre de 2011, p. 1529.

Para efectos legales, sostenemos que la *dignidad* es un derecho intrínseco del ser humano, ya que la calidad de valor le resta positividad, por ser un ente del universo de la ética.

La mención de que es *supremo* nos indica que la *dignidad* no tiene algún otro valor por encima, ya que es el máximo. Aun con tal carácter de *supremo*, se continúa en el terreno de la ética.

La tesis I.5o.C. J/31 adquiere mayor importancia cuando nos alejamos de la mención del *valor supremo* y nos concentraremos en que la calidad de *digno* se le reconoce a todo ser humano por el simple hecho de serlo, y dicha calidad debe ser protegida sin excepción; esta es la parte más valiosa de la jurisprudencia en análisis, no hace distingos entre incapaz y capaz o nacional y extranjero, la *dignidad* es propia de cada persona, sin que se les pueda privar de ella.

Entonces, ninguna autoridad puede privar de su derecho humano de *dignidad* a los gobernados, pues de hacerlo así, la protección del juicio de amparo será otorgada. Algunos derechos fundamentales pueden ser restringidos, tales como el de la libertad personal o el de tránsito, y tal limitación obedece a una infracción previa del titular de esos derechos. Al efecto es de apreciar un fragmento del texto de la siguiente tesis aislada:³⁸

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, PRINCIPIO DE. SU VIOLACIÓN POR LOS PARTICULARES...

No puede, pues, existir discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, etc., que atente contra la dignidad, cuyo

³⁸ Tesis: I.8o.C.41, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tomo 5, Diciembre de 2011, p. 3771.

valor superior reconoce la Constitución, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, siendo entonces que hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho fundamental. ... la prohibición de no discriminar puede traducirse en una limitación a la autonomía de la voluntad, o autonomía de las partes para contratar, misma que debe ceder siempre que esté en juego la dignidad de la persona, de suerte que si mediante el pretexto de la autonomía de la voluntad se pretende cubrir una ofensa manifiesta, humillante, anuladora de la dignidad, los derechos fundamentales deben entrar en acción para reparar la violación; criterio aplicable en un caso en que se reclama indemnización por daño moral, derivado de la conducta discriminatoria atribuida a un particular.

El criterio transcrita reitera la noción de *dignidad* como *valor superior* y del respeto que amerita, incluso, extiende ese respeto al ámbito de los particulares.

A continuación se presenta parte del texto de otra tesis aislada, aunque esta proviene de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde se puede apreciar cómo la *dignidad* se constituye en la base del resto de los derechos humanos y cómo el respeto que merece, no únicamente corresponde a las autoridades estaduales:

DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA... *Todo individuo, al vivir en sociedad, tiene el derecho de ser respetado y considerado y, correlativamente, tiene la obligación de respetar a aquellos que lo rodean. En el campo jurídico esta necesidad se traduce en un derecho que involucra la facultad que tiene cada individuo de pedir que se le trate en forma decorosa*

y la obligación de los demás de responder a este tratamiento... En el aspecto subjetivo, el honor es lesionado por todo aquello que lastima el sentimiento de la propia dignidad...³⁹

¿A qué se debe que la *dignidad* carezca de una definición precisa dentro del contorno jurídico mexicano? *Prima facie*, no parece adecuada esa laguna en nuestro mundo de conceptos y definiciones, que heredamos del derecho penal, porque a cierta palabra la dotamos de elementos, que una vez que estén reunidos, dan lugar a la aparición de una figura jurídica. Por lo que hace a la *dignidad*, vemos listas de sus características, y la ausencia de una definición categórica ayuda a que el operario del Derecho la utilice de la mejor manera al caso en concreto. En el caso del juzgador, al no haber delimitaciones legales a la noción de *dignidad*, puede ponderarla acorde a las necesidades del asunto puesto a su consideración. De ahí que la ausencia de una conceptualización permita trabajar con mayor certeza en la proporcionalidad.

La incorporación de la *dignidad* al texto constitucional, significa una renovación, así como también un cambio. Renovación en cuanto a la forma en que se defienden los derechos fundamentales y un cambio, en cuanto al acatamiento de los ordenamientos internacionales por parte de las autoridades y de los mexicanos.

A fin de exemplificar lo expuesto en los dos párrafos precedentes, se invoca el rubro y texto de la siguiente jurisprudencia:⁴⁰

***POBREZA Y VULNERABILIDAD. SUS DIFERENCIAS
Y RELACIONES EN LA LEY GENERAL DE***

³⁹ Tesis: 1a. XX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Décima Época, Tomo 3, Enero de 2012, p. 2906.

⁴⁰ Tesis: P./J. 86/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, Tomo XXX, Agosto de 2009, p. 1073.

DESARROLLO SOCIAL. Conceptualmente la pobreza es de menor extensión que la vulnerabilidad. De acuerdo a la citada Ley la pobreza no es el único factor que puede posicionar a una persona o grupo en una situación de vulnerabilidad. Desde la misma definición legal de grupos vulnerables se hace referencia a la discriminación la cual, desde el concepto de discriminación contenido en el artículo 1º de la Constitución Federal comprende una multitud de categorías que pueden provocarla: origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil; además la lista no es limitativa sino enunciativa, dejando abierta la posibilidad de nuevas categorías al incluir “cualquier otra que atente contra la dignidad humana”.

La interpretación nos ayuda a no restringir la protección de derechos fundamentales a los supuestos que se contienen en el artículo 1º de la Constitución Federal.

La situación de vulnerabilidad, se materializa atendiendo a la condición de la persona, de ahí que como guía, citaremos la tercera y la cuarta reglas de Brasilia:

Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas

1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Es de advertirse que las Reglas de Brasilia tienen utilidad para aclarar términos de reciente incorporación a nuestro sistema normativo y permiten individualizar la aplicación de la legislación interna.

Cuando revisamos las declaraciones emitidas por los humanos, la *dignidad* no aparecía expresamente, sino que a base de un ejercicio interpretativo, es factible derivarla del texto de los antecedentes ya reseñados. Como herederos de aquellas declaraciones, no hemos dejado de lado la búsqueda y obtención de la felicidad, de ahí que, en nuestro país, la felicidad está empezando a ser protegida mediante la interpretación judicial de las normas, tal y como se aprecia en la jurisprudencia con número de registro 161872 y la tesis con número de registro 162787:

DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS.

JUSTIFICACIÓN DE SU PREVISIÓN LEGAL. *El establecimiento del derecho de visitas y convivencias en la legislación se justifica plenamente, ya que al convivir se propician el trato y la calidez humana, las personas se ven, platican, se brindan afecto y, en síntesis, se conocen mejor, por lo que con la convivencia se fortalecen sentimientos afectivos que colman los fines de la institución familiar, pues los acercamientos de las personas son esenciales para alcanzar su*

*tranquilidad, felicidad y armonía personal, familiar y social, máxime cuando se trata de menores.*⁴¹

MENORES. EL CAMBIO DE LAS CONDICIONES QUE GARANTICE SU INTERÉS SUPERIOR ES CAUSA SUFFICIENTE PARA PEDIR LA MODIFICACIÓN DE LA CUSTODIA. La interpretación sistemática y funcional de los artículos 282, apartado B, fracción II, 411 al 414, 416 al 418, 422 y 423 del Código Civil para el Distrito Federal, pone de manifiesto que el otorgamiento, cambio o modificación de la custodia de los menores de edad, a diferencia de la patria potestad, no están regulados en la ley con base en un conjunto de causas específicas típicas, sino exclusiva y permanentemente por el conjunto de valores agrupados bajo la denominación del principio del interés superior del menor, conforme al cual todas las autoridades, especialmente las jurisdiccionales, al resolver cualquier cuestión que involucre derechos de la infancia, deben privilegiar los intereses de los menores frente a los de cualesquiera otras personas, en todo lo que favorezca, propicie o beneficie la conservación de su integridad personal, su salud física y mental, las condiciones adecuadas para su bienestar presente y futuro, y la prospectiva para su evolución y desarrollo hacia una edad adulta promisoria y plena, libre de secuelas y reminiscencias del pasado que inhiban la máxima expresión de sus capacidades, su productividad personal y social, y en suma, que obstaculicen el camino a la conquista de su felicidad. Por tanto, bajo esa única y constante directriz, si después de otorgarse a alguien la

⁴¹ Tesis: I.5o.C. J/29, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo XXXIII, Junio de 2011*, p. 963.

*guarda y custodia de una persona menor de edad, cambian las condiciones que sirvieron de base para fundar tal determinación y considerar garantizado el cumplimiento del principio del interés superior del niño, esto debe considerarse causa suficiente para el ejercicio de la acción de cambio o modificación de ese estado, a fin de obligar al Juez a la formación de causa y a la sustanciación del procedimiento respectivo.*⁴²

VII. ¿Límites a la dignidad?

Es de general aceptación que el derecho de un individuo tiene como lindero el derecho de su semejante, de ahí que el límite de la dignidad del Yo es la dignidad del Tú. Esta demarcación no se trata de un deber exclusivo de los entes estatales sino que se extiende a todas las personas; por ello, el ser humano tiene el derecho a ser respetado, y está obligado a rendir la debida consideración para con el servidor público; se trata de una relación bilateral, el servidor ha de abstenerse de mancillar la esfera de dignidad del gobernado, así como este debe abstenerse de exceder el ejercicio de su prerrogativa en detrimento de otros gobernados. En palabras de John Fitzgerald Kennedy: *los derechos de cada hombre se ven disminuidos cuando los derechos de un hombre están en peligro.*⁴³

VII. Conclusiones

PRIMERA. A partir de la creación del medio de control de la constitucionalidad, no ha habido reforma constitucional

⁴² Tesis: I.4o.C.321 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, tomo XXXIII, Febrero de 2011, p. 2350.

⁴³ *The Greatest...* cit., p.43.

más importante, respecto al juicio de amparo, que la efectuada en el mes de junio de 2011, en virtud de que trata aspectos sustanciales del juicio de garantías, modernizándolo para dejar atrás ciertos principios o reglas que lo hacían sumamente restrictivo, dificultando su accesibilidad, limitando sus efectos y, en consecuencia, su ámbito de protección.

SEGUNDA. Es de reconocerse que, en los últimos años, nuestro país había dado pasos importantes con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales, como la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 1990 y el reconocimiento de los pueblos indígenas en 2001; faltaba esta visionaria e importante reforma que parcialmente hemos referido en este trabajo académico.

TERCERA. Como eje de los derechos humanos, mereció un lugar en el artículo primero de la reforma constitucional analizada, la prohibición a las discriminaciones, ya sea las motivadas por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, así como las de *salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas*.

CUARTA. La dignidad, después de todo, es la historia de los Derechos Humanos. La dignidad debe ser objeto de defensa, al ser la base fundamental de los demás derechos humanos.

La dignidad implica adoptar una nueva visión de los medios de defensa que existen, con la tendencia a respetar los derechos de cada individuo, sin que el ejercicio de la dignidad individual afecte a la dignidad de otro sujeto de derechos.

IX. Fuentes Consultadas

Bibliográficas

- Abbagnano, Nicola: *Diccionario de Filosofía*. Galletti, Alfredo N., traductor, Fondo de Cultura Económica, segunda edición revisada y aumentada, México, 2003, pp. 1180.
- *Black's Law Dictionary*, editado por West Group, séptima edición, Estados Unidos de América, 1999, pp. 1738.
- Burgoa Orihuela, Ignacio: *Las garantías Individuales*, Editorial Porrúa, trigésimo quinta edición, México, 2002, pp. 813
- Chinchilla Herrera, Túlio: *¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?*, Temis, segunda edición, Colombia, pp. 234.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, décimo séptima edición, México, 2003, pp. 468.
- Díaz de León, Marco Antonio: *Vademécum de Derechos Humanos*, Indepac, primera edición, México, 2004, pp. 181.
- *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, dos volúmenes, Editorial Epasa Calpe, vigésima segunda edición, España, 2001, pp. 2368.
- *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, cuatro volúmenes. Editorial Porrúa, Edición Histórica, México, 2004, pp. 3923.
- González Contró, Mónica: *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México, 2008, pp. 551.

- Great American Documents, Editorial Quercus, primera edición, China, 2007, pp. 255.
- Häberle, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica, número 47, primera reimpresión, México, 2003, pp.339.
- Hunt, Lynn: *La Invención de los Derechos Humanos*, Tiempo de Memoria Tusquets Editores; Beltrán Ferrer, Jordi traductor, primera edición, España, 2009, pp. 288.
- *La Enciclopedia del Estudiante, Tomo 19, Historia de la Filosofía*, Santillana, primera edición, Argentina, 2006, pp. 317.
- Lefranc Weegan, Federico César: *Holocausto y dignidad*, Ubijus, primera edición, México, 2009, pp. 256.
- Millán Puelles, Antonio: *Persona humana y justicia social*, Editora de Revistas, primera edición mexicana, México, 1990, pp.161.
- Navarrete M., Tarcisio; Abascal C., Salvador; Laborie E., Alejandro, *Los derechos humanos al alcance de todos*, Editorial Diana, primera edición, México, 1991, pp.182.
- Otero Parga, Milagros: *Dignidad y Solidaridad, dos derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, primera edición, México, 2006, pp. 139.
- Pérez Triviño, José Luis: *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, Fontamara, primera edición, 2007, pp. 134.
- Pimentel Álvarez, Julio: *Breve Diccionario latín/ español español/latín*, Editorial Porrúa, quinta edición, México, 2009. pp. 690.
- Ponce de León Armenta, Luis: *Modelo Trans-*

Universal del Derecho y del Estado, Editorial Porrúa, segunda edición, México, 2001, pp. 321.

- Soberanes Fernández, José Luis (Coordinador): *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, Editorial Porrúa, primera edición, México, 2008, pp. 449.
- _____: *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, coeditado por la Universidad Nacional Autónoma de México y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, primera edición, México, 2009, pp. 211.
- *The Greatest Speeches of President John F. Kennedy*, Editorial Titan, s/n de edición, Canadá, 2004, pp.64.
- Valestiniús, Rigas: *Los escritos revolucionarios*, Sociedad Científica de Estudios Feres-Velestino-Rigas, primera edición, Grecia, 2005, pp. 182.
- Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra: *Proporcionalidad y Límites de los derechos Fundamentales, teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, Editorial Porrúa, primera edición, México, 2011, pp. 257.
- Xirau, Ramón: *Introducción a la Historia de la Filosofía*, Universidad Nacional Autónoma de México, undécima edición, México, 1990, pp. 493.

Informáticas

- 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.
- <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>

- http://www.britishmuseum.org/explore/highlights/article_index/c/cyrus_cylinder-translation.aspx
- <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/>
- www.ordenjuridico.gob.mx
- http://psscjnius.scjn.pjf.gob.mx/ius_web/IUSWeb.xbap
- <http://www.scjn.gob.mx>

Legislación aplicable

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Declaración Universal de los Derechos Humanos

Presunción de inocencia. Garantía constitucional del nuevo proceso penal acusatorio y oral

*Ibán García Galindo**

RESUMEN: En respuesta a las exigencias jurídicas y sociales, el trabajo plantea la necesidad de reconocer el derecho de toda persona a ser tratada como inocente en tanto se demuestre lo contrario, ya que si bien la presunción de inocencia es uno de los principios del Derecho Penal, también lo es que sus alcances jurídicos distan mucho de una realidad procesal, por lo que se espera que la entrada en vigor de las reformas en materia penal que se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008, sean la pauta para que todos aquellos principios constitucionales, entre ellos, el de presunción de inocencia, que ahora se ve elevado a rango de garantía fundamental, cumplan armónicamente entre lo acusatorio y oral del nuevo sistema penal y que sustente las bases sensibles para que el justiciable pueda recibir, en lo fáctico, aquel trato que su calidad de humano y de imputado le otorgan la Constitución y los tratados internacionales en los que en esa materia se ha comprometido el Estado mexicano, con el propósito de la preserva del debido proceso.

* Defensor Público Federal.

SUMARIO: Introducción. I. Concepto y origen de la presunción de inocencia. II. Antecedentes de la presunción de inocencia en México. III. Actuales alcances jurídicos del principio de presunción de inocencia en el Derecho Penal mexicano. IV. Presunción de inocencia. Garantía del nuevo proceso penal acusatorio y oral. V. Bibliografía.

Introducción

Desde su origen, el sistema de justicia mexicano surgió con una tendencia de protección a los derechos de las personas reconocidos por la Constitución; la historia ha probado que la presunción de inocencia, ahora elevada al rango de garantía fundamental, solo fortalece y colma de legalidad la actuación de todas aquellas autoridades involucradas, principalmente, de las encargadas de la administración y procuración de justicia.

Es cierto, pues, que las reformas constitucionales (tan esperadas por todos los involucrados en el drama penal), publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, representan uno de los logros más significativos e importantes en torno al nuevo sistema penal acusatorio y oral, al incorporar como garantía dicho principio, que si bien, antes de esta reforma se contenía de manera implícita en la norma suprema, los alcances en su aplicación distaban mucho de su esencia para beneficio de todo inculpado; de ahí la necesidad de su entrada en vigor.

I. Concepto y origen de la presunción de inocencia

Toda persona acusada de cometer un delito tiene derecho a ser considerada y tratada como inocente hasta que se demuestre lo contrario; con el principio de presunción

de inocencia se busca garantizar que únicamente sea condenada con pruebas que resulten suficientes en la vía del proceso.

Entre sus consecuencias más importantes, citamos que la persona acusada rara vez está obligada a probar su inocencia, ya que incumbe a la parte acusadora – Ministerio Público o víctima– la carga probatoria del delito y de la culpabilidad del imputado, quien además, tampoco podrá ser obligado a confesar en su contra y que en caso de duda, esta beneficiará al propio acusado, principio que expresa el adagio *in dubio pro reo*, entre otras.

Por lo tanto, su reconocimiento constitucional es un logro de la actualidad, novedoso, cuyos orígenes se remontan a largos años de oscuridad humanitaria y una fuerte resistencia hacia su aceptación, basado en sistemas penales colmados de desigualdad jurídica entre el acusado y sus acusadores, que en el transcurso de la historia, dieron vida a épocas de poca legalidad procesal, como la denominada *ley del talión*, la *venganza divina*, la *venganza privada*, la *venganza pública*¹ y, por supuesto, el *sistema inquisitivo* (dada su importancia, en él se abundará a continuación), en los que, en forma general, se procuraba como única premisa imponer un castigo (muchas veces traducido en sufrimiento corporal innecesario), más allá de averiguar la verdad de los hechos o dar oportunidad a la persona de defenderse, menos aun, reconocer un estado en el que solo con pruebas se pudiera condenar.

Sin embargo, gracias a las reformas constitucionales, el Estado reconoce este derecho como una garantía de todo imputado dentro del nuevo proceso penal acusatorio y oral.

¹ Garrido Márquez, G. E.: *Evolución Histórica...*cit., p. 1.

A. Breve referencia del sistema inquisitivo

En un tiempo, prevaleció un sistema inquisitivo para juzgar a las personas, en el que el propio órgano jurisdiccional tomaba la iniciativa para originar el proceso penal ante la puesta en peligro de un bien jurídico legalmente protegido, es decir, actuaba de oficio. Este proceso es excesivamente formal, riguroso y privado más que público.

Al igual que los períodos de justicia anteriores, el *Sistema penal inquisitivo*, buscaba la aplicación de un castigo inmediato, cuyas características distintivas son las siguientes: 1) monopolio de la acusación por determinados funcionarios (en representación del interés social), que constituyen el Ministerio Público; 2) procedimiento secreto; 3) falta de contradicción de parte del culpable o impedimento para defenderse de manera adecuada de las acusaciones; 4) procedimiento escrito, sin debate oral; 5) institución de jueces permanentes, sin que se admita la posibilidad legal de recusarlos, impuestos por el poder social; y 6) prueba legal.²

Sin embargo, todos estos antecedentes sirvieron durante el devenir de la historia para establecer las bases de los sistemas judiciales vigentes, en los que ahora, todo gobernado debe sujetar su conducta a las disposiciones existentes para regirla en sana convivencia y, ante su incumplimiento, será sujeto de reproche penal mediante procesos dotados de igualdad procesal entre las partes y de garantías mínimas como el declararlo responsable únicamente con pruebas que así lo demuestren.

² De Pina, R. y De Pina Vara, R.: *Diccionario...*cit., p 456.

II. Antecedentes jurídicos de la presunción de inocencia en México

En el área penal, es el propio Poder Judicial el que ha centrado su estudio al ubicar a la presunción de inocencia como un principio sin los alcances jurídicos que su esencia misma señala, basta analizar el contenido de la tesis de jurisprudencia: V.4o. J/3, de la Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, localizada en el Tomo XXII, Julio de 2005, página: 1105, con el rubro señalado a continuación: **INCULPADO. LE CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA QUE EN PRINCIPIO OPERA EN SU FAVOR, APARECE DESVIRTUADA EN LA CAUSA PENAL.**

La presunción de inocencia, se plasmó por primera vez en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, así: *Todo hombre se presume inocente hasta que sea declarado culpable.*

En México, únicamente el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, lo reconoció expresamente en su artículo 30, de esta forma: *Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado.*

La presunción de inocencia, como principio, inicialmente fue recogido por el Derecho Internacional de los derechos humanos y quedó consignado, en forma similar, en diversos instrumentos internacionales (unos de carácter obligatorio y, por desgracia, otros desprovistos de tal carácter).

Entre los instrumentos con obligatoriedad jurídica que lo incluyen se hallan: el Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y vigente a partir del 23 de marzo de 1976; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978, ambos ratificados por nuestro país los días 24 y 25 de marzo de 1981, respectivamente, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, firmado el 4 de noviembre de 1950 y vigente desde el 3 de septiembre de 1953.

También destacan como instrumentos internacionales: las Declaraciones Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Universal de Derechos Humanos, de 2 de mayo y 10 de diciembre de 1948, respectivamente, así como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

Hasta antes del decreto de 30 de diciembre del año 1983, publicado en el *Diario Oficial* de 13 de enero de 1984, que reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones del Código Penal del Distrito Federal, privaba una situación contraria a dicho principio, y en franca contradicción con normas internas, constitucionales y secundarias, el primer párrafo del artículo 9º del citado Código establecía una presunción legal *juris tantum* del dolo al disponer que: *La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario*, aunado al entonces artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que indicaba: *También lo está –obligado a probar– el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho*.

Sin embargo, gracias a las reformas constitucionales de 18 de junio de 2008, la presunción de inocencia deja de ser (otra vez) un principio y se convierte en una garantía

en materia penal, que esperamos, ahora sí sea respetada y conservada dentro de las normas penales para su aplicación obligatoria en beneficio del gobernado.

III. Actuales alcances jurídicos de la presunción de inocencia en el Derecho Penal mexicano (antes de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 que prevé el nuevo sistema acusatorio y oral)

La función jurisdiccional radica en la interpretación de las normas y su aplicación a los casos concretos en vía de proceso; por lo tanto, podemos establecer que el problema de la presunción de inocencia, en cuanto a sus alcances jurídicos, es el desequilibrio procesal que, a través del tiempo, los tribunales han establecido sobre la carga probatoria, esto es, en cuanto a la valoración de las pruebas o indicios que, en términos concretos, merman la eficacia de este derecho.

Ante ello, es necesario comprender el origen etimológico y, por supuesto, la connotación gramatical y jurídica de cada vocablo, para analizar entonces, en sana crítica propositiva, la congruencia de la presunción de inocencia y claro, sus efectos dentro del Derecho Penal vigente.

La *presunción de inocencia* en materia penal se traduce en que a toda persona, sin distinción alguna, se le presume inocente, cualesquiera que sean las sospechas o los cargos que sobre ella recaigan; en consecuencia, debe ser considerada y tratada como tal, en tanto su culpabilidad (responsabilidad de acuerdo a la legislación procesal), pueda probarse y, por ende, ser declarada mediante sentencia regular y definitiva.

Veámoslo así, el concepto de presunción tiene su origen y un significado propio sobre el tema: proviene del latín *Praesumptio, -onis*, que significa acción y efecto

de presumir o conjeturar. Mas aun, en el ámbito jurídico se traduce en: aquel hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado; esto es, que por presunción penal ha de entenderse aquello que por ministerio de ley se tiene como verdad y, por tanto, se reputa verdadera, salvo prueba en contrario. En este sentido, conllevaría a juzgar por mera inducción.

En el Derecho Público, al que pertenece el Derecho Penal, la presunción únicamente se limita a la de inocencia como un mero principio doctrinal, por cierto, poco aceptado por los tribunales judiciales.

Por su parte, inocencia viene del latín *innocentia*, estado y calidad del alma que está limpia de culpa; también significa exención de toda culpa en un delito o en una mala acción. Entonces, *inocente*, palabra comúnmente relacionada con el Derecho Penal, proveniente del latín *innōcens*, -*entis*, significa libre de culpa, aunque también se aplica a las acciones y cosas que pertenecen a la persona inocente. He ahí que tales acepciones pueden representar la cuestión teleológica del Derecho mismo y la concepción pura de los derechos humanos abrigados en el artículo 102 de la Constitución, que a la letra señala:

Artículo 102.

...

B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Sin embargo, hasta antes de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se contaba con un fundamento jurídico directo para la presunción de inocencia, por lo que su invocación obedecía a un principio del Derecho más que a una cuestión de legalidad; ante tal situación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que este principio se contenía de manera implícita en el propio texto constitucional, al interpretarlo de esta forma, en la tesis aislada con el número: P. XXXV/2002 con el rubro y texto siguientes:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado solo podrá privarla del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de estos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero,*

particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Conviene precisar que el Tribunal Pleno, en sesión pública celebrada en día 15 de agosto de 2002, aprobó la citada Tesis Aislada (XXXV/2002), y determinó que la votación era idónea para integrar Tesis Jurisprudencial. Por lo que, a partir de ese momento, dicho principio fue reconocido constitucionalmente dentro del Derecho Penal mexicano actual.

Ahora bien, uno de los fines esenciales de todo principio de derecho es el auxilio de su interpretación

doctrinal para la aplicación en casos concretos; sin embargo, la realidad dista mucho de ello. Por este motivo dividiremos el estudio de este apartado en dos problemas actuales y fundamentales:

- 1.- La congruencia entre la presunción de inocencia y el supuesto derecho a la libertad provisional del imputado; y,
- 2.- Los alcances jurídicos actuales de la presunción de inocencia en la vía de proceso.

En lo relativo al primer problema, el artículo 20 constitucional (vigente aún), consagra como garantía el derecho a la *libertad caucional* (fracción I) bajo ciertos requisitos; y que ahora, al analizar la reforma constitucional, rompe con la esencia de la presunción de inocencia, pues de acatarse, sería innecesaria una garantía (caución) para obtener la libertad provisional, ya que la privación de la libertad solo debe suceder con motivo de la pena impuesta por la comisión de un delito que se declare en vía de sentencia o, en su defecto, cuando el imputado incumpla con sus obligaciones derivadas del procedimiento.

De tal suerte que la mayor incongruencia entre la presunción de inocencia y las actuales las garantías penales, es la relativa a la prisión preventiva del acusado, todavía aplicada, cuya consecuencia mantiene a los centros de reclusión saturados en su capacidad.

Por fortuna, la reforma constitucional elimina la figura de la libertad bajo caución e incorpora la presunción de inocencia y otros principios acordes con las necesidades del momento; además, se prevén mecanismos diversos para la sujeción de una persona a proceso, en los que la prisión preventiva constituye la última medida utilizada, lo que claro, respeta a plenitud la presunción de inocencia del imputado.

En cuanto a los actuales alcances jurídicos en el proceso, cabe mencionar que la incorrecta técnica legislativa imperante lleva a la poca efectividad de la presunción de inocencia dentro del procedimiento penal, dado que propicia desequilibrio entre las partes sobre la carga probatoria, bien se trate de comprobar el delito y atribuir la probable responsabilidad o de la posibilidad de excluir de responsabilidad al probable responsable.

Entendámoslo así: en el proceso penal, las partes (Ministerio Público, procesado y su defensor) buscarán la acreditación del delito y responsabilidad del acusado y, la desacreditación del hecho ilícito (excluyente del delito) o la justificación de alguna causa de licitud o excluyente de culpabilidad, respectivamente.

Sin embargo, la realidad es que existen dos problemas que hacen nugatorio el respeto a la presunción de inocencia: 1) la literalidad de la ley (error legislativo); y, 2) su interpretación por el Poder Judicial de la Federación (normalmente en perjuicio del procesado).

Veamos uno de los ejemplos más palpables en la actualidad, que surge de los artículos 137 y 298 del Código Federal de Procedimientos Penales, en los que, el primero de ellos, se refiere a los supuestos en que el fiscal se abstendrá de ejercitar acción penal; y, el segundo, casos en que procederá el sobreseimiento, cuya comparativa analítica lleva a observar que en todos los supuestos se limita la posibilidad de la presunción de inocencia, al exigir la plena acreditación de excluyentes del delito o responsabilidad.

De ahí que, legislativamente, se tutela la desigualdad procesal probatoria, ya que para que opere una excluyente (relativa al delito o la responsabilidad), esta debe acreditarse a título pleno, como lo sostiene la jurisprudencia: II.3o. J/46, de la Octava Época, visible

en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 63, Marzo de 1993, Página: 41, con el texto siguiente:

EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. DEBEN DEMOSTRARSE PLENAMENTE. *Las excluyentes de responsabilidad penal deben comprobarse en forma plena, a fin de que el juzgador pueda otorgarles el valor absolutorio que legalmente les corresponde.*

Se suman las jurisprudencias: VI.1o. J/72 y VI.2o. J/69, de la Octava Época, con los rubros:

EXCLUYENTES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE. *Las excluyentes de responsabilidad criminal deben comprobarse plenamente para que el juzgador pueda otorgarles el valor absolutorio que legalmente les corresponde.*

EXCLUYENTES, PRUEBA DE LAS. *Las excluyentes de responsabilidad no deben presumirse, y solo operan en favor de un encausado cuando se hallen fehacientemente probadas.*

Y se impone la carga probatoria al acusado, para acreditar alguna hipótesis que le permita excluirlo de responsabilidad penal, de acuerdo a la jurisprudencia: V.2o. J/42, de la Novena Época, que señala: **EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. PRUEBA DE LAS.** *Es principio general de derecho de que quien afirma está obligado a probar; luego, la comprobación de las excluyentes corresponde a quien las invoca y no al Ministerio Público.*

Por lo tanto, la presunción de inocencia está en desigualdad procesal, en perjuicio del inculpado, quien debe, por capricho legislativo y judicial, asumir la carga de la prueba, y que, por si fuese poco, a diferencia de la dificultad probatoria (plena) de las excluyentes, los tribunales pueden condenar, a través de indicios que concatenen con otros elementos de convicción, hasta elevarlos a prueba plena (denominada circunstancial); lo

que evidencia dicho desequilibrio procesal, como lo prevé el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, siguiente:

Artículo 286. Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena.

En este sentido, se emitieron las jurisprudencias 1a./J. 23/97 y 664, de la Novena Época, tituladas: **PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL** y **PRUEBA CIRCUNSTANCIAL**.

IV. Presunción de inocencia. Garantía del nuevo proceso penal acusatorio y oral

Como se dijo, la presunción de inocencia es un derecho de todo imputado dentro del proceso penal, y si bien, todos aquellos factores políticos, sociales y culturales desarrollados en su momento, inclinaron la interpretación de los tribunales hacia el plano de la seguridad social, mas allá del estricto derecho y respeto a las garantías, ahora es diferente, pues con la incorporación literal de la presunción de inocencia, los criterios por emitirse, al instaurarse el nuevo sistema acusatorio y oral, deberán tomar otro rumbo en beneficio del inculpado, al que se le pretende otorgar el respeto de ese derecho, conforme a las expectativas buscadas por el Derecho Penal y el Estado.

La reforma de 18 de junio de 2008, estatuyó, entre otras cosas, lo siguiente:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

...

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

...

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;

...

En este sentido, la incorporación de la presunción de inocencia en las reformas constitucionales de 18 de junio de 2008, tiene eminentemente un tinte propositivo en cuanto obliga, en tiempo otorgado, a las modificaciones de las normas penales, como es el Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de ajustarse a dicho principio, pues solo de esta manera, serán congruentes los procesos penales.

Lo anterior, pues las actuales exigencias sociales imperantes, pregonan una nueva visión del Derecho Penal, en la que, mediante las adecuaciones de las normas penales (Código Penal Federal y Federal de Procedimientos Penales), se tienda a respetar, en igualdad de condiciones y tratos, tanto a la víctima u ofendido, como al imputado del hecho criminoso, a fin de garantizar procesos ágiles y legales en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento como lo marca la Constitución.

Es por ello que se espera que la entrada en vigor de estas reformas, dé la pauta para que todos aquellos principios constitucionales se cumplan armónicamente, esto es, que lo acusatorio y oral del sistema se sustente en bases sensibles para el justiciable, en el ámbito del proceso penal.

V. Bibliografía

- Briseño Sierra, Humberto: *Derecho procesal*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, tomo IV.
- Castellanos Tena, Fernando: *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.
- De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael: *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1995.
- Garrido Márquez, Giovanna Emilia: *Evolución Histórica de la Sanción Penal en México*, UNAM, Facultad de Derecho, México, 2004.
- Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho*, Editorial Porrúa 12^a ed., traducido por R. Vernengo, México, 1991.

Dura lex, sed lex.
**Inconstitucionalidad de los artículos
478 y 479 de la Ley General de Salud**

Rogelio Gerardo García Rojas*

RESUMEN: El pasado 20 de agosto del año 2009, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, para dar cabida a lo que se ha llamado *Delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo*, que, entre otras cosas, crea diversos tipos penales y establece un sistema de competencia concurrente entre la federación y los Estados para poder conocer de estos delitos. Para efectos de este trabajo, son de toral importancia los artículos 478 y 479 que establecen los criterios para el no ejercicio de la acción penal en tratándose de la posesión de ciertos narcóticos para el consumo personal y dispone el baremo de cantidades para tal efecto. Ello ha incrementado sustancialmente el número de causas penales federales,¹ juzgando,

* Defensor Público Federal.

¹ 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 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 el 2011, 61,841.

sentenciando y condenando casos que antes no eran de la injerencia penal, juzgando asuntos de bagatela penal, nimios, juzgando, sentenciando y condenando a auténticos adictos, toxicómanos o farmacodependientes, esto en contravención, a mi criterio, de los principios *pro homine*, derecho a la salud, progresividad y no regresividad, proporcionalidad y racionalidad de las leyes penales, según lo expondremos en el desarrollo de estas líneas.

SUMARIO: I. Breviario histórico normativo. II. Evolución jurisprudencial. III. Posición antagónica. IV. Principio *pro homine*. V. Derecho a la Salud. VI. Principio de progresividad y no regresividad. VII. Proporcionalidad y racionalidad de las leyes penales. VIII. Conclusión.

I. Breviario histórico normativo

La posesión de drogas en el derecho penal, se ha sancionado según datos lo más contemporáneos posibles, desde el Código Penal Federal de 1931, en los artículos 193 a 199, con una redacción bastante particular, dada la época, pero lo que es de hacerse notar es que *no* contemplaba ninguna dispensa para aquellas personas que poseyeran algún tipo de droga y tuvieran la calidad de adictos o toxicómanos, esto se describía en el original Capítulo III del Título Décimo Segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales, que, al respecto, disponía, en sus artículos 524 y 525, 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 de que, si habiendo consignación, dentro del plazo de 72 horas a que se refiere el artículo 19 constitucional, se formule o ratifique el diagnóstico, el ministerio público se desistiría de la acción penal, sin autorización del procurador y pediría que el sujeto fuera internado en una institución sanitaria durante el tiempo que fuera necesario.

Esta postura se mantuvo incólume por muchos años, y es hasta la reforma al Código Penal Federal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de diciembre de 1978 en donde se reforma, entre otros preceptos, el artículo 194 para quedar como sigue:

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 prisión de dos meses a dos años o de sesenta a doscientos setenta días multa.

III.- Si la cantidad excede de la señalada en el inciso

que antecede, se aplicarán las penas que correspondan conforme a este capítulo.

IV.- Todo procesado o sentenciado que sea adicto o habitual quedara sujeto a tratamiento. Asimismo, para la concesión de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considerara como antecedente de mala conducta el relativo al hábito o adicción, pero sí se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento adecuado para su curación, bajo la vigilancia de la autoridad ejecutora.

Se impondrá prisión de seis meses a tres años y multa hasta de quince mil pesos al que no siendo adicto a cualquiera de las substancias comprendida en el artículo 193, adquiera o posea alguna de estas, por una sola vez, para su uso personal y en cantidad que no exceda de la destinada para su propio e inmediato consumo. ...

Lo interesante de estas disposiciones legales, es que gradaban el tratamiento jurídico dependiendo de las siguientes variables: a) la calidad del sujeto (adicto, habitual o no); b) la cantidad de droga; y, C) la temporalidad del consumo de la misma, sin establecer cantidades fijas.

La jurisprudencia imperante sobre el tema de la Quinta hasta la Séptima Época, se concretó a determinar qué debía entenderse por consumo inmediato, señalando que era aquel que requería el toxicómano en un lapso de veinticuatro horas, y, para ello, se necesitaba la existencia de un dictamen médico que determinara el presupuesto de adicción a la droga y que la cantidad no excediera de la necesaria para el consumo personal dentro de esa temporalidad, para lo cual el galeno debía considerar el grado de adicción del sujeto.

También comienza a escindirse el trato del habitual o adicto de aquel que no lo es, que posee droga para su consumo personal por mera curiosidad, para experimentar la sensación de la misma, o que aun no ha desarrollado ningún rasgo de necesidad que lo hagan merecedor a ser considerado como adicto o habitual, puniéndolo privilegiadamente.

Mantúvose el *statu quo* descrito hasta la reforma del 10 de diciembre de 1994, en la cual se reforman, entre otras disposiciones, para lo que aquí nos interesa, el artículo 199 del Código Penal Federal para quedar del modo siguiente:

Artículo 199.-Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193, no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que alguna persona relacionada con él es farmacodependiente, deberán informar de inmediato, a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que correspondan.

Todo procesado o sentenciado que sea farmacodependiente quedará sujeto a tratamiento. 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 sí se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento adecuado para su curación bajo vigilancia de la autoridad ejecutora.

Así las cosas, durante catorce años este artículo fue el caballo de batalla para la defensa, ya que daba salida a muchos casos de posesión de drogas para consumo personal, desde la fase ministerial, en la secuela del

proceso o en sentencia definitiva, hasta que llegó la actual reforma del 20 de agosto de 2009, en donde se suprime la parte inicial del artículo 199 del Código Penal Federal antes transcrita y se crean los arábigos 478 y 479 de la Ley General de Salud con la siguiente redacción:

Artículo 478.- El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta Ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia.

El Ministerio Público hará reporte del no ejercicio de la acción penal a la autoridad sanitaria de la entidad federativa donde se adopte la resolución con el propósito de que esta promueva la correspondiente orientación médica o de prevención. La información recibida por la autoridad sanitaria no deberá hacerse pública pero podrá usarse, sin señalar identidades, para fines estadísticos.

Artículo 479.- Para los efectos de este capítulo se entiende que el narcótico está destinado para su estricto e inmediato consumo personal, cuando la cantidad del mismo, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones no exceda de las previstas en el listado siguiente:

Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato		
Narcótico	Dosis máxima de consumo personal e inmediato	
Opio	2 gr.	
Diacetilmorfina o Heroína	50 mg.	
Cannabis Sativa, Indica o Mariguana	5 gr.	
Cocaína	500 mg.	
Lisergida (LSD)	0.015 mg.	
MDA, Metilendioxianfetamina	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, dl-34-metilendoxi-n- dimetilfeniletilamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

II. Evolución jurisprudencial

El trato jurisprudencial, respecto al toxicómano, ha mostrado variantes, obviamente dependiendo del marco normativo imperante; para efectos de intentar sistematizar, dividimos en cuatro fases los criterios jurisprudenciales:

A. Primera fase

Que comprendería de la Quinta a la Séptima Época, con la redacción que tuvo el Código Penal y el Código Federal de Procedimientos Penales desde sus publicaciones originales hasta la reforma del 8 de diciembre de 1978, vigente hasta el 10 de diciembre de 1994, donde se establecieron los conceptos básicos sobre el tema, predominando tesis aisladas con solo tres jurisprudencias por reiteración, todas de la Sexta Época.

Los puntos fijados fueron que la toxicomanía es una enfermedad, la que debe estar demostrada plenamente (pues se le daba el trato, indistintamente como causa de justificación o como excusa absolvatoria) y ante la duda, le corresponde demostrar, a cabalidad a quien la alega a su favor, y la prueba idónea para ello es un dictamen médico, en el cual no solo se determine la toxicomanía del inculpado, sino además se especifique que la cantidad de droga que poseía correspondía a la necesaria para satisfacer su consumo inmediato, calificando esta temporalidad como la que consumiría en un día.

Así se dejó claro en las jurisprudencias siguientes, que, por su carácter ya meramente histórico, prescindo transcribir en su totalidad, amen de hacer más amable la lectura de estas líneas:

- De la Sexta Época la tesis histórica con número de registro 904933 con el rubro **TOXICOMANIA, PRUEBA DE LA.**
- De la Séptima Época, la aislada con número de registro 805757 con el rubro Delitos Contra la Salud. **TOXICOMANÍA DEL INICLUPADO**; así como la diversa número de registro 236457, con el rubro **SALUD, DELITO CONTRA LA. LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD POR TOXICOMANÍA, LÍMITES**. La diversa con registro 245494, que apareciera en el informe de 1974 con el rubro: **DELITO CONTRA LA SALUD. POSESIÓN DE MARIGUANA. LAS ASEVERACIONES DEL INICLUPADO SON INEFICACES PARA ACREDITAR SU TOXICOMANÍA, CUYO ESTADO PATOLÓGICO DEBE ESTABLECERSE MEDIANTE DICTAMEN MÉDICO, A FIN DE QUE OPERE EN SU FAVOR LA EXCUSA ABSOLUTORIA A QUE LA LEY SE REFIERE**. Así como la diversa número de registro

235382, con el rubro **SALUD, DELITO CONTRA LA. EXCUSA ABSOLUTORIA. CONCEPTO DE TOXICOMANÍA.**

De todas las tesis aisladas que pude consultar de esas épocas, me llamó la atención una que sí insertaré en su totalidad, ya que desde 1971, se estimaba que la cantidad necesaria para satisfacer una necesidad toxicológica no puede determinarse mediante una medida tasada, fija, sino que requería el examen acucioso del juzgador de cada caso en particular; la tesis aislada en mención es la numero de registro 235871, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Parte, página 51con el rubro y texto siguientes:

SALUD, DELITO CONTRA LA. EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE TOXICOMANÍA. DETERMINACIÓN DE LA CANTIDAD DE ESTUPEFACIENTE. *La cantidad total de la droga necesaria para la satisfacción del vicio de un toxicómano como consumo inmediato, no se determina mediante una medida tasada y única aplicable a todos los casos, sino que debe ser el resultado de un dictamen pericial emitido por un técnico o técnicos en la materia, considerando las características psicosomáticas de cada individuo, a través del examen y análisis conducentes, para determinar la cantidad de enervante que le es indispensable, por día, para satisfacer su adicción.*

B. Segunda Fase

En la Octava y mayor parte de la Novena Época, donde la jurisprudencia ya fue copiosa, se esclarecieron puntos finos de esta figura; primero, que para su aplicación en favor de un toxicómano, ya no es menester estimar

aspectos temporales cuantitativos, es decir, ya no se limitaba a la posesión de droga para el consumo de un día, lo que sí prevalecía para el diverso poseedor curioso, que al no ser adicto, el artículo 195 párrafo segundo, vigente en esos años, lo dispensaba, únicamente si la droga que poseía era la necesaria para su consumo personal e inmediato, no así para el toxicómano que lo protegía con mayor amplitud no sujetando a condición temporal alguna, así se lee en la jurisprudencia 1a./J. 13/96 emanada de la Contradicción de tesis 66/95, entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, con número de registro 200415, 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*, Tomo III, Junio de 1996, Página: 171 con el siguiente rubro y texto:

POSESION DE NARCÓTICOS PARA EL ESTRICTO CONSUMO PERSONAL DEL FARMACODEPENDIENTE. LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CODIGO PENAL FEDERAL, NO SE SUJETA A CONDICIÓN TEMPORAL ALGUNA.

La excusa absolutoria prevista en el artículo 199 del Código Penal Federal, en cuanto previene que al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193, no se le aplicará pena alguna, no requiere para su operancia que el consumo sea el inmediato o diario, como se establecía en las fracciones I y II del artículo 194 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Antes bien, de la interpretación literal del artículo 199, así como de la exposición de motivos correspondiente, se advierte con

claridad que la intención del legislador fue precisamente la de suprimir el anterior tratamiento que se daba a los farmacodependientes que poseyeran narcóticos para su propio e inmediato consumo; esto es, en el nuevo precepto se establece otra excusa absolutoria que encuadra en las conductas que anteriormente contemplaban las fracciones I y II del artículo 194, con la salvedad de que el determinar la cantidad de narcótico poseída por el farmacodependiente para su estricto consumo, queda al arbitrio del juzgador, por no establecerse algún término, sin embargo, se requerirá del dictamen médico correspondiente en el caso concreto y, en el último párrafo, se advierte la hipótesis que se comprendía en el correspondiente de la fracción IV del anterior artículo 194, advirtiéndose que se cambia el término “adicto o habitual” por el de “farmacodependiente”. Efectivamente, en el artículo 199 se deja al arbitrio del juzgador la apreciación de la posesión del narcótico para el estricto consumo personal del farmacodependiente, para lo cual, deberá considerar todas las circunstancias del caso, entre las cuales, desde luego, no se excluye el elemento de temporalidad, del cual no obstante, no es el único que debe ponderarse para determinar cuándo la posesión del narcótico tiene como finalidad el estricto consumo personal del mismo por parte del inculpado. Por tanto, esa situación deberá valorarla el Juez del proceso mediante el análisis comparativo de la cantidad, naturaleza, forma de adquisición y venta de droga poseída y el grado de adicción del encausado, así como las circunstancias que mediaron en la comisión de la conducta antijurídica, y las demás que incidan en la apreciación de la finalidad de la posesión del narcótico por parte del encausado.

De esta tesis, me permito traer a colación el siguiente argumento, que se hilvanó en la ejecutoria correspondiente, estimando que un sistema donde el juez puede ejercer su función judicial, más que meramente jurisdiccional, al no limitarse a ser la boca de la ley, pudiendo justipreciar todas las circunstancias que inciden en el caso en concreto, es más justo:

Lo anterior significa que el legislador no limita al juzgador desde el punto de vista temporal para que aprecie si la droga poseída por el farmacodependiente es para su estricto consumo personal. Antes bien, se le deja arbitrio para que establezca si se actualiza o no esa hipótesis normativa, para lo cual, evidentemente, deberá tomar en cuenta todas las circunstancias del caso, entre las cuales, desde luego, no se excluye el elemento de temporalidad el cual, no obstante, no es el único que debe ponderarse para determinar cuando la posesión del narcótico tiene como finalidad el estricto consumo personal del mismo por parte del inculpado. Este sistema de mayor libertad es más justo en tanto que permite apreciar todas las pruebas y las circunstancias del caso para la ponderación del referido concepto, sin que se constriña al juzgador a determinarlo con base en un dictamen médico generalmente dogmático o bien, únicamente en la circunstancia de que la cantidad de droga poseída sea para el uso inmediato o diario, puesto que no puede descartarse el hecho de que tal conclusión se desvirtúe con otros medios de convicción o circunstancias. Por ello, es de concluirse que el artículo 199 del Código Penal Federal, no condiciona la procedencia de la excusa absolutoria a que la cantidad de droga poseída por el inculpado sea la necesaria para su uso inmediato o diario; pues únicamente exige que

esté destinada al estricto consumo personal del farmacodependiente, situación que deberá valorar el Juez del proceso mediante el análisis comparativo de la cantidad, naturaleza y forma de adquisición de la droga poseída y el grado de adicción del encausado, así como las circunstancias que mediaron en la comisión de la conducta antijurídica, y las demás que incidan en la apreciación de la finalidad de la posesión del narcótico por parte del encausado; sin que se limite a un día como anteriormente se estableció, el tiempo en que se deba consumir la cantidad de enervantes poseído, máxime que ya se ha dejado establecido que el sistema legal que así lo autorizaba, fue suprimido por el legislador quien adoptó una fórmula más amplia en términos de lo previsto en el artículo que se analiza.

Otro brete resuelto en estos años jurisprudenciales, fue la naturaleza jurídica de la toxicomanía, pues al decir el artículo 199 que al toxicómano sorprendido en posesión de droga para su consumo *no se le aplicará pena alguna*, está eximiendo de la aplicación de la pena, lo cual, doctrinalmente se define como una excusa absolvatoria.² Bajo esta tesisura, no pocos juzgadores federales, celosos del orden de los factores y respetuosos de la dogmática jurídico penal, estimaban, con acierto teórico, que al ser esta figura una excusa absolvatoria, sólo podían aplicarla hasta el momento de fallar en definitiva el asunto, previa declaración de la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado.

²Así se ha definido, desde los clásicos del derecho penal mexicano, véase: Castellanos Tena, F: *Lineamientos*, cit., pp. 278 a 279, que establece *en función de las excusas absolvatorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El estado no sanciona determinada conducta por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal.*

Esto indudablemente ocasionaba juicios inútiles, injustos e imprácticos, pues neciamente se sujetaba a juicio a una persona, solo para en sentencia prescindir de sancionarle de modo alguno, por lo cual, surgió la jurisprudencia por contradicción de tesis 50/2008-PL, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero, Segundo y Quinto, todos del Décimo Quinto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, Marzo de 2010, Página 312, emana la tesis 1a./J. 130/2009 que se inserta a continuación:³

FARMACODEPENDENCIA. AL CONSTITUIR UNA EXCLUYENTE DEL DELITO, EL JUEZ PUEDE PRONUNCIARSE AL RESPECTO EN EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL, SIN TENER QUE ESPERAR HASTA EL DICTADO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 20 DE AGOSTO DE 2009). Conforme a los artículos 524 y 525 del Código Federal de Procedimientos Penales (derogados mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2009), si el dictamen realizado por la autoridad sanitaria indica

³ Idéntico criterio se sostuvo en la jurisprudencia por reiteración número XV. 10. J/15 con número de registro 166160, de la Novena Época, del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXX, Octubre de 2009, a página 1208, con el rubro: **EXCUSA ABSOLUTORIA POR FARMACODEPENDENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. SI SE ACREDITA QUE EL INDICIADO ES FARMACODEPENDIENTE EL JUEZ ESTÁ FACULTADO PARA APLICARLA EN EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL Y DETERMINAR NO SUJETARLO A PROCESO, SINO A UN TRATAMIENTO MÉDICO ANTE LAS AUTORIDADES SANITARIAS FEDERALES, SIN NECESIDAD DE ESPERAR HASTA EL DICTADO DE LA SENTENCIA.**

*que el inculpado tiene el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos y la cantidad poseída es la necesaria para su propio consumo, no se hará consignación a los tribunales, y si se hubiere hecho y dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se formula o se rectifica dicho dictamen en el sentido de que se actualiza el referido hábito o necesidad y la cantidad de droga asegurada al detenido es la necesaria para consumo personal, el Ministerio Público se desistirá de la acción penal sin necesidad de consultar al Procurador General de la República y pedirá al tribunal que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad sanitaria federal para su tratamiento, por el tiempo requerido para su curación. Así, la **farmacodependencia** constituye una excluyente del delito, ya que ni siquiera puede ejercerse la acción penal si se advierte que quien posee la droga lo hace para satisfacer su propia necesidad; de manera que si de autos se acredita que el inculpado es un farmacodependiente que solo posee el estupefaciente para su estricto consumo personal, el juez puede pronunciarse sobre dicha excluyente en el auto de término constitucional sin tener que esperar hasta el dictado de la sentencia definitiva, y no sujetarlo a proceso penal, sino únicamente a un tratamiento ante las autoridades sanitarias. No obsta a lo anterior que el artículo 199 del Código Penal Federal (vigente hasta la fecha mencionada) regule el mismo supuesto normativo contenido en la aludida legislación procesal, esto es, el caso del farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico, y disponga que no se aplicará pena alguna, pues no se refiere a una excluyente de responsabilidad*

sino a una excusa absolvatoria, ya que faculta al juez para someter a proceso al farmacodependiente y dictar sentencia en la que se tenga por acreditado el delito y su responsabilidad, pero sin aplicar una pena, lo cual no sólo es contrario a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales, sino que implica una abierta contravención constitucional, pues en nada ayuda a la rehabilitación del farmacodependiente y sí, en cambio, constituye una violación a su derecho a la salud, además de que el solo hecho de considerarlo culpable de un delito como la posesión de droga para el consumo personal significa una estigmatización que afecta su dignidad; de ahí que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que ante esa antinomia legal, para determinar el tratamiento procesal que ha de darse al farmacodependiente, debe atenderse a la solución que brinda el indicado ordenamiento adjetivo, por apegarse más al régimen constitucional en vigor.

Digno de reiterarse de esta jurisprudencia el sentido común, humanitario, del trato al farmacodependiente, al cual en nada se le ayuda sometiéndolo a un procedimiento penal, que tiene como destino evidente una no imposición de pena, siendo contrario un trato así a su derecho a la salud y rehabilitación como toxicómano.

C. Tercera fase

La última parte de la Novena Época, la que se mantuvo ya dentro de la vigencia del actual texto legal que aquí se estudia, y la recién iniciada Décima Época, dan bases sólidas para afirmar la inconstitucionalidad de los preceptos que se mencionan por las causas que se precisan:

Debo comenzar con las últimas tesis aisladas que emitió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de

la Nación, respecto del artículo 199 emitidas ya estando este derogado, pues en tales criterios se sostuvo una postura novedosa sobre el tema, esencialmente al estimar su inconstitucionalidad. Así tenemos la tesis aislada número de registro 165258, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, Febrero de 2010, a Página 19, Tesis: P. VII/2010 con el siguiente contenido íntegro:

EXCUSА ABSOLUTORIA. EL ARTICULO 199, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECERLA PARA LOS FARMACODEPENDIENTES, VIOLA EL DERECHO A LA SALUD (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 20 DE AGOSTO DE 2009). *El citado precepto, al establecer que al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal no se le aplicará pena alguna, viola el derecho a la salud contenido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues permite someterlo a un proceso penal y, posiblemente, declararlo culpable del delito de posesión de narcóticos, ya que al tratarse de un enfermo en nada contribuye a su rehabilitación determinar su responsabilidad en ese delito. El derecho a la salud está integrado por diversas acciones positivas y negativas por parte del Estado, entre las que destacan: 1) la obligación de prevenir la existencia de enfermedades, y 2) cuando no se ha podido prevenir la enfermedad, debe garantizar el tratamiento y, en caso de que el padecimiento lo permita, la rehabilitación del enfermo, para lo cual no puede obstaculizarla. Esto implicaría que como parte del derecho a la salud debe entenderse*

que un enfermo tiene el derecho a ser tratado con dignidad, pues de lo contrario no se lograría su rehabilitación, violando así el contenido básico del propio derecho. Cabe destacar, que el derecho a tratamiento (rehabilitación) comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de auxilio en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra enfermedades infecciosas, pero en ningún caso, la prevención, tratamiento y lucha de enfermedades puede utilizar como vía para lograr otros fines del derecho penal, por compleja o estigmatizada que sea la enfermedad relacionada con el comportamiento del individuo. Así, cuando a un farmacodependiente –enfermo– se le instaura un proceso penal en su contra y se le llega a declarar culpable de un delito con motivo de la posesión de droga para su propio consumo, se le estigmatiza y etiqueta, con lo cual no se colabora para su rehabilitación. En otras palabras, no puede considerarse que el proceso penal sea la vía correcta para el tratamiento de un farmacodependiente, pues puede ser remitido a las autoridades sanitarias para los efectos del tratamiento que corresponda, sin utilizar el máximo sistema represor con que cuenta el Estado, como lo es el derecho penal. Por ello, en nada ayuda a la rehabilitación de una persona el hecho de

que una vez consignada una causa penal por posesión de drogas para consumo personal, se tenga que seguir un proceso penal a pesar de que se demuestre que es un farmacodependiente y, eventualmente, pueda llegarse a dictar una sentencia en la que se establezca que el culpado es penalmente responsable, aunque no se le aplique pena alguna, pues el solo hecho de considerarlo responsable del delito de posesión de droga para el consumo personal, a pesar de que se demuestre pericialmente que se trata de un enfermo, constituye una violación al derecho a la salud, dado que dicha resolución no ayuda a su rehabilitación.

Otra tesis aislada es la P. IV/2010, con número de registro 165257, del propio Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, Febrero de 2010, Página 20, del tenor literal siguiente:

EXCUSA ABSOLUTORIA. EL ARTÍCULO 199, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECERLA PARA LOS FARMACODEPENDIENTES, VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 20 DE AGOSTO DE 2009). El mencionado precepto, al prever una excusa absolutoria para los farmacodependientes que poseen para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal, viola el principio de igualdad contenido en el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que el artículo 195 del mismo código implementa una excluyente del delito para sujetos que no son farmacodependientes y tienen en su poder drogas en la cantidad necesaria para su consumo personal. La referida distinción es inválida

porque: a) la diferencia de trato no es congruente con el respeto a la dignidad de todos los seres humanos; b) existen supuestos de hecho sustancialmente idénticos (posesión de droga para consumo personal) que son abordados de distinta manera; c) la diferenciación carece de justificación objetiva y razonable, al no existir una relación de proporcionalidad ni de instrumentalidad entre los medios y fines de la norma; d) la distinción parte de la condición y estado de salud de la persona –enfermo farmacodependiente–; y, e) muestra una política pública deliberada de trato desigual. Lo anterior es así, porque no es posible sustentar constitucionalmente un trato desigual respecto de las personas que se encuentran en posesión de droga pero no son farmacodependientes, a las cuales se les trata con una excluyente del delito, y a quienes poseen narcóticos pero son toxicómanos, ya que en el proceso legislativo que culminó con el decreto por el que se reformó el artículo 199 del Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, vigente hasta el 20 de agosto de 2009, no se advierte una razón objetiva suficiente para establecer tal distinción, porque la justificación del legislador para implementar esa distinción consistió en afrontar el problema de la farmacodependencia y “superar” los efectos prácticos que establecía tal norma antes de la reforma de 1994. Sin embargo, aunque es constitucionalmente válido que se haya intentado afrontar el problema de la dependencia a las drogas, la excusa absolutoria no resulta una medida adecuada ni proporcional para llegar a ese fin, pues resulta demasiado gravoso dejar a un lado el principio de igualdad con las desventajas que ello supone. Además, someter a un proceso penal

a un farmacodependiente que solo posee narcóticos para su consumo personal no es el medio idóneo para solucionar el problema de la dependencia a las drogas; por el contrario, se afecta gravemente su derecho a ser rehabilitado. Así, si el Estado considera que no es adecuado proceder contra quienes no son farmacodependientes y poseen droga para su consumo personal, con más razón debería considerar ello respecto de quienes sí son farmacodependientes.

Y la tercera y última tesis es la P. VI/2010, número de registro 165256, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, Febrero de 2010, Página 21, que dice:

EXCUSA ABSOLUTORIA. EL ARTÍCULO 199, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECERLA PARA LOS FARMACODEPENDIENTES, VIOLA EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 20 DE AGOSTO DE 2009). El referido precepto viola el principio de no discriminación contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no hay razones válidas para que a los farmacodependientes que posean cierto tipo de drogas para su consumo personal se les someta a un proceso penal en el que, en su caso, no se les aplicará pena alguna si se les encuentra culpables del delito de posesión de droga, mientras que a las personas no farmacodependientes en la misma situación no se les sigue un proceso penal, como lo establece el artículo 195, párrafo segundo, del Código Penal Federal, vigente hasta el 20 de agosto de 2009. Esto es, el trato discriminatorio se origina por una simple condición como farmacodependientes,

sin que puedan apreciarse razones objetivas que lo justifiquen. Ahora bien, conforme a los lineamientos de la normativa, la farmacodependencia debe considerarse como una enfermedad; así, el artículo 74 de la Ley General de Salud establece que la atención a las enfermedades mentales comprende la de alcohólicos y personas que usen habitualmente estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y la farmacodependencia es una enfermedad que ha ameritado programas especiales, como el establecido a partir del artículo 191 de la ley citada, denominado “Programa contra la Farmacodependencia”, según el cual la Secretaría de Salud y el Consejo de Salubridad General se coordinarán para su prevención y tratamiento. Con base en lo anterior, es evidente que la urgencia de poseer narcóticos no está determinada por una intención de cometer un delito, sino por una necesidad, de ahí que resulte incongruente que en determinadas circunstancias se tome a la posesión para consumo personal como excluyente del delito y en otros supuestos no, ya que la única diferencia es que, en el primer caso, cuando no se trata de un farmacodependiente, la ley prevé que no se procederá penalmente en su contra y, en cambio, si se padece esa enfermedad se le consignará y se seguirá un proceso penal hasta el dictado de la sentencia, en donde posiblemente se le considere penalmente responsable.

Tesis estas que dejan claros los siguientes puntos:

- Se conculca el derecho a la salud del toxicómano por permitir someterlo a un proceso penal y, posiblemente, declararlo culpable del delito de posesión de narcóticos, ya que al tratarse de un enfermo, en nada contribuye a su rehabilitación determinar su responsabilidad en ese delito,

pues, en ningún caso, la prevención, tratamiento y lucha de enfermedades puede utilizar como vía para lograr esos fines el derecho penal, ya que no puede considerarse que el proceso penal sea la vía correcta para el tratamiento de un farmacodependiente, pues puede ser remitido a las autoridades sanitarias para los efectos del tratamiento que corresponda, sin utilizar el máximo sistema represor con que cuenta el Estado.

- Viola el principio de igualdad, porque el artículo 195 del Código Penal Federal implementa una excluyente del delito para sujetos que no son farmacodependientes y tienen en su poder drogas en la cantidad necesaria para su consumo personal, con un trato mejor, al no poder ni siquiera, llevarlos a juicio; y viola la igualdad al abordar supuestos de hechos esencialmente iguales, (posesión de droga para consumo) de distinta manera; lo que muestra una política pública deliberada de trato desigual, porque no es posible sustentar un trato desigual respecto de las personas que se encuentran en posesión de droga pero no son farmacodependientes, a las cuales se les trata con una excluyente del delito, y a quienes poseen narcóticos pero son toxicómanos, pues a los que necesitan la droga sí se les sujeta a juicio y a los que no la necesitan no pueden ser llevados, ello por usar expresiones dogmáticas diferentes, al referir para los primeros *no se les aplicará pena alguna* y para los segundos *no se procederá*, por lo que, en todo caso, debería haber sucedido a la inversa.
- Y la concurrencia al principio de no discriminación se viola por razones similares, ya que no hay razones

válidas para que a los farmacodependientes que posean cierto tipo de drogas para su consumo personal se les someta a un proceso penal en el que, en su caso, no se les aplicará pena alguna si se les encuentra culpables del delito de posesión de droga, mientras que a las personas no farmacodependientes en la misma situación no se les sigue un proceso penal, como lo establece el artículo 195, párrafo segundo, del Código Penal Federal, vigente hasta el 20 de agosto de 2009.

Sentadas estas premisas, es más fácil entender por qué los artículos que ahora se reclaman violan los mismos derechos y otros más, aunque por razones diferentes como veremos un poco más adelante.

D. Cuarta fase

Dejamos para el final de esta evolución jurisprudencial, las tesis que se han emitido ya en interpretación de los artículos 477 y 479 de la Ley General de Salud.

Como se apuntó desde el inicio de este trabajo, al tasar el legislador cantidades fijas para el consumo personal, tanto de habituales como de adictos, ocasionó que se consignaran casos que, anteriormente, se filtraban desde la averiguación previa, y los que no, a la postre se filtraban en el auto de término constitucional, pues aun cuando el ministerio público estimara que no se actualizaba la figura jurídica del artículo 199 del Código Penal Federal, el juez, en esa función judicial, podía determinar que sí estaba actualizada para dictar auto de libertad, o aquellos, que como ya se comentó, son fieles al orden de los factores, en sentencia exoneraban de pena al sujeto.

Esto mutó inicialmente con el mero incremento de consignaciones, tan solo tomemos el brinco inicial del año 2008 al 2009, pasando de 38,351 consignaciones a

55,823, aumentándose en más de cuarenta por ciento el número de causas penales que ingresaron, para el año 2011, 61,841, lo que implica casi el sesenta por ciento de incremento.

Ante tal estado de cosas, desgraciadamente pocos jueces y magistrados, atendieron los planteamientos de la defensa en el sentido de que sin importar la cantidad de droga que poseyere el acusado, demostrada su calidad de adicto, debía aplicarse a su favor la causa de exclusión del delito de no exigibilidad de otra conducta a que se refiere la fracción IX del artículo 165 del Código Penal Federal, lo cual elevó las exigencias probatorias del dictamen, pues no solo debía señalarse la calidad de adicto del sujeto, su grado de adicción, sino que se debía demostrar claramente la necesidad física de consumir el mismo, a efecto de evitar los efectos del síndrome de abstinencia y algunos, incluso, exigiendo que se describiera en qué consiste tal síndrome, cuáles son sus efectos y repercusiones en el cuerpo humano, pero al fin de cuentas se inclinaban por la aplicación de esta excluyente de culpabilidad, dando una salida dogmática a la nueva prevención normativa.

Sin embargo, el gusto no duró mucho, pues atendiendo a criterios verdaderamente contrarios a la jurisprudencia en el tema, la jurisprudencia 43/2012 ya de la Décima Época, emanada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde al resolver la contradicción de tesis 454/2011, entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, resolvió lo siguiente:

FARMACODEPENDENCIA. CONSTITUYE UNA CAUSA EXCLUYENTE DEL DELITO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 15, FRACCIÓN IX, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, CONDICIONADA A LA POSESIÓN

DE NARCÓTICOS Y EN LAS CANTIDADES ESTABLECIDAS EN LA TABLA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis P. VII/2010, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, febrero de 2010, página 19, de rubro: “EXCUSAS ABSOLUTORIA. EL ARTÍCULO 199, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECERLA PARA LOS FARMACODEPENDIENTES, VIOLA EL DERECHO A LA SALUD (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 20 DE AGOSTO DE 2009).”, sostuvo que la farmacodependencia es una enfermedad y, por tanto, constituye una causa de exclusión del delito. Ahora bien, la posesión de narcóticos por farmacodependientes no puede constituir una acción desmedida, sino que debe sujetarse tanto a la naturaleza de los narcóticos, como a las dosis establecidas en la tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud, al tratarse de un sistema normativo cerrado creado por el legislador federal que contiene delimitaciones de tipo cuantitativo y cualitativo que atienden a la libertad del farmacodependiente, al no restringirle el consumo de sustancias que requiere por su problema de salud, así como a la protección a la salud de terceros, evitando la posesión indiscriminada de narcóticos. Por tanto, la posesión de narcóticos diversos o en cantidades distintas a los establecidos en la citada tabla, no actualiza la causa de exclusión del delito contemplada en el artículo 15, fracción IX, del Código Penal Federal, no obstante que el sujeto activo padezca dicha enfermedad.

Y sobre el tema aquí planteado, de inconstitucionalidad del arábigo 478 y 479, solo se han emitido jurisprudencias al respecto de los artículos 477 y 479, mas no del 478, tal como ocurre con la jurisprudencia 1a./J. 72/2010, tesis número de registro 162819, igualmente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, Febrero de 2011, Página 437 que reza lo siguiente:

IGUALDAD. EL ARTÍCULO 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD QUE PREVÉ LOS NARCÓTICOS Y DOSIS MÁXIMAS QUE SON CONSIDERADAS PARA ESTRICTO E INMEDIATO CONSUMO PERSONAL, NO VIOLA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

El mencionado precepto, al cual remite el sistema de previsión penal de delitos contra la salud en la modalidad de narcomenudeo –artículos 475, 476, 477 y 478 del mismo ordenamiento legal–, constituye una medida que adopta el Estado como parte de una política integral para combatir precisamente dicha clase de delitos, de esta manera se está en un ámbito en el que no hay una afectación directa de derechos fundamentales de los individuos, porque la Constitución no otorga, ni explícita o implícitamente, a ninguna persona a quien se le atribuya la comisión de un delito contra la salud en la modalidad de comercio o suministro, conforme al sistema punitivo establecido en el Código Penal Federal, un derecho subjetivo atinente a que, por su situación personal, naturaleza del narcótico y cantidad del mismo, deba ser incluido legislativamente en la hipótesis que representa mayor beneficio como las previstas en la Ley General de Salud, que tienen como finalidad resolver una problemática de grandes magnitudes, como la venta al menudeo de determinadas sustancias y establecer

un esquema de protección a la salud de los miembros de la sociedad en términos de la obligación generada al Estado a partir del artículo 4o. de la Constitución Federal, ante el peligro abstracto que representa el comercio y suministro ilegal de narcóticos. Por tanto, no estamos ante normas que establezcan clasificaciones entre los ciudadanos sobre la base de los criterios mencionados por el artículo 1o. constitucional como motivos prohibidos de discriminación entre las personas: el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, el estado de salud, etcétera. Nos encontramos, por el contrario, con disposiciones legales dictadas que atienden a la necesidad de recuperar la fortaleza del Estado y la seguridad en la convivencia social; sin soslayar las circunstancias de las personas que despliegan esta clase de conductas ilícitas, los terceros que se ven involucrados, que en su mayor parte son jóvenes que no alcanzan la mayoría de edad, cuyos datos de adicción son preocupantes, así como la determinación de mecanismos para el tratamiento médico y programas de prevención para farmacodependientes y no farmacodependientes. El legislador, por lo tanto, no introduce arbitrariamente una disposición que distingue entre aquellos que quedan supeditados al orden jurídico del narcomenudeo y los que no, sino que lo hace con el fin de alcanzar un objetivo constitucionalmente previsto, sin incurrir en desproporciones arbitrarias en términos de los bienes y derechos afectados.

La jurisprudencia 1a./J. 73/2010 con registro 162818, de la propia Sala en cita visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIII, Febrero de 2011, Página 471, con el texto siguiente:

IGUALDAD Y DERECHO A LA SALUD. EL ARTÍCULO 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, NO ES VIOLATORIO DE LOS CITADOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES AL LIMITAR LA CANTIDAD DE NARCÓTICOS QUE DEBE CONSIDERARSE PARA SU ESTRICTO E INMEDIATO CONSUMO PERSONAL. Al analizar el artículo 479 de la Ley General de Salud, al cual remite el sistema de previsión penal de delitos contra la salud en la modalidad de narcomenudeo –artículos 475, 476, 477 y 478 del mismo ordenamiento legal–, de acuerdo a un escrutinio cuidadoso de igualdad, resulta que no vulnera los artículos 10. y 40. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto al establecimiento de dosis máximas de narcóticos que se estiman destinados para el estricto e inmediato consumo personal. En efecto, la determinación legal de mérito, atiende a fines constitucionalmente válidos consistentes en respetar un ámbito acotado de libertad conferido a los farmacodependientes, así como eficientar el combate al narcomenudeo lo cual, constituye un propósito inmediato para alcanzar un fin aun de mayor trascendencia como es proteger la salud pública. Medida que se manifiesta como necesaria para evitar que una cantidad superior a la considerada como dosis máxima, pueda llegar a manos de otras personas y con ello incentivar o propiciar la inducción al consumo de drogas. Asimismo, no puede tildarse que la medida no sea proporcional, porque los beneficios que aporta su adopción por parte del legislador representan un mayor beneficio en la protección de la sociedad en general, frente a la particular libertad del farmacodependiente, de quien no se restringe el consumo de las sustancias que

requiere por el problema de salud que presenta, sino lo que se evita es que exista una posesión indiscriminada de narcóticos que ponga en peligro la salud de terceros.

III. Posición antagónica

Si concluyéramos este humilde trabajo con lo hasta aquí dicho, se sostendría indubitablemente la constitucionalidad de los artículos que se reclaman, siendo pues, los últimos criterios jurisprudenciales imperantes en el tema, se han pronunciado sobre la *venia* de constitucionalidad, en específico del artículo 479 de la Ley General de Salud; sin embargo, los argumentos de inconstitucionalidad que se plantearon fueron realmente endebles, y la Sala, como todo órgano jurisdiccional, resuelve con base y medida en lo que las partes exponen, según se dispuso en la ejecutoria del amparo en revisión 563/2010 magramente del modo siguiente:

Conceptos de violación. Que los artículos 477 y 479 de la Ley General de Salud, modificados mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinte de agosto de dos mil nueve, devienen inconstitucionales toda vez que contravienen las garantías de igualdad y de salud, previstas en los artículos 1o. y 4o. constitucionales, respectivamente. Que resulta inconstitucional lo previsto en la norma, puesto que genera una discriminación entre las personas que son adictas a las drogas (farmacodependientes), y aquellas que padecen alguna otra enfermedad, ya que estas últimas reciben atención médica sin que sean privadas de su libertad, con motivo de un proceso penal.

Así –advierte el quejoso–, no puede sostenerse que debe tratarse de forma desigual a aquellas personas que adquieren una enfermedad por un acto volitivo,

como en el caso es la farmacodependencia, pues ello implicaría que el derecho a la salud resultare negado a aquellas personas que se encuentran en un ambiente que puede generar una enfermedad aun cuando esta derive de actos voluntarios.

Que la Ley General de Salud le da carácter de enferma a toda persona que sea farmacodependiente y que derivado de ello, se actualiza la obligación del Estado de brindar asistencia a las personas en esta condición para que superen la enfermedad, y no otorgar un trato desigual que a cualquier otro enfermo, pues en el caso de las personas farmacodependientes si bien se les suministra el tratamiento necesario, este se realiza como delincuente.

Considera que resulta inadmisible que un ordenamiento jurídico como la Ley General de Salud considere delito el hecho de que una persona tenga una enfermedad, siendo que por el tipo de ordenamiento de que se trata, debería de velar, en todo momento, por la salud de las personas, amén de que el Estado tiene la obligación de vigilar, en todo momento, la salud de la sociedad cumpliendo con ello lo dispuesto en el artículo 4o. constitucional.

El recientemente extinto ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, emitió voto particular bastante interesante que me permito insertar:

Sin embargo, no comparto el criterio de la mayoría de los señores Ministros integrantes de la Primera Sala, porque a mi juicio, “la tabla”, es inconstitucional, por los motivos que a continuación expongo:

1. El quejoso está siendo procesado por el delito contra la salud en la modalidad de posesión de marihuana, previsto y sancionado en el artículo 477, en relación con el 479, de la Ley General de Salud.

2. Y argumenta que se le está sometiendo a un proceso penal cuando en realidad no es delincuente, sino farmacodependiente, y en consecuencia un enfermo. Al respecto, se debe tener en cuenta que el Tribunal Pleno, al resolver por mayoría de votos el amparo directo en revisión, concluyó que la farmacodependencia sí debe considerarse como una enfermedad y que se pronunció cuando todavía estaba vigente el artículo 524 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual disponía lo siguiente:

Artículo 524. Si la averiguación se refiere a la adquisición y posesión de estupefacientes o psicotrópicos, el Ministerio Público, de acuerdo con la autoridad sanitaria a que se refiere el artículo anterior, precisará acuciosamente si esa posesión tiene por finalidad exclusiva el uso personal que de ellos haga el indiciado. En este caso, y siempre que el dictamen hecho por la autoridad sanitaria indique que el imputado tiene el hábito o necesidad de consumir ese estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, no hará consignación a los tribunales; en caso contrario, ejercitará acción penal.

El legislador reconoció que la calidad de farmacodependencia y la cantidad de estupefaciente necesario para el propio consumo era una cuestión que no podía ser determinada a priori ni mucho menos de manera general, pues se requería de un dictamen pericial.

Actualmente, esta norma ha sido sustituida por el referido artículo 479 de la Ley General de Salud, el cual establece a priori y de manera general, lo que debe considerarse como una dosis máxima de consumo personal de inmediato, para que opere la causa de exclusión del delito, refiriéndose tan solo a ocho psicotrópicos.

Artículo 479. Para los efectos de este capítulo se entiende que el narcótico está destinado para su estricto e inmediato consumo personal, cuando la cantidad del mismo, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones no exceda de las previstas en el listado siguiente: (Ver listado)

Las preguntas que debemos hacernos son: ¿cuáles fueron los motivos por los que cambió de opinión el legislador, para pasar de un régimen de apreciación pericial a uno tasado?, ¿se justifican constitucionalmente tales motivos?

Como preámbulo, es importante recordar que el Tribunal Pleno sostuvo que considerar a la farmacodependencia como causa de exclusión del delito no quiere decir que cualquier caso de posesión por parte de los farmacodependientes implique una excluyente del delito, sino que la toxicomanía tiene que demostrarse fehacientemente y comprobarse que la cantidad que se posee al momento de la captura resulta idónea para el consumo personal, pues de lo contrario es factible presumir el uso de narcóticos para otro objeto.

El artículo 473 de la Ley General de Salud establece que la farmacodependencia es el conjunto de fenómenos de comportamiento cognoscitivos y fisiológicos que se desarrollan después del consumo repetido de estupefacientes o psicotrópicos reconocidos por la propia Ley General de Salud. Sin embargo, un enfermo que reúna tales condiciones no podrá prevalecer de la causa de exclusión del delito si rebasa los límites de “la tabla”, y sin poder aducir que la cantidad de narcótico es la que realmente necesita para satisfacer su necesidad.

Dado que “la tabla” hace la diferencia entre cometer un delito o no, es indispensable exigir que el legislador tenga buenas razones para establecer topes máximo generales, lo cual solicita la quejosa a la luz de los artículos 4o., 14, 16 y 19 constitucionales.

En la ejecutoria se transcribió la exposición de motivos que originó el acto legislativo que nos ocupa, y de ella destaca lo siguiente:

Ante estas circunstancias, el Estado mexicano está obligado a reorganizar todos sus esfuerzos para prevenir y combatir la posesión, comercio y suministro de narcóticos a través del gobierno federal y los gobiernos de las entidades federativas. A pesar de la gravedad del problema, se requiere otorgar certeza jurídica a los ciudadanos respecto de la intervención punitiva de las entidades federativas, al efecto, se establece que las autoridades de seguridad pública, procuración e impartición de justicia, así como de ejecución de sanciones de las entidades federativas, conozcan y resuelvan de los delitos o ejecuten las sanciones y medidas de seguridad cuando se trate de los narcóticos señalados en la ‘Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato’ prevista en la iniciativa, y la cantidad sea menor del resultado de multiplicar por mil la señalada en la misma tabla. Las drogas y cantidades señaladas en la tabla referida en la iniciativa son resultado del intercambio de experiencias por parte de la Dirección General de Servicios Periciales, de la Procuraduría General de la República, y el Centro Nacional contra las Adicciones, de la Secretaría de Salud, en los cuales se tomó en consideración principalmente las sustancias que han sido detectadas como de mayor consumo.

De la exposición de motivos reproducida se desprende que “la tabla” tiene un propósito esencial, y consiste en discernir competencias entre la Federación y las entidades federativas, pues de acuerdo con los artículos 474 y siguientes de la Ley General de Salud,(3) “la tabla” y las cantidades de narcótico serán el referente para determinar a quién corresponde perseguir el delito e impartir justicia. Esto, a decir del legislador, acarreará seguridad jurídica a los gobernados.

Se agrega que las drogas y cantidades señaladas en “la tabla” son resultado del “intercambio de experiencias” por parte de la Dirección General de Servicios Periciales, de la Procuraduría General de la República, y el Centro Nacional contra las Adicciones, de la Secretaría de Salud pero, en esencia, solo en torno a cuáles son las sustancias que han sido detectadas como de mayor consumo.

Por tanto, el legislador solo nos informa sobre cuáles son los psicotrópicos de mayor consumo en nuestro país, pero no nos informa cuáles fueron los métodos, fuentes o reportes que tomó en consideración para determinar las dosis máximas de consumo personal o inmediato, y si tal información es empírica o bien, científica. Simplemente alude a un intercambio de experiencias, cuando en el caso se requiere de un análisis científico de la naturaleza del narcótico, sus diversas dosis y de los efectos que pueden generar en el ser humano, para demostrar que sí se pueden establecer criterios generales en calidad de topes máximos de consumo, después de los cuales no cabe otra posibilidad más que afirmar (no solo presumir) que la persona es delincuente.

No puede justificarse la existencia de “la tabla” solo

con base en el argumento de que se propugna por el combate al narcomenudeo, cuando precisamente las sustancias que el propio legislador reconoce como de mayor consumo, son las que ameritarán penas menores en comparación a las previstas en el régimen anterior, además de que serán del conocimiento de la autoridad local.

Si el mercado de las sustancias de mayor consumo se verá favorecido con penas menores a las antes previstas, entonces, ¿cómo puede sostenerse que el Estado Mexicano está empleando todos los recursos a su alcance para combatir a las organizaciones criminales que promueven el consumo de drogas entre nuestra juventud? ¿cómo puede afirmarse que la inserción de “la tabla” respeta el derecho a la salud de la sociedad y, paralelamente, del farmacodependiente?

Lo anterior me lleva a concluir que la reforma no tiene una finalidad constitucionalmente válida, respetuosa del artículo 4o. constitucional, ni mucho menos que la medida sea racional, por avalarla la ciencia médica, o adecuada para preservar el derecho a la salud, ni del farmacodependiente ni de la sociedad.

Ahora bien, tal como lo reconoce la ejecutoria, el derecho a la salud está consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Federal, y exige, entre otras cosas, lo siguiente: 1) El Estado tiene la obligación de prevenir la existencia de enfermedades; y, 2) Cuando no se ha podido prevenir la enfermedad, el Estado está obligado a garantizar el tratamiento y, en el caso de que el padecimiento lo permita, la rehabilitación del enfermo, para lo cual no puede obstaculizarla.

Sin embargo, de manera tácita y tal vez sin proponérselo, la propia ley acota los casos en los que una persona está

enferma. Me explico. Si el farmacodependiente posee una cantidad de narcótico superior al establecido, entonces ya no será considerado como tal para efectos legales, con independencia de lo que las ciencias de la salud puedan opinar en torno al tema. Ello nos lleva a la consideración de que el legislador, a capricho, define lo que debe entenderse como farmacodependiente para otorgarle el derecho a ser excluido del delito.

Si el propio legislador circunscribe el ámbito de una enfermedad, entonces no está tomando las medidas necesarias para enfrentar el padecimiento real, y lo que queda por concluir es que de manera arbitraria está reconociendo quién sí está enfermo y quién no. Es cierto que deben existir límites en la posesión de narcóticos, pero el trabajo legislativo no demuestra por qué, por ejemplo, 40 miligramos (es decir, 0.040 gramos) de metanfetamina es una dosis máxima para un farmacodependiente y por qué no los 400 miligramos (o 0.4 gramos) de esa misma sustancia puede constituir una dosis personal y de consumo inmediato.

Esta circunstancia me genera inquietud, pues, continuando con el ejemplo, una primera revisión de la doctrina que existe sobre el tema, me revela que la pureza de la metanfetamina es ahora muy alto, de un 60% a un 90%; que hay dosis comunes de 100 a 1000 mg/día y los usuarios crónicos pueden ingerir hasta 5000 mg/día. Una ingestión frecuente de droga puede darse de ocho a diez veces por día durante tres a diez días. Las dosis elevadas (0.3 a 1 o más gramos) se utilizan porque la tolerancia a los efectos se desarrollan rápidamente. Los usuarios que inicialmente inhalan o fuman metanfetamina a menudo encuentran que necesitan administrar el fármaco por vía intravenosa para lograr los efectos deseados.

A manera de ilustración, hago referencia a la información que obtuve en diversas páginas de internet en torno al grado de tolerancia a la metanfetamina, la cual es una sustancia de uso cotidiano entre los sujetos procesados por delitos contra la salud:

a) Las 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. Dosis mayores pueden resultar letales entre consumidores sin tolerancia.

b) Dosis. Las dosis bajas varían entre los 5 mg y los 10 (vía intravenosa) 15 (por vía nasal u oral) o 20 mg (fumada). Las dosis medias van de los 10 a los 40 mg, y las dosis altas de 30 a 60 mg. Hay que resaltar que la metanfetamina genera gran acostumbramiento y que los adictos utilizan dosis cada vez mayores, dosis que pueden ser letales para usuarios no habituados.

c) Las dosis bajas de clorhidrato de metanfetamina van de los 5 a los 10 mg (Una cabeza de cerilla); las medias de 20 a 40 mg y las altas de 50 a 90 mg. Dosis mayores pueden resultar muy peligrosas entre consumidores sin tolerancia.

d) Los efectos duran entre 4 y 20 horas (5-50 mg), pero, si se aumenta la dosis, pueden durar más de 24 horas. El “viaje” empieza después de unos 30 o 40 minutos si se ingiere y después de unos 5 o 15 minutos si se inhala.

e) Potencial de dependencia. La tolerancia es muy alta y se desarrolla con excepcional rapidez. Habiendo iniciado con dosis terapéuticas de 10 a 30 mg, después de tres o cuatro semanas los usuarios regulares pueden necesitar hasta 500 mg, para experimentar los mismos efectos; cantidad que afecta gravemente a personas sin hábito. Aunque no causa dependencia física en sentido estricto, el potencial de dependencia

psicológica es bastante alto. El síndrome de abstinencia puede durar algunas semanas. Se manifiesta por ansiedad, fatiga, alteraciones de sueño, irritabilidad, hambre intensa y depresión severa, síntomas que pueden durar hasta un mes.

Como se podrá observar, la información es coincidente en el sentido de que la tolerancia media a la metanfetamina es de 40 mg, el cual a su vez constituye el tope máximo de consumo personal inmediato previsto en el artículo 479 de la Ley General de Salud. Con este ejemplo me parece evidente la falta de razonabilidad del criterio que empleó el legislador para considerar cuándo se está frente a un problema de farmacodependencia.

Por otro lado, de la información periodística emitida en la época de la reforma, se deja entrever que la intención del Ejecutivo era simplemente establecer “límites de tolerancia” para la portación personal de narcóticos. Sin embargo, esto no se refleja en el trabajo legislativo, pues más que constituir un simple límite de tolerancia es el tope máximo con base en el cual se considera que una persona está enferma.

Por las razones expuestas, no comparto el criterio de la mayoría y estimo que se debió conceder el amparo y protección de la Justicia Federal al quejoso.

Palabras sabias del ministro Gudiño, de las que recapitularemos la crítica fundada a las dosis, tan pequeñas y sin sustento médico, ni razones objetivas que se dispusieron en la tabla,⁴ y que privan de todo uso de razón y valoración por parte del juez del caso concreto.

⁴De la revisión del proceso legislativo se llega al conocimiento que la cantidad **máxima** que de marihuana preveía la iniciativa original era de dos gramos, solo de dos gramos, pero a instancias del diputado Pablo Gómez, se incrementó a los cinco gramos que se prevén.

Para poder hilvanar un argumento de inconstitucionalidad, nuevo, diferente, o al menos que plantea el caso desde un enfoque distinto a lo que se ha manejado, y así no caer en una mera insistencia necia sobre un tema, aparentemente zanjado, nos apoyaremos en la reforma constitucional en materia de amparo y derechos humanos del 6 y 10 de junio del 2011,⁵ que vinieron a trastocar el sentido de interpretación de las normas jurídicas que contengan o reflejen derechos, obligando al Estado Mexicano, en sus tres órganos 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, bien vale la pena replantear el tema de la inconstitucionalidad de los artículos en mención, pues tal reforma impacto de forma tal que se empezaron a acuñar, en la jurisprudencia, conceptos que antes estaban reservados a los doctrinarios altamente especializados en derechos humanos, como lo es el control de convencionalidad *ex officio*, los principios *pro homine* y *pro personae*, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad a los que la misma Constitución ahora se refiere.

⁵Punto de partida será el artículo primero que al respecto, en lo que interesa dispone: Art. 1o.- *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. 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.*

IV. 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 no es otra cosa que los principios *pro homine* y *pro persona* que obligan a todas las autoridades de un Estado a realizar una actividad hermenéutica, interpretativa, con una óptica protectora, maximizando los derechos, y restrictiva en el ataque a estos, para que así, siempre la interpretación resulte la mejor para la situación jurídica de las personas.

Estos novedosos conceptos ya fueron abordados por la jurisprudencia, en la cual, además de dar una breve explicación acerca de en qué consisten, refieren que su aplicación *es obligatoria*, de lo que se colige que los jueces y magistrados, del orden común o 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, I.4o.A.464 A, que al respecto dice:⁶

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APPLICACIÓN ES OBLIGATORIA. Texto: *El principio pro homine que*

⁶ 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 APPLICACIÓN.** *El principio pro homine, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo 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.*

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, aún 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 1o. 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 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.

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 las que armónicamente se dispone que cuando las personas que hagan uso indebido de estupefacientes hayan cometido esos delitos, 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, a nuestra estima, son de una clarificación singular sobre el tema, 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 1 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.

De estos artículos, me quedo con 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 es que los Estados parte *DEBEN DISPONER LO NECESARIO PARA QUE LOS TRIBUNALES PUEDAN TOMAR EN CUENTA LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DE LOS HECHOS.*

México, 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, 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.

V. Derecho a la salud

El derecho a la salud, es reconocido como parte de los derechos económicos y sociales que tienen las personas frente al Estado, el cual está obligado a tomar medidas

generales, políticas públicas tendientes a mantener la salud de las personas, evitando que contraigan enfermedades, con medidas preventivas; si ello falla, proporcionar el tratamiento curativo o paliativo al padecimiento, siendo un auténtico derecho social tutelado constitucionalmente y reconocido internacionalmente como una subespecie de los derechos humanos. Como lo ha referido la misma jurisprudencia por reiteración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número de registro 168549, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, Página 61, tesis P./J. 136/2008, con el rubro y texto siguiente:⁷

SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4o., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL.

La Ley General de Salud, reglamentaria del citado precepto constitucional, precisa que los servicios de salud, atendiendo a los prestadores de los mismos, se clasifican en: a) servicios públicos a la población general, que se prestan en establecimientos públicos de salud a los residentes del país, regidos por criterios de universalidad y de gratuidad, cuyas cuotas de recuperación se fundarán en principios de solidaridad

⁷ En sentido similar, la jurisprudencia por reiteración con registro 161333, Registro No. 161333 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*, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, página 29, tesis P. XVI/2011, con el rubro: **DERECHO A LA SALUD. IMPONE AL ESTADO LAS OBLIGACIONES DE GARANTIZAR QUE SEA EJERCIDO SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA Y DE ADOPTAR MEDIDAS PARA SU PLENA REALIZACIÓN.** Así como la diversa aislada con número de registro 161331, de la Novena Época, del mismo Pleno, corroborable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, a página 31, Tesis: P. XV/2011, con el rubro: **DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA.**

social y guardarán relación con los ingresos de los usuarios, debiéndose eximir del cobro cuando estos carezcan de recursos para cubrirlas; b) servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social, que son los prestados a las personas que cotizan o las que hubieren cotizado conforme a sus leyes, así como los que con sus propios recursos o por encargo del Ejecutivo Federal se presten por tales instituciones a otros grupos de usuarios; c) servicios sociales y privados, los primeros se prestan por los grupos y organizaciones sociales a sus miembros y beneficiarios de los mismos, directamente o mediante la contratación de seguros individuales y colectivos, y privados, los que se prestan por personas físicas o morales en las condiciones que convengan con los usuarios, sujetos a las leyes civiles y mercantiles, los cuales pueden ser contratados directamente por los usuarios o a través de sistemas de seguros individuales o colectivos y, d) otros que se presten de conformidad con la autoridad sanitaria, como lo son aquellos que conforman el Sistema de Protección Social en Salud, previsto para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, que será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los propios beneficiarios mediante cuotas familiares que se determinarán atendiendo a las condiciones socioeconómicas de cada familia, sin que el nivel de ingreso o la carencia de este sea limitante para acceder a dicho sistema. Lo anterior permite advertir que el derecho a la protección de la salud se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas

las personas tengan acceso a los servicios de salud y que en virtud de que esta es una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, el financiamiento de los respectivos servicios, no corre a cargo del Estado exclusivamente, pues incluso, se prevé el establecimiento de cuotas de recuperación a cargo de los usuarios de los servicios públicos de salud y del sistema de protección social en salud, que se determinan considerando el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlas; de ahí que la salud sea una responsabilidad que comparten indisolutamente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.

Por lo tanto, al ser el derecho a la salud, un derecho humano de corte social y económico le son aplicables los criterios de progresividad y no regresividad.

VI. Progresividad y no regresividad⁸

Tanto la doctrina académica como la jurisprudencial reconocen la prohibición de regresividad de los derechos sociales, como se ha definido al derecho a la salud. 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

⁸ Cfr. artículo de Silva García, F. y Rosales Guerrero, E.: op. cit.

(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. Desde esa perspectiva, se ha afirmado que el fundamento axiológico de todos los derechos remite al principio de igualdad. Es decir, se ha afirmado que aquello que convierte en fundamental un derecho en términos valorativos y teóricos, es su estructura igualitaria, o sea, el hecho de proteger intereses o necesidades generalizables o inclusivos, y por ello indisponibles e inalienables.

El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contemplado en el artículo 26.^º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual establece:

(...) 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.

Por su parte, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que:

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.

De las normas internacionales antes citadas se puede colegir que en relación a 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 de 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, lo cual está expresado 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.

Si partimos de que el derecho a la salud, normativamente, es un derecho humano de corte social, al cual le es aplicable este principio específico, y que la regulación normativa en relación con la situación jurídica del toxicómano frente a la ley, fue ampliando sus derechos a mejorar cada vez más su trato, no se puede, simplemente empeorar su situación jurídica, que ya se había establecido.

Empeoramiento que se presenta al establecer unas cantidades fijas para determinar el consumo de la ley, y más aún que estas sean tan bajas, tan pequeñas, cuando antes, el juez podía libremente conforme al caso concreto justipreciar todas las circunstancias del evento, como casualmente lo dispone el punto 5, del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998, que ha originado enjuiciar, sentenciar y sancionar a un número exponencial de toxicómanos que antes no eran llevados ni siquiera a juicio, o ya en él no se les sancionaba.

VII. Proporcionalidad y racionalidad de las leyes penales⁹

La proporcionalidad y racionalidad de las leyes penales, es un concepto jurídico que se hermana con los de mínima intervención y *ultima ratio* del derecho penal y que en principio importa *prima facia* 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 nueva 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

⁹ Sobre el tema, ver Torres López, M. A.: *Las Leyes...* op. cit.

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 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: 599 Tesis 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.

No hay proporcionalidad¹⁰ en los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud por dos razones

¹⁰ Proporcionalidad que se analiza no en relación a la punibilidad, pues obviamente ninguno de tales artículos contiene pena alguna.

concretas, porque no distinguen entre las necesidades de un farmacodependiente y un consumidor, es decir, si bien es cierto, que se dispensa por igual a uno y a otro de persecución penal si poseen drogas para su consumo personal, eso es adecuado, pero la no proporcionalidad se da en la cantidad tan pequeña de droga que se maneja, y que se estimó como máxima para ambos. Del voto particular del hoy fallecido ministro Gudiño Pelayo, se aprecia que, por ejemplo, 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 la clasificación de 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 de acuerdo con el 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.

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.

VIII. Conclusiones

PRIMERA: Es jurídicamente viable insistir en la inconstitucionalidad de los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud, replanteándolo precisamente al incorporar el argumento de inconstitucionalidad acompañando al artículo 478 con el 479 y ya no con el

477; amen de que estamos en una nueva época jurídica que obliga a reformular la interpretación de todas las normas jurídicas en pro de las personas, según principios *pro homine* y *pro personae*.

SEGUNDA: El toxicómano es un enfermo, que padece, sufre un mal que le aqueja, como tal tiene derecho a la salud, al que el Estado le brinde un tratamiento, ya sea curativo o paliativo, que no comprometa su dignidad ni su libertad, por lo que no debe recurrirse a la vía penal para ese fin, por estas sujetas a los principios de *ultima ratio* y mínima intervención.

TERCERA: El tratamiento normativo que se le fue dando al toxicómano que poseía droga para su propio consumo personal, desde 1931 hasta el 20 de agosto de 2009, venía siendo un tratamiento más permisivo, más racional, más justo que permitía que el Ministerio Público primero, y el juez después, tuvieran amplias facultades para poder, circunstancialmente, con los elementos de prueba de la indagatoria, justipreciar si el hecho en realidad debe ser sancionado conforme al derecho penal, progresando normativamente.

CUARTA: Si el derecho a la salud es un derecho humano de los considerados económicos y sociales, le es aplicable los principios de progresividad y no regresividad, por lo que el Estado está obligado a no empeorar, mediante una reforma a la ley, las circunstancias normativas que prevalecían en una situación concreta, en este caso, no empeorar el trato jurídico que se le daba al toxicómano que poseía droga para su consumo personal, lo que ocurre con la reforma que se analiza, por ser más dura e irracional con los toxicómanos, tasando cantidades fijas mínimas de droga.

QUINTA: La medicina y la lógica elemental nos indica que un toxicómano o farmacodependiente llega

a ese calificativo porque necesita la droga, para evitar el síndrome de abstinencia, y cualquier persona que consume droga progresivamente incrementa su cantidad al ir generando su cuerpo tolerancia y a la vez dependencia, por lo que no es proporcional tasar, fijamente una sola cantidad única, como límite de posesión de droga tanto para el adicto como para el que no lo es.

SEXTA: Al declarar la inconstitucionalidad de los artículos en mención, no se favorecería la posesión indiscriminada de drogas o enervantes, pues solo se está atacando la cantidad fija mínima, tan pequeña y desigual, por lo que sería el juez, quien como órgano judicial más que jurisdiccional, regularía esa posesión, para no hacerla indiscriminada, sino justa y racional.

SÉPTIMA: Con base en todo lo antes dicho, podemos sostener que los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud, son contrarios a los principios contenidos en el artículo 1º constitucional por empeorar la situación jurídica de los farmacodependientes en relación con el trato que se les venía dando (progresividad, no regresividad y derecho a la salud), así como con no distinguir entre consumidor y farmacodependiente, tasando cantidades fijas generales que no atienden a las características especiales de cada persona, atendiendo en especial al que sufre la enfermedad de adicción a una droga (proporcionalidad y racionalidad de las leyes penales), por lo que violentan el artículo 1 constitucional.

Epílogo

Estas notas constituyen la base de sendos amparos que se están gestionando, insolutos todos aún en contra de autos de formal prisión, en donde el suscrito solicitó al juez la aplicación del artículo 478 y 479, y esté desestimando tal solicitud, ante la cantidad de droga

que poseía el defendido, que en no muy pocas ocasiones, rebasan ese *límite fijo* por muy poco, por ejemplo seis o siete gramos de marihuana o setecientos miligramos de cocaína; así con solo medir la cantidad encontrada en posesión del defendido con la que señalan las tablas, sin ningún razonamiento adicional, con el siguiente silogismo apriorístico: la tabla dice, el sujeto poseía, ergo, rebasa lo que dice la tabla; conclusión: se le dicta formal prisión, sin importar si es adicto crónico con veinte años de consumo de marihuana, de ocho o nueve cigarrillos al día, en donde se reclaman, aun cuando no se hayan aplicado, conforme a la tesis aislada con número de registro 175333, de la Novena Época, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, Abril de 2006, Página 154, Tesis 1a. LXXI/2006, con el contenido que se inserta a la letra:

EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. DEBE ANALIZARSE EL PLANTEAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ESE PRECEPTO AUN CUANDO NO SE HAYA APLICADO EN LA SENTENCIA DE AMPARO RECURRIDA. *El citado artículo prevé un beneficio para los gobernados que se traduce en una excusa absolutoria para los procesados por delitos contra la salud, en su modalidad de posesión de narcóticos. Ahora bien, cuando se reclama su inconstitucionalidad por considerarlo violatorio de la garantía de seguridad jurídica establecida en los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental, en tanto que la ambigüedad del término “estricto consumo necesario” que contiene impide la aplicación de ese beneficio, debe analizarse el problema de inconstitucionalidad planteado, aun*

cumplimiento del precepto combatido no haya sido aplicado en la sentencia recurrida, ya que es precisamente esta inaplicación la que se atribuye como efecto directo de la constitucionalidad del precepto.

Por lo que hago votos en que prosperen, consciente de que, ante la existencia de jurisprudencias imperantes en el tema, no será un juez de Distrito quien las contrarie, por lo que habrá que esperar que el asunto llegue a esferas jurisdiccionales más altas y se pondere una nueva interpretación de los preceptos constitucionales, atendiendo a los principios recogidos en el artículo 1º constitucional.

Fuentes de información

- Castellanos Tena, Fernando: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 36 ed. Ed Porrúa. México, 2000.
- Torres López, Mario Antonio: *Las Leyes Penales*, 5^a ed, Ed. Porrúa, México, 2005.
- Anexos estadísticos de los informes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los años 2008 a 2011.
- Proceso legislativo de la reforma, adición y derogación de diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales.
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/cj/cj11.htm>. Artículo de Fernando Silva García y Emmanuel Rosales Guerrero, “derechos sociales y prohibición de Regresividad: el caso ISSSTE y su voto de minoría”.
- *Semanario Judicial de la Federación* <http://cgcstdsql/IUSWeb/Paneltesis.asp>.
- www.diputados.gob.mx.

La privatización ante la crisis de la seguridad pública

*Juan Carlos Hernández Cárdenas**

RESUMEN: La función estatal de brindar seguridad pública no ha cumplido a cabalidad la responsabilidad que tiene a su cargo, es decir, distintos factores han ocasionado que el Estado no pueda brindar de manera satisfactoria protección, seguridad en los individuos y mucho menos que puedan ejercer sus derechos fundamentales, al dejar una gran incertidumbre en la percepción ciudadana respecto de la capacidad estatal de corregir y evitar actos delictivos, de violencia y en general, todos aquellos actos que amenazan su seguridad, por lo que los particulares recurren nuevamente a implementar instrumentos que aseguren su protección prescindiendo de la seguridad pública que proporciona el Estado, surge así la seguridad privada.

La creciente intervención de la iniciativa privada en las funciones de seguridad pública se debe, en gran medida, a la aparición de riesgos más graves que se extienden en un amplio espacio de manera indiscriminada en la sociedad, estos riesgos quedan fuera del alcance de las instituciones tradicionalmente encargadas de mantener el orden social y la paz pública,

* Oficial Administrativo.

dejan el campo de acción a nuevas instituciones que ven en la subsanación de las deficiencias estatales un atractivo mercado.

La proliferación de empresas de seguridad privada sin controles adecuados, aunado a una deficiente capacitación, ocasiona que, contrario a su finalidad, genere mayores condiciones de inseguridad, al no tener un control rígido que permita otorgar servicios de seguridad de alta calidad. Por ello, es necesaria una reglamentación adecuada que pueda instrumentar controles para su creación y registro, donde exista una verificación en los procesos de selección y reclutamiento con el establecimiento de estándares mínimos de calidad para la autorización y el otorgamiento de los permisos respectivos de prestación de los servicios de seguridad privada, lo cual podría implementarse por un Centro de Capacitación en Seguridad Privada, mediante cursos de certificación de las diferentes áreas que ofrece la seguridad privada, y que sea parte de los requisitos para poder operar como empresa de dichos servicios.

SUMARIO: Introducción. I. Seguridad pública. II. Privatización de la seguridad. III. El mercado de la seguridad privada en México. IV. Instituciones de seguridad pública y privada. V. Evolución y marco jurídico de la seguridad privada. VI. Conclusiones y propuesta en materia de seguridad privada. VII. Referencias documentales.

Introducción

La seguridad es una cuestión que siempre ha existido en torno a la naturaleza del hombre, ya que parte de la necesidad humana de contar con una certeza en la protección de su integridad física en un primer momento, para después proporcionarla a su familia y bienes. Posteriormente, dentro del desenvolvimiento en el grupo social se fueron organizando distintas maneras de protegerse de amenazas del exterior, tanto naturales como de otros grupos humanos, con la finalidad de permanecer en condiciones que les permitieran el desarrollo individual y del propio grupo en un clima de tranquilidad.

El concepto de seguridad significa confianza, proviene del latín *securitas*, entendida como la idea de tranquilidad procedente de una persona de que no tiene temor a peligro alguno, este concepto se encuentra íntimamente ligado a los conceptos de garantía, defensa, protección, libertad y tranquilidad ante las amenazas que pudieran afectar la esfera de acción cotidiana de las personas.

La seguridad es concebida de diferentes maneras: *como una necesidad primaria del ser humano; como un derecho humano; como indicador de desarrollo político y de gobernabilidad democrática; indicador de bienestar social; una cuestión de percepción*¹; entre otros, sin que se llegue a conceptualizar a la seguridad como una cuestión absoluta, ya que es imposible tenerla a ese nivel.

El Diccionario de la Lengua Española señala que la palabra seguridad en un sentido amplio *es la cualidad de seguro*², es decir, la sensación de un individuo o de una sociedad de sentirse protegido de amenazas; *libre*

¹ Rodríguez Calderón, J. A.: *Seguridad...* cit.

² *Diccionario...* cit., p. 1385.

*y exento de todo peligro, daño o riesgo.*³ Es una actividad básica que hace referencia a la tendencia o disposición estable de la persona de sentirse estimada, protegida y valorada.

Desde la visión jurídica, la seguridad es *multívoca, la caracterizan: la inviolabilidad del orden jurídico objetivo, de los derechos subjetivos del particular, así como de las instituciones y organismos del Estado.*⁴ Por lo tanto, en un inicio, la seguridad tiene un carácter individual, al ser cada individuo el que desarrolla diferentes acciones para la protección de sus intereses particulares y que posteriormente al percibirse de su pertenencia a una comunidad, entra a regirse por una serie de normas cuyo respeto proporcionará una libre y armónica convivencia entre los particulares y el resto de la comunidad.

El concepto de seguridad, de manera integral, se entiende como el *conjunto de elementos técnicos, administrativos, humanos y financieros destinados a prevenir, disuadir y/o reaccionar ante la probabilidad de que sucedan actos o condiciones capaces de producir un daño y que este se traduzca en una pérdida en los bienes o en la integridad de una persona física o moral.*⁵

El desarrollo del hombre en su individualidad y su introducción en la interacción con los demás integrantes de la comunidad crea la necesidad de la protección individual de sus intereses privados; posteriormente, existen intereses comunes con los otros miembros de la comunidad en los que hay afinidad en proteger tanto en beneficio individual como en el colectivo; sin embargo, para poder realizar dicha protección es necesario un agente externo, que tenga como una de sus funciones

³ *Ídem.*

⁴ González Ruiz, S.: *Seguridad...* op. cit., p. 43.

⁵ Rodríguez Calderón, J. A.: *op cit.*

exclusivas la preservación y la protección de los intereses individuales y colectivos de la comunidad para su subsistencia y permanencia.

Así, el Estado aparece como una entidad suprema respecto a las individualidades que lo constituyen, con la finalidad de asegurar su existencia física y la de sus bienes y posesiones, el instinto de conservación del hombre cuando entra en convivencia con otros, hace que comiencen a organizarse y a establecer reglas que todos respeten; así, el Estado surge de la necesidad de protección, de unión de las fuerzas individuales para su organización y de su relación armoniosa.

Como Hobbes lo señala en el Leviatán, el Estado es *una unidad real... instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal que si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernar me a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera*,⁶ se trata de asegurar la protección de los intereses de cada uno de los integrantes del grupo social, que ceden su protección a un ente que estará encargado de proporcionar esa seguridad que cada quien necesita para conservar su estatus, su integridad y sus bienes, un vigilante formado por la multitud así unida en un ente denominado Estado, al cual debemos nuestra paz y defensa.

A partir de la defensa y preservación de la seguridad de las personas por un ente ajeno, al cual se le dotaba de superioridad y de facultades de intervención en asuntos de seguridad individual y colectiva, la cuestión de seguridad pasa a convertirse en una cuestión grupal, de atención de intereses colectivos, es decir, de una función estatal;

⁶ Hobbes, T.: *Leviatán...* op. cit., p. 141.

para ello, los individuos tuvieron que despojarse de una parte de sus derechos para cederlos al ente estatal, con lo cual este implementa diversas instituciones para llevar a cabo el encargo colectivo, las cuales establecen una serie de reglas para conservar el orden social. Omar Guerrero, llama *Ciencia Administrativa* a esta tarea estatal y la entiende como aquella que establece *las relaciones entre sociedad y los administrados, y los medios de conservar esas mismas relaciones por la acción de la autoridad pública sobre las personas y propiedades de todo lo que interesa al orden social, llevando siempre en consonancia el interés público con el privado.*⁷

La seguridad entonces, es la acción que cada individuo desarrolla para la salvaguarda de intereses particulares y que, posteriormente siendo parte de una comunidad, queda regido bajo normas que deben ser cumplidas para que pueda existir una libre convivencia entre los particulares y el resto del grupo social; se establece, entonces, un orden jurídico para permitir al Estado dirimir las diferencias entre los individuos, quienes quedarán sujetos a las normas que aquél establezca; sin embargo, el solo establecimiento de disposiciones jurídico-normativas no es suficiente para garantizar su cumplimiento, se tiene que contar con medios para hacerlas valer en su cumplimiento como en la aplicación de las respectivas sanciones por infringirlas, esto es, a través del empleo de la fuerza pública de la cual se le dota al ente estatal, mediante la creación de diferentes instituciones para llevar adelante dicha empresa, con lo cual se origina la seguridad pública, la cual tendrá como funciones principales garantizar a los ciudadanos su seguridad y paz.

⁷ Guerrero Orozco, O.: (Compilador), *Principios...*cit., p. 318.

I. Seguridad pública

La seguridad pública es entendida como una función del Estado, ejercida para salvaguardar la integridad de las personas, de los intereses, de los bienes privados y públicos, *debe entenderse como la protección de las garantías ciudadanas por parte de las autoridades del gobierno, en el sentido de proporcionar la paz y la seguridad necesarias para que los ciudadanos puedan ejercer las garantías consagradas en la Constitución y en los tratados o convenciones internacionales, y cuyo fin sea la vigencia de esos derechos...*,⁸ es decir, el proporcionar seguridad debe ir de la mano con el respeto al libre ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no a su restricción, ya que es común que al incrementarse la seguridad, haya una disminución proporcional de la libertad y viceversa, es por ello que la seguridad pública se constituiría como orden público para poder ser garante de los derechos fundamentales de las personas y de su conveniencia armoniosa en el grupo social, es decir:

*...la manifestación de una política de acción gubernamental, cuyo cumplimiento de sus atribuciones y funciones da nacimiento a una situación de equilibrio en las interrelaciones personales y entre las autoridades con los ciudadanos, que se denomina orden público, consistente en la situación exterior de tranquilidad de una comunidad y que se traduce en el orden de la calle, de las áreas rurales y del estado mismo, con el fin de salvaguardar la integridad, los intereses y bienes, tanto de las personas, como de las entidades públicas y privadas.*⁹

Desafortunadamente, la función de la seguridad pública no ha cumplido a cabalidad la responsabilidad

⁸ González Vidaurre, A.: *La seguridad...* op. cit., p. 11.

⁹ Sánchez Sandoval, A.: *Derechos...* op. cit., p. 89.

que tiene a su cargo, es decir, distintos factores han ocasionado que el Estado no pueda brindar de manera satisfactoria protección y seguridad en los individuos y mucho menos que puedan ejercer sus derechos fundamentales, al dejar una gran incertidumbre en la percepción ciudadana respecto de la capacidad estatal de corregir y evitar actos delictivos, de violencia y, en general, todos aquellos actos que amenazan su seguridad, por lo que los particulares recurren nuevamente a implementar instrumentos que aseguren su protección prescindiendo de la seguridad pública que proporciona el Estado; surge así la seguridad privada.

Con la intervención estatal en las labores de proporcionar seguridad a las personas, quienes han cedido esa facultad de defensa a un ente superior, comienza la seguridad pública, la cual no en pocas ocasiones se ha definido como un servicio público del Estado; sin embargo, es importante señalar que no puede ser considerado como tal, en virtud de que, dentro de la naturaleza del servicio público es que puede ser objeto de cesión en su prestación hacia un particular, es decir, puede ser objeto de una concesión pública hacia un ente de carácter privado, lo que es contrario a su esencia.

La función pública representa el ejercicio de una potestad pública, es decir, el ejercicio pleno de una soberanía, en tanto que el servicio público representa actividades materiales, *la distinción entre función y servicio público se encuentra en que, en el primer caso, es abstracta y general, en tanto que el segundo es concreta y particular, agregando que entre las funciones esenciales del Estado, se encuentra la defensa de la soberanía, la de asegurar la paz interior y la de promover el bienestar general...*¹⁰

¹⁰ Bielsa, R.: *Derecho...* op. cit., p. 475.

Existen ciertas funciones inherentes al Estado, este no puede concebirse sin su ejercicio directo, una de ellas es la seguridad pública, en virtud de que la naturaleza del Estado, como lo señala Weber, es el monopolio del ejercicio de la violencia, entendida no solo en el sentido reactivo, sino en la aplicación de políticas públicas que permitan su administración de forma activa y pasiva de manera exclusiva; por lo tanto, si se carece de ese monopolio, el Estado pierde su razón de ser: ...*hay ciertas funciones esenciales que... no es factible..., que puedan ser encomendados a los particulares, ni aún con el carácter de concesionarios por ser indelegable...*¹¹.

La propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica, en el artículo 21, noveno párrafo:

...

La seguridad pública es una función a cargo de la federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad publica se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

La seguridad pública, indica el texto constitucional, es una función y, como tal, no puede ser delegada ni transferida como concesión hacia un particular para que la proporcione, ya que de lo contrario, se atentaría contra la propia naturaleza que da origen a la actividad estatal, siendo la seguridad pública una actividad exclusiva del ente público.

¹¹ Diez, M. M.: *Derecho...* op. cit., p. 188.

A pesar de lo señalado en el ordenamiento constitucional, el artículo 2º de la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, define a la seguridad pública como un servicio, no obstante, salvo ese señalamiento, la definición es adecuada para comprender lo que constituye la actividad de seguridad en el ámbito público:

*Artículo 2.- La Seguridad Pública **es un servicio** cuya prestación, en el marco del respeto a las garantías individuales, corresponde en forma exclusiva al Estado y tiene por objeto:*

- 1. Mantener el orden público;*
- 2. Proteger la integridad física de las personas, así como de sus bienes;*
- 3. Prevenir la comisión de delitos e infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía;*
- 4. Colaborar en la investigación y persecución de los delitos, y*
- 5. Auxiliar a la población en caso de siniestro y desastres.*

Es importante destacar la distinción entre servicio público y función pública a pesar del error en la ley, la seguridad pública; es una función que corresponde, exclusivamente, al Estado en sus tres niveles de gobierno y, de acuerdo al propio ordenamiento constitucional, debe haber una coordinación interinstitucional a través de un Sistema Nacional de Seguridad Pública; dicho sistema, en su ley, define a la seguridad pública, en el artículo 3º como: *una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos...*

Por lo tanto, el Estado, en cualquier forma de gobierno o régimen político, tiene la obligación de proteger a sus habitantes de la delincuencia y de aquellas amenazas

que pongan en riesgo su seguridad; tiene el deber de resguardar sus vidas, bienes y posesiones, con la finalidad de preservar la tranquilidad y el orden jurídico social, para este fin, es necesario la creación de instituciones adecuadas y abocadas al combate y la prevención del delito.

II. Privatización de la seguridad

Una vez visto lo que se entiende por seguridad pública y su característica de ser una función exclusiva del Estado, es necesario distinguirla de la seguridad privada, entendida como:

los servicios integrales de seguridad y protección que empresas formadas con capital esencialmente privado y sujetas al régimen legal, fiscal y financiero correspondiente y marcado por el gobierno, brindan a personas físicas y morales tanto públicas como privadas en áreas diversas y específicas tales como vigilancia, traslado de valores, protección física a individuos, resguardo de bienes muebles e inmuebles, prevención y combate de incendios y contingencias naturales e intencionales, etc.¹²

Como es de notar, no atiende cuestiones de persecución e investigación de los delitos, pero sí de la prevención de los mismos.

En un principio, la seguridad privada nace restringida en su actuación únicamente dentro de lugares privados, sin afectar a terceras personas y sin entrometerse en los espacios públicos, donde tiene una actuación exclusiva la autoridad pública encargada de proporcionar la seguridad pública. Debido a la incapacidad del gobierno

¹² Velazco Gamboa, E.: “Fundamentos...” op. cit., pp. 27-28.

para proporcionar de manera satisfactoria seguridad a las personas, a sus bienes y a sus posesiones dentro de su desarrollo social, ha originado, paulatinamente, que las personas busquen la manera de poder atender la necesidad de proteger sus intereses; así, se considera que la ampliación de la seguridad privada ha sido inversamente proporcional al ámbito de acción que el Estado va perdiendo día a día en la función de seguridad pública que tiene encomendada.

III. El mercado de la seguridad privada en México

Actualmente, la seguridad privada *no se centra tan solo en los espacios privados, una buena parte de su negocio gira en torno a los espacios semipúblicos, o sea, espacios privados pero con gran afluencia de personas (centros comerciales, oficinas administrativas, industrias, complejos deportivos, etc.).*¹³ Se considera que la ampliación del universo que abarca la seguridad privada en nuestro país se ha originado por diferentes factores.

Uno de ellos es el modelo económico implementado por México en los años ochenta, de corte neoliberal, caracterizado por la apertura de mercados internacionales y la consiguiente privatización de diversos sectores en los que el Estado tenía absoluta y, en otros, mayoritaria intervención, comenzó a captar un fuerte interés a capitales extranjeros para invertir en las áreas objeto de privatización, por lo que la necesidad de proteger estos capitales, así como a los agentes encargados de su administración implementó medidas adicionales de seguridad a las que proporcionaba el Estado Mexicano con la participación de la iniciativa privada.

Las crisis económicas derivadas de las diferentes administraciones sexenales basadas en el nuevo modelo

¹³ Torrente, D.: *La privatización...* op. cit., p. 4.

económico global, ocasionó que grandes sectores de la población fueran excluidos de la nueva economía, generando pobreza y marginación social al verse impedidos para entrar a alguna actividad que les proporcionara los medios suficientes para su desarrollo y subsistencia, situación que, a su vez, incrementó los índices de delincuencia que escapaban al control de la acción pública, creando un amplio mercado para los nacientes servicios de seguridad privada, dirigido a quienes tuvieran los medios necesarios para cubrir la carencia de seguridad pública con servicios de particulares.

La cada vez más creciente intervención de la iniciativa privada en las funciones de seguridad pública se debe, en gran medida, a la aparición de riesgos más graves, que se extienden en un amplio espacio y de manera indiscriminada en la sociedad; estos riesgos quedan fuera del alcance de las instituciones tradicionalmente encargadas de mantener el orden social y la paz pública, y dejan el campo de acción a nuevas instituciones que ven en la subsanación de las deficiencias estatales un atractivo mercado.

En los países desarrollados, en las últimas décadas, se produjo un auge de servicios de seguridad prestados por el sector privado; hoy en día, en muchos países, el tema de la seguridad se ha convertido en una actividad en la que tienen participación tanto el sector público como el privado.

En los países en los que la iniciativa privada ha intervenido en las actividades de seguridad ha sido factor fundamental el desarrollo que tiene el país, esto es, la generación de riqueza, el aumento de bienestar y de calidad de vida, que traen aparejada la demanda de seguridad para proteger los bienes generados con motivo del desarrollo; no obstante, el desarrollo en los países no

alcanza a todos los sectores de la población, privándolos del aumento en el nivel de vida y de bienestar, lo que crea una enorme desigualdad en la distribución de los beneficios y recursos, que a su vez, ocasiona agravios y tensiones sociales que tienden a elevar los índices de inseguridad y su correlativo aumento en la demanda de servicios de seguridad.

La inseguridad que se genera por diversos factores, pero de manera significativa, la que produce una política económica estatal dirigida al desarrollo y aumento de la calidad de vida de un reducido número de personas, dejando a la gran masa poblacional fuera del disfrute de sus beneficios, deja una brecha enorme en el acceso a oportunidades y desarrollo de los diferentes grupos sociales en condiciones de igualdad, quienes se ven obligados a buscar los medios necesarios para su subsistencia y su consiguiente desarrollo, encontrándolos en muchas ocasiones en actividades ilícitas, al ser las únicas que les permiten obtener los satisfactores deseados; como consecuencia, hay un aumento de acciones que ponen en riesgo las condiciones de seguridad que el Estado proporciona.

El Estado, concretamente en el caso mexicano, se ha visto rebasado por las condiciones generadoras de inseguridad pública, es incapaz de implementar una política criminal de carácter integral, que atienda no solo el aspecto reactivo de la misma con la sanción y persecución de los delitos una vez cometidos, sino la atención hacia la mejora de las condiciones de vida y desarrollo de carácter integral de los sectores sociales donde la desigualdad social y económica ha tenido sus mayores efectos; es decir, la atención del Estado mexicano es poco preventiva; siendo que la prevención de las conductas delictivas a través de una imposibilidad en su materialización, es la

manera en que pueden ser imperceptibles las condiciones de seguridad, esto es, las acciones de seguridad solo son perceptibles cuando fallan. Por lo tanto, la carencia de los servicios de prevención por la seguridad pública se convierte en una actividad que significa un amplio y atractivo mercado para el sector privado de la seguridad, al ser la prevención un producto con una fuerte demanda.

La seguridad privada, entonces, tiene su origen en la necesidad de la seguridad en los bienes y en las personas, que, ante la carencia de una acción adecuada por la autoridad pública, es atendida por un sector que ve en ella una atractiva oportunidad para obtener beneficios económicos a cambio de un servicio que el Estado le delega ante su incapacidad de proporcionarlo; la necesidad tiene como característica el ser ilimitada y subjetiva, esto es, que la seguridad solo tiene el límite que la misma sociedad o el grupo que la demanda le imponga, la cual puede trasladarse a cualquier tipo de riesgo que se considere debe ser disminuido de su actualización.

Para la prevención de esos riesgos, la seguridad privada ha elaborado toda una gama de servicios, entre los que se encuentran: el servicio de rastreo, alarma y monitoreo; instalación de equipos y sistemas de seguridad (los cuales tienen un amplio mercado en fraccionamientos y zonas residenciales principalmente), servicios de investigación (detectives privados, peritos, etc.); traslado de valores; circuitos cerrados de televisión (instalados en centros comerciales, dependencias gubernamentales, empresas privadas, tiendas de conveniencia, vía pública, etc.; es uno de los servicios que ha sido mejor acogido por quienes demandan vigilancia permanente en ciertos espacios, e igualmente de mayor éxito, ya que su despersonalización los hace accesibles a cualquier presupuesto y magnitud de vigilancia que se quiera tener);

localización satelital GPS (en un principio, solo al alcance de un cierto sector con poder adquisitivo, que poco a poco se convirtió en un servicio y objeto de moda, siendo que en la actualidad se proporciona el servicio de localización hasta en los teléfonos celulares); guardias de seguridad intramuros, escoltas o guardaespaldas (que hasta la fecha pueden llamarse como la élite de los servicios de seguridad privada, por ser los servicios a los cuales solo tienen acceso las personas con un mayor poder adquisitivo, por los costos que tiene su contratación), entre otros.

Dentro de la seguridad privada, este último sector tiene una peculiaridad, no solo lo proporcionan empresas eminentemente de seguridad privada, sino que existen también corporaciones policiacas que prestan dicho servicio, constituyendo una especie de híbrido, al ser corporaciones de carácter público que prestan servicios de seguridad privada, con el beneficio económico que representa la prestación de dichos servicios. En el Distrito Federal es donde son más visibles estas corporaciones, como la Policía Auxiliar y la Policía Bancaria e Industrial, tanto por el número de elementos de que se componen como por contar con permiso para portar armas de fuego, lo que las convierte en una competencia desleal frente a los otros actores del mercado de seguridad privada; en el Estado de México, se creó una corporación a la que, pensando en la problemática que pudiera traer el darle el nombre de policía, (como en el Distrito Federal), se denominó Cuerpos de Seguridad Auxiliares del Estado de México (CUSAEM); por la creciente demanda de servicios de seguridad privada, el cuantioso ingreso que genera y por la experiencia de las instituciones públicas que prestan servicios de seguridad privada, el Gobierno Federal, por su parte, ha creado el Servicio de Protección Federal.

Antes de presentar la evolución y actualidad del

marco regulatorio de la seguridad privada, es menester señalar cómo se originan los servicios de seguridad privada que presta actualmente el Estado mexicano, para así estar en posibilidad de comprender el desarrollo del fenómeno de incremento desmedido de empresas que ofrecen los servicios de seguridad privada, unas bajo los lineamientos de la regulación existente y muchas otras, que actúan al margen de ella.

IV. Instituciones de seguridad pública y privada

A. La Policía Auxiliar del Distrito Federal

La Policía Auxiliar del Distrito Federal tiene su primer antecedente remoto en el año 1925, en el que un grupo de siete individuos fundó, en la zona de las Lomas de Chapultepec, una unidad de vigilancia sostenida por los propios vecinos.

En los años treinta, las personas que se encontraban desocupadas, desempleadas y elementos militares retirados, comienzan a realizar labores de cuidado en mercados públicos, obras en construcción en vía pública de ciertas colonias de la ciudad, algunos dentro de instalaciones y otros en la vía pública, velando por la seguridad de las personas o bienes que se les encomendaban, quienes no contaban con el respaldo de ninguna institución pública; por ende, carecían de uniforme o equipo alguno para realizar sus funciones, asimismo su remuneración estaba a cargo de los particulares que solicitaban o se beneficiaban del servicio.

El buen desempeño de los vigilantes nocturnos generó confianza en los sectores sociales donde prestaban sus servicios, incrementando el número de participantes en la actividad, así como la diversificación de la misma. Surge el empleo de personas en el cuidado de vehículos

en la vía pública y en estacionamientos, debido al gran incremento de vehículos en circulación y a la carencia de espacios públicos adecuados para su almacenaje y distribución. El incremento también se dio en el número de personas que comenzaron a dedicarse a prestar servicios de seguridad, lo que paulatinamente generó desorganización, indisciplina y competencia de poca calidad entre los que prestaban los servicios; por esto y ante la carencia de un reconocimiento oficial, comenzaron a organizarse, algunos en el Sindicato Revolucionario de Veladores, otros en la Sociedad de Vigilantes Nocturnos y cuidadores de automóviles y otros más, en la Unión de Vigilantes de Casas Comerciales y Particulares; posteriormente dichas organizaciones, al carecer individualmente de la fuerza suficiente para hacer valer sus exigencias, decidieron reunirse, en el año 1937, en una asamblea celebrada en el Teatro del Pueblo, donde tomaron la resolución de unirse en un solo cuerpo y así tener el poder suficiente para exigir a las autoridades su reconocimiento y su consiguiente inserción en el sector de la seguridad pública, con los beneficios que la misma conlleva de los que antes carecían; en ese momento se constituyó un grupo de alrededor de 1,400 elementos.

Afortunadamente para la naciente corporación, *fue incorporada casi inmediatamente al clientelismo del Partido Revolucionario Institucional, que en aquella época todavía contaba con la hegemonía suficiente para poder hacerlo, lo que garantizó su permanencia y extensión*,¹⁴ en detrimento de las labores de seguridad pública, ya que, gradualmente, la corporación aumentó considerablemente sus miembros, llegando actualmente a más de cuarenta mil, siendo una

¹⁴ Tenorio Tagle, F.: *El sistema...* op. cit., p. 60.

de las corporaciones privadas más grandes del país, pero con un apoyo gubernamental económico sufragado con los impuestos y sin el correspondiente beneficio social en acciones que no se destinan a labores de prevención y de reacción de seguridad pública.

Oficialmente, la Policía Auxiliar del Distrito Federal se crea por Decreto Presidencial de 21 de febrero de 1941, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de marzo de la misma anualidad, con el nombre de *Reglamento del Cuerpo de Veladores Auxiliares de la Policía Preventiva del Distrito Federal*, en el que se señala que este Cuerpo tendrá a su cuidado la vigilancia nocturna de las residencias particulares y establecimientos comerciales, industriales y bancarios ubicados en el Distrito Federal, con la finalidad de prevenir delitos.

Los servicios que ofrece actualmente la Policía Auxiliar son:

Seguridad extramuros: Consiste en la vigilancia exterior de inmuebles, mediante rondines y patrullaje en unidades de la corporación.

Seguridad intramuros: Consiste en la vigilancia dentro de las instalaciones del inmueble, al cuidado de la protección de bienes y/o personas; puede trabajar de manera coordinada con los servicios extramuros.

Custodios: Personal especial en custodia de bienes, en el cual se incluye el traslado de los mismos; derivado de la naturaleza del servicio, es necesario que los custodios porten armamento y utilicen vehículos oficiales dependientes de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal o, en su caso, a bordo de vehículos particulares con custodios que porten arma.

Escoltas: Quienes proporcionan el servicio de protección a personas, incluyendo su transportación en vehículos oficiales y/o particulares, los elementos

destinados a esta actividad cuentan con un entrenamiento en técnicas de defensa personal, portan arma de fuego y tienen la capacidad para reaccionar con seguridad ante situaciones de grave amenaza.

Patrullaje: Como su nombre lo indica, es el servicio de seguridad que se presta desde las patrullas, en el que regularmente están dos elementos, quienes tienen la función de prevención y persecución del delito.

Así, la Policía Auxiliar es una corporación policial que forma parte de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, la cual tiene como funciones principales labores encaminadas a la seguridad privada, sin ser de forma gratuita, ya que por concepto de los servicios que presta, recibe un pago por quienes contratan sus servicios; no obstante, como parte de la estructura de la seguridad pública, tiene la obligación de prestar los servicios de prevención y reacción frente al delito; así, la institución de policía auxiliar, aparentemente, tiene una función híbrida al cumplir tanto funciones de seguridad privada como de pública, pero con clara inclinación hacia la primera de ellas.

B. La Policía Bancaria e Industrial

Dentro de las policías complementarias dependientes de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal se encuentra la Policía Bancaria e Industrial (PBI). Esta institución comienza a funcionar en 1941 con 21 elementos encargados de la seguridad de las instituciones bancarias de aquel entonces; encuentra su fundamento en el Reglamento de la Policía Preventiva del Distrito Federal, en el artículo 1 señala: *el presente reglamento es de observancia obligatoria para la Policía Preventiva del Distrito Federal y para todos aquellos cuerpos que complementaria o transitoriamente desempeñen funciones policiales, por mandato expreso de la ley o de los*

reglamentos. El fundamento legal de la Policía Bancaria e Industrial se encuentra en los artículos 13 y 14, que señalan, respectivamente, lo siguiente: *La Policía Bancaria e Industrial y la Policía Auxiliar, forman parte de la Policía del Distrito Federal y los cuerpos de policía mencionados en el artículo anterior desempeñarán las funciones que les asigne el presente Reglamento y aquellas que les confiera el Secretario de Protección y Vialidad...¹⁵*

La Policía Bancaria e Industrial encuentra su fundamento legal como cuerpo de Seguridad Pública del Distrito Federal, en la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal, publicada el 19 de julio de 1993, en el *Diario Oficial* invocado, en sus artículos 3º fracción VI, 5º, 6º y 10º; así como en los artículos 2º fracción V, 5º párrafo quinto y Quinto Transitorio de la Ley Orgánica de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, publicada el 20 de mayo de 2003 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*; y, en los artículos 3 y del 51 al 56 del Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, publicado el 16 de octubre de 2008 en la *Gaceta Oficial* citada.¹⁶

Por lo tanto, la policía complementaria se encuentra constituida legalmente como parte de la estructura de los cuerpos de seguridad pública del Distrito Federal; lo que permite que funcione con presupuesto público y con los permisos colectivos correspondientes de portación de armas de fuego, en razón de la naturaleza de ser un cuerpo de seguridad pública en tareas de prevención y persecución de los delitos, pero a la vez encaminados principalmente a servicios de seguridad privada:

¹⁵ Página de Internet de la Policía Bancaria e Industrial: <http://www.policiafederal.gob.mx/legal.html>, consultada 20 de octubre de 2012.

¹⁶ *Idem.*

Su actividad preponderante es el proporcionar servicios de seguridad, vigilancia y protección especializada intramuros a empresas públicas y privadas asentadas en la capital y zona conurbana, tales como: Prestadoras de Servicios, Bancos, Industrias, Comercios, Dependencia y Entidades. También presta servicios de guardia y seguridad personal, así como custodia a transportes de valores, materias primas y productos...¹⁷

La policía complementaria actualmente es un gran negocio que se costea con recursos públicos sin que se le retribuya en la misma proporción a la ciudadanía en los servicios de seguridad pública, sino solo a aquellas instituciones y particulares que pueden costear los servicios. Por el éxito y el atractivo económico que representa es que el Gobierno Federal creó su propio cuerpo de seguridad auxiliar denominado Servicio de Protección Federal.

C. El Servicio de Protección Federal

Para mantener la seguridad en las instalaciones de gobierno y estratégicas para el país, la Policía Federal ha comenzado el relevo de empresas de seguridad a través del Servicio de Protección Federal (SPF); el perfil de sus integrantes es el de la vigilancia y custodia hasta la portación de armas y coordinación de personal, la finalidad es que sus servicios se brinden a dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, organismos del sector federal de los tres poderes de la Unión, y entes autónomos (como el Instituto Federal Electoral, el Instituto Federal de

¹⁷ Página de Internet de la Policía Bancaria e Industrial:
<http://www.policiabancaria.df.gob.mx/funciones.html>, consulta del 20 de octubre de 2012.

Acceso a la Información y Protección de Datos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Banco de México), mediante el pago de una contraprestación que el propio Servicio de Protección Federal determine; su creación se dio mediante el Acuerdo 02/2010 del Secretario de Seguridad Pública, por el que se delega al Comisionado del Servicio de Protección Federal, la facultad de establecer las estaciones del Servicio de Protección Federal de ese Órgano Administrativo Desconcentrado.

En cuanto al perfil, el proyecto de tarifas distingue entre el guardia (vigilante raso), con secundaria terminada, buen estado de salud física y mental y 1.60 metros de estatura mínima, y el oficial, con un mínimo de estudios de preparatoria y habilidades para diagnosticar factores de riesgo.

Al igual que la policía complementaria del Distrito Federal, el Servicio de Protección Federal cumple la doble función de proporcionar servicios de seguridad privada y de seguridad pública, *El Servicio de Protección Federal tendrá también como función inherente a sus actividades salvaguardar la integridad y derechos de las personas, prevenir la comisión de delitos, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos, en el ámbito de su competencia...*,¹⁸ empero, la predominancia la constituye la operación de servicios de seguridad privada.

Visto el origen y parte de la reglamentación que rige el funcionamiento de las policías complementarias, es necesario mencionar que la naturaleza de las policías complementarias es dual y carece de fundamento su actuar; primeramente, porque es de origen una institución

¹⁸ Página de Internet del Servicio de Protección Federal: http://www.pfp.gob.mx/portalWebApp/appmanager/portal/desk?nfpb=true&pageLabel=portals_portal_page_m2p1p2&content_id=810208&folderNode=810243&folderNode1=810287, consultado el 20 de octubre de 2012.

pública que presta tanto servicios de seguridad pública como de seguridad privada; y, por el otro, contrario a lo que establece la normatividad aplicable, existe una clara violación a las disposiciones que prohíben a las instituciones de seguridad privada contar con elementos que, a su vez, laboren en instituciones encargadas de proporcionar seguridad pública, lo que contraviene la naturaleza de la función de seguridad pública.

V. Evolución y marco jurídico de la seguridad privada

Propiamente dentro de las empresas de seguridad privada y su actividad, el marco jurídico que fue reglamentando la prestación de los servicios de protección privada ha ido cambiando hasta llegar a la actual regulación de la seguridad privada, con las leyes de seguridad privada federal y del Distrito Federal.

A. El Reglamento de Investigadores, Detectives y Policias Privados o Pertenecientes a Organismos de Servicio Público Descentralizado o Concesionado

Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de octubre de 1948, en él se determinaba que las policías privadas ya establecidas y los departamentos u oficinas de los Organismos de Servicio Público Descentralizado o concesionado, debían solicitar autorización y su registro correspondiente ante la autoridad competente, a los detectives y policías privados les correspondía recoger sus placas y credenciales que les autorizaba la Procuraduría de Justicia para que tuvieran la facultad de realizar todo tipo de vigilancia e investigaciones dentro de la República Mexicana. El resultado de la aplicación de dicho Reglamento no fue el esperado, en virtud de que la delincuencia aumentó, la corrupción se volvió más frecuente, definitivamente violaba la Constitución, en

razón de que los investigadores privados podían realizar investigaciones secretas, sin que la autoridad encargada de la persecución de los delitos tuviera conocimiento, aunado a que su ámbito de competencia lo desarrollaban dentro y fuera de áreas públicas, al mismo tiempo las sanciones y multas que aplicaba eran débiles económicamente y no existía una autoridad competente para revisar o inspeccionar si el funcionamiento del mismo era acorde con las disposiciones normativas.

El Reglamento en comento, fue abrogado a través de un Decreto promulgado por el Presidente de la República Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de abril de 1985. Su objetivo fue establecer que el servicio público de policías sería privativo y exclusivo del Estado y no sería delegable ni concesionable a particulares, al considerar a la seguridad como pilar en la estructura interna y externa de los intereses de la Nación, delimitando a las policías privadas solo a brindar el servicio a los particulares de vigilancia, protección y de seguridad interna dentro de los lugares privados.

Este decreto se hizo factible mediante la publicación del Acuerdo No. A/05/91, emitido por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal el 29 de enero de 1991; dejaba en claro que solo los cuerpos policíacos autorizados por la Secretaría de Seguridad Pública podían realizar funciones previstas en la ley, y eran los que únicamente podían usar la denominación de la palabra *Policía*. Dicho acuerdo fue sustituido por el diverso número A/010/92, publicado el 17 de agosto de 1992, manifestando que la persecución de los delitos solo incumbe al Ministerio Público, teniendo bajo su autoridad y mando inmediato a la Policía Judicial, según el artículo 21 constitucional.

La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal creó la Unidad de Control de los Servicios Privados de Seguridad, con la finalidad de llevar y controlar todos los servicios privados existentes en el Distrito Federal, sin que se cumplieran las expectativas pronosticadas, pues se carecía de un manual de procedimientos para la coordinación de las acciones, la documentación que presentaban carecía de formalidades para constituirse como empresa privada de seguridad, no se contaba con un verdadero estudio serio de la actividad por cual estaban brindando ese servicio y no se tenía el ámbito de aplicación donde se estaba desarrollando su función.

B. Ley de Seguridad Pública

Por Decreto presidencial surge la Ley de Seguridad Pública el 19 de julio de 1993, la cual estableció las bases para la prestación del Servicio de Seguridad Pública, así como la regulación, registro, control y supervisión de los servicios privados de seguridad en el Distrito Federal, regulación estatuida en su Título Noveno, representada mediante el Acuerdo No. A/011/94 de 31 de marzo de 1994, en él, se prohibía la realización de investigaciones secretas, de restricciones y guarda de informaciones contundentes y veraces a la autoridad competente que dificultaran la investigación y persecución de los delitos.

C. Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública

El 11 de diciembre de 1995 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, determinándose la participación entre la Federación, las entidades federativas, los Municipios y el Distrito Federal, con la intención de obtener un eficaz funcionamiento

del personal directivo, administrativo y operativo para combatir a la delincuencia, subrayándose que en 1999 ya se habían celebrado 36 convenios para el fortalecimiento de medidas preventivas del delito así como mecanismos para el mejoramiento de los programas preventivos del crecimiento de la delincuencia.

La citada ley general que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en su título cuarto, se refiere a los servicios privados de seguridad, siendo su objetivo regular las disposiciones de los particulares que prestan servicios de seguridad, protección, vigilancia o custodia de personas, lugares o establecimientos, de bienes o valores, incluido su traslado (artículo 52); la obligación de proporcionar servicios auxiliares de seguridad pública cuando una autoridad se los solicite expresamente, ya que en los casos que no sea así tienen impedimento legal para actuar en labores de la misma (artículo 53); de igual manera, los servicios de seguridad privada se encuentran regidos por las disposiciones en materia de seguridad pública (artículo 54).

El 30 de julio de 1997 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, un acuerdo en el que se delega la facultad de autorización, evaluación, control, supervisión y registro en materia de seguridad privada a la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, y surge la Dirección del Registro de Servicios Privados de Seguridad.

D. Ley Federal de Seguridad Privada

Aun cuando existen diversos ordenamientos que regulan la actividad de la seguridad privada, la Constitución Política no faculta a particulares en la prestación del servicio de seguridad pública, de acuerdo al artículo 21 constitucional el Estado mexicano es el único encargado de mantener

el orden público y proporcionar condiciones para una convivencia pacífica de las personas; así, es el único facultado para proporcionar servicios de seguridad pública.

La necesidad de seguridad de las personas, tanto en su integridad como en sus bienes, y el aumento de la inseguridad pública por los actos delictivos en crecimiento en diferentes regiones del país, han dado como resultado una proliferación de las empresas que entran al negocio de la seguridad privada. Por esta se entiende, de acuerdo a la Ley Federal de Seguridad Privada en su artículo 2 fracción I:

la actividad a cargo de los particulares, autorizada por el órgano competente, con el objeto de desempeñar acciones relacionadas con la seguridad en materia de protección, vigilancia, custodia de personas, información, bienes inmuebles, muebles o valores, incluidos su traslado, instalación, operación de sistemas y equipos de seguridad; aportar datos para la investigación de delitos y apoyar en caso de siniestros o desastres, en su carácter de auxiliares a la función de Seguridad Pública.

A nivel federal, la seguridad privada tiene una función auxiliar respecto de la seguridad pública, de acuerdo a lo establecido en la parte final de la fracción I del artículo 2 de la Ley Federal de Seguridad Privada.

De igual manera, dentro del actual Sistema Nacional de Seguridad Pública, la seguridad privada es considerada para celebrar convenios de colaboración en materia de seguridad pública, como lo señala la fracción VII del artículo 3 de la citada Ley Federal de Seguridad Privada:

Artículo 3. La aplicación, interpretación y efectos, en el ámbito administrativo de la presente Ley, corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría y tiene los fines siguientes:

VII. Procurar políticas, lineamientos y acciones, mediante

la suscripción de convenios con las autoridades competentes de los Estados, Distrito Federal y Municipios, para la mejor organización, funcionamiento, regulación y control de los servicios de seguridad privada, en el marco de las normas que se contienen en la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

La capacitación del personal de las empresas de seguridad privada bien puede ser impartida por las mismas o puede ser a cargo de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, como lo establece el artículo 29 párrafo primero de la Ley: *los prestadores de servicios estarán obligados a capacitar a su personal operativo. Dicha capacitación podrá llevarse a cabo en las instituciones educativas de la Secretaría, en las academias estatales o en los centros de capacitación privados...*

La seguridad privada tiene relación respecto a la seguridad pública en sus obligaciones, es decir de coadyuvar a la labor de esta en situaciones de desastre, como lo determina el artículo 32 de la ley en su fracción VII: *coadyuvar con las autoridades y las instituciones de seguridad pública en situaciones de urgencia, desastre o en cualquier otro caso, previa solicitud de la autoridad competente de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios.*

Es importante resaltar que la coadyuvancia en las labores de seguridad pública de las instituciones de seguridad privada solo puede darse a solicitud expresa de la autoridad, ya que la misma ley señala la restricción de actividades de seguridad pública al personal operativo de seguridad privada (art. 32 f. IX).

IX. Abstenerse de realizar funciones que están reservadas a los cuerpos e instituciones de seguridad pública o a las Fuerzas Armadas;

Por lo tanto, la labor de las instituciones de seguridad privada esencialmente en su ámbito de acción, no son las labores de seguridad pública; sin embargo, al realizar una función encargada al Estado, cuentan con una regulación y supervisión por la autoridad correspondiente, que en el caso es la Secretaría de Seguridad Pública Federal para aquellas empresas que desempeñan sus funciones en dos o más entidades federativas.

De acuerdo con el artículo 15 de la ley en comento, las actividades que incluye la seguridad privada son las siguientes:

- I. Seguridad privada a personas. Consiste en la protección, custodia, salvaguarda, defensa de la vida y de la integridad corporal del prestatario;*
- II. Seguridad privada en los bienes. Se refiere al cuidado y protección de bienes muebles e inmuebles;*
- III. Seguridad privada en el traslado de bienes o valores. Consiste en la prestación de servicios de custodia, vigilancia, cuidado y protección de bienes muebles o valores, incluyendo su traslado;*
- IV. Servicios de alarmas y de monitoreo electrónico. La instalación de sistemas de alarma en vehículos, casas, oficinas, empresas y en todo tipo de lugares que se quiera proteger y vigilar, a partir del aviso de los prestatarios, así como recibir y administrar las señales enviadas a la central de monitoreo por los sistemas, y dar aviso de las mismas, tanto a las autoridades correspondientes como a los usuarios de los sistemas y equipos, así como a los prestatarios, en forma inmediata;*
- V. Seguridad de la información. Consiste en la preservación, integridad y disponibilidad de la información del prestatario, a través de sistemas de administración de seguridad, de bases de datos,*

redes locales, corporativas y globales, sistemas de cómputo, transacciones electrónicas, así como respaldo y recuperación de dicha información, sea ésta documental, electrónica o multimedia.

VI. Sistemas de prevención y responsabilidades. Se refieren a la prestación de servicios para obtener informes de antecedentes, solvencia, localización o actividades de personas, y

VII. Actividad vinculada con servicios de seguridad privada. Se refiere a la actividad relacionada directa o indirectamente con la instalación o comercialización de sistemas de blindaje en todo tipo de vehículos automotores, y de los equipos, dispositivos, aparatos, sistemas o procedimientos técnicos especializados.

VI. Conclusiones y propuesta en materia de seguridad privada

La problemática actual de la seguridad privada es que la situación de inseguridad les permite capitalizar ampliamente sus servicios, es decir, el que existan condiciones de inseguridad pública es caldo de cultivo de potenciales clientes que soliciten sus servicios. Aunado a lo anterior, la atractiva capitalización y la falta de una adecuada regulación en la materia, genera condiciones para la proliferación de un sinnúmero de empresas que no cuentan con el registro necesario ante la autoridad correspondiente y que, por lo tanto, no cumplen con los estándares mínimos que el servicio de seguridad requiere, carecen de procedimientos de reclutamiento y selección de personal (en específico, en tipos de perfil, además de no contar con bases de datos fidedignas para evitar personal con antecedentes penales, deserción o deslealtad); capacitación eminentemente reactiva, creando una falsa percepción de los elementos en cuanto a sus habilidades y

posibilidades reales de actuación y, por ende, el aumento de las condiciones de riesgo; equipamiento limitado y una competencia desleal con las policías complementarias, quienes tienen la posibilidad de usar mejor equipamiento en razón de su naturaleza; falta de garantía y eficacia en los casos de las empresas que se cuentan al margen de la legislación, ya que no proporcionan seguridad jurídica de asumir la responsabilidad legal que se genere como consecuencia de los servicios prestados.

Tan solo en el Distrito Federal existen, con registro ante la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, 712 empresas,¹⁹ el permiso es necesario para operar en el Distrito Federal, de forma independiente al que otorga la Secretaría de Seguridad Pública Federal, ya que este es necesario cuando las actividades de seguridad privada se realizan en dos o más entidades federales, pero no autoriza el ejercicio local de los servicios, para lo cual se necesita el permiso correspondiente de la autoridad local competente.

De la problemática actual de la seguridad privada se desprende lo siguiente:

1. Es necesario establecer el marco de actuación específico de las policías complementarias, ya que su función dual, la hace una competencia desleal frente a las demás empresas de seguridad privada, así que es necesario establecer claramente su función; también representa una situación de vacío legal, al tener una responsabilidad compartida de prestar servicios tanto de seguridad pública como de seguridad privada, además de la falta de

¹⁹ Página de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal:
<http://portal.ssp.df.gob.mx/Portal/EPrivadasS/SeguridadPrivadaEmpresaslist.aspx>, consultada el 21 de octubre de 2012.

transparencia en sus recursos al obtener ingresos dobles, por un lado del presupuesto público que se le otorga y, por el otro, de lo que obtienen de los particulares que contratan sus servicios.

2. La proliferación de empresas de seguridad privada sin los adecuados controles de registro, así como la falta de una capacitación adecuada y la consiguiente deficiencia del servicio proporcionado, ocasiona que los servicios actuales, en la mayoría de los casos, no otorgan lo que ofrecen, y que se carezca de los medios necesarios para que trabajen con la responsabilidad y obligaciones suficientes, lo que, contrario a su finalidad, genera mayores condiciones de inseguridad, al no tener un control rígido que permita otorgar servicios de seguridad de alta calidad.
3. El establecimiento de una reglamentación adecuada que se pueda instrumentar para controlar la creación y registro de empresas de seguridad privada, en donde exista una verificación en los procesos de selección y reclutamiento con el establecimiento de estándares mínimos de calidad para la autorización y el otorgamiento de los permisos respectivos de prestación de los servicios de seguridad privada, lo cual podría implementarse por un Centro de Capacitación en Seguridad Privada, mediante cursos de certificación de las diferentes áreas que ofrece la seguridad privada, y que sea parte de los requisitos para poder operar como empresa de dichos servicios.
4. Las condiciones de inseguridad social prevalecientes y la incapacidad gubernamental de proporcionar

seguridad pública a las personas, establecen el espacio propicio para que particulares vean en ellas un atractivo mercado en el ofrecimiento de seguridad que las instituciones públicas no proporcionan; estas condiciones han permitido que la proliferación de empresas de seguridad privada se haya dado fácilmente; por lo que ahora, queda el camino para restablecer el orden en la regulación del servicio y que este se preste con la calidad y profesionalismo necesario en una labor complementaria a la seguridad pública que permita generar mejores condiciones de seguridad tanto pública como privada.

VII. Referencias documentales

Bibliografía

- Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, Depalma, 5^a ed, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, 1955.
- Díez, Manuel María: *Derecho Administrativo*, Editorial Bibliográfica, T. III, Argentina, 1967.
- González Ruiz, Samuel: *Seguridad pública en México*, UNAM, 1994.
- González Vidaurri, Alicia: “La seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo”, en Sánchez Sandoval, Augusto (Coord), *La seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*, Porrúa, México, 2007.
- Guerrero Orozco, Omar: (Compilador), *Principios de administración pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- Hobbes, Thomas: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Trad. de Manuel Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, 2^a ed, México, 1980.

- Rodríguez Calderón, Juan Antonio: *Seguridad Pública*, inédito.
- Sánchez Sandoval, Augusto: *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2000.
- Tenorio Tagle, Fernando: *El sistema de justicia penal en la Ciudad de México*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- Torrente, Diego: *La privatización de la seguridad ciudadana: Un marco para el análisis*, Versión estenográfica de la ponencia presentada en el *IV Congreso Internacional de Sociología*, Institut de Estudis Catalans y Asociación Catalana de Sociología.

Hemerografía

- Velazco Gamboa, Emilio: “Fundamentos de la seguridad privada: una percepción criminológica”, México, Cátedra Iberoamericana de Ingeniería Política A. C., 2006, Fondo “Emilio Velazco” No. 5, Serie “Estudios Sociales”.
- *Publimetro*: “Vigilará áreas estratégicas el Servicio de Protección Federal”, 30 de mayo de 2010.
- *NTR Zacatecas*: “La SSP sube tarifas de protección”, 28 de junio de 2010.

Diccionarios

- *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Espasa, 21^a ed, España, 2001.

Ciberbibliografía

- Página de Internet de la Policía Bancaria e Industrial.
- Página de Internet del Servicio de Protección Federal.

- Página de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal.
- Ley General que establece las Bases del Sistema Nacional de Seguridad Pública.
- Ley Federal de Seguridad Privada.
- Reglamento de la Policía Preventiva del Distrito Federal.
- Reglamento de Investigadores, Detectives y Policias Privados o pertenecientes a Organismos de Servicio público, Descentralizado o Concesionado.

La teoría del caso en la defensa pública

*Joel Ronaldo Pérez Álvarez**

La defensa es una labor que no puede dejarse solo a la experiencia o al talento del abogado, ya que es una actividad que requiere un método de trabajo que permita organizar, registrar la información y evidencia y, en consecuencia, fijar su postura defensiva.

SUMARIO: Introducción. I. Funciones del defensor. II. ¿Qué es la teoría del caso? III. Características de la teoría del caso. IV. Contenido de la teoría del caso. V. Funciones de la teoría del caso. VI Formulación de la teoría del caso. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Los objetivos fundamentales del presente tema de investigación son llegar a establecer los lineamientos necesarios que debe considerar el defensor público para elaborar la teoría del caso en favor de su defendido, dentro del nuevo sistema de derecho penal que se trata de implementar en nuestro país.

Hoy en día, el tema que nos ocupa es de gran importancia y actualidad, en virtud de que con la incorporación del procedimiento penal acusatorio con tendencia adversarial y oral, como consecuencia de la reforma constitucional realizada a los artículos 16, 17, 18,

* Defensor Público Federal.

19, 20, 21, 22 y 73 fracciones XXI y XXIII, de nuestra Carta Magna, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de junio de 2008, mediante la cual se dio vida a nuevos conceptos jurídico-procesales entre los cuales destaca el concepto de la teoría del caso,¹ concepto que se considera de suma trascendencia para el desarrollo de los procesos penales que se desarrollen dentro de la vigencia del proceso adversarial, pues se considera que el hecho de representar a una persona dentro de un proceso penal, presupone no solo el conocimiento de los aspectos sustantivos y procesales de la materia, sino su aplicación práctica, que obliga al defensor a diseñar una estrategia de defensa que se ajuste a las circunstancias del caso concreto, para lo cual, es necesario tomar en consideración diversos aspectos, tales como: probatorios, sustantivos, procesales, de oportunidad, intereses del representado, versión del imputado, constitucionales, doctrinales jurisprudenciales, derechos humanos y tratados internacionales aplicables al caso concreto.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación, únicamente se analizará la teoría del caso desde un punto de vista de la defensa, y no así del órgano acusador, ello en virtud de que el objetivo primordial del trabajo es conocer los lineamientos necesarios que debe considerar el defensor para elaborar la teoría del caso dentro del

¹ No obstante que dicha figura procesal es nueva en nuestro derecho positivo, cabe destacar que, dentro del Instituto Federal de Defensoría Pública, el defensor, para poder llevar a cabo una defensa adecuada, requiere previamente realizar la estrategia de defensa, en la cual se analizan, en forma pormenorizada, los hechos punibles, versión del representado, tipo penal que se le atribuye, aspectos constitucionales y relativos a tratados internacionales, así como el material probatorio existente y, con ello, se establece la línea de acción a seguir, lo cual se asemeja a la teoría del caso, difiriendo entre sí, únicamente, en cuestiones de forma o metodológicas, mas no de fondo, por lo que se puede afirmar que el Instituto Federal de Defensoría Pública se adelantó [con otro nombre] al concepto procesal en estudio.

nuevo sistema de derecho penal y, por ende, el análisis y estudio de la teoría del caso que deba formular el Ministerio Público excedería los límites de la investigación.

I. Funciones del defensor

Previamente al análisis y estudio del contenido de la teoría del caso, consideramos necesario establecer las funciones del defensor dentro del proceso penal adversarial, ello con la finalidad de establecer los límites que tiene el defensor para poder plantear su teoría del caso, pues es de vital importancia para una defensa adecuada que el defensor tenga plena conciencia del marco referencial en que puede accionar. En efecto, dentro del proceso penal se dice que el defensor juega un doble papel: en primer término, se le considera un colaborador del proceso; y, en segundo, se le considera un colaborador del imputado; sin embargo, estas facetas no se contraponen entre sí, e inclusive se fusionan, en virtud de que el defensor colabora en el proceso y asiste a los distintos actos procesales para legitimar al proceso (colaborador del proceso), legitimación que sobreviene cuando el imputado fue defendido eficaz o adecuadamente (colaborador del procesado). En atención al principio de legalidad consagrado en los artículos 14 y 19 de nuestra Constitución, es necesario que todo imputado cuente con un defensor que lo defienda adecuadamente en el procedimiento penal, siendo ésta la forma como el defensor colabora en el proceso, siendo necesario en acatamiento a la garantía de defensa adecuada, que el defensor presente en juicio las razones de hecho y de derecho que apoyen la versión del defendido, especialmente cuando su teoría del caso se contraponga a la teoría del caso expuesta por la representación social. En efecto, la intervención del defensor por disposición constitucional, es parcial, ya que

el atributo de imparcialidad dentro del proceso penal es exclusivo del juzgador y, por ende, el abogado defensor que pretendiere ejercer su función en favor del imputado de forma imparcial constituiría una innecesaria repetición de las funciones del juez, convirtiéndose en el peor enemigo de su propio representado, al no cumplir su cometido que es el de oponer la parcialidad del contradictor, mantener el equilibrio entre la acusación y la postura defensiva del acusado, máxime que la práctica judicial nos señala que el Ministerio Público, lejos de ser un ente de buena fe, es un ser despiadado que busca en forma injustificada obtener la sanción más severa en contra del imputado, ejercitando acción penal por delitos más graves que el cometido, solicitando penas excesivas, falseando pruebas y ocultando las que favorecen al imputado, aun a sabiendas que en ocasiones este es inocente, por lo que se considera que en todos los procesos es necesaria una defensa adecuada en favor del imputado, al respecto basta transcribir el pensamiento de Mussio, quien en 1873 escribió:

El Ministerio Público, aun en el mejor de los ordenamientos, es algo que debe tenerse como el peor de los flagelos; [y afirmaba, además, que se trata de un] instituto tiránico que, como el caballo de Troya, lleno de armas y de soldados, de perfidia, artimañas y engaños, ha sido sacrílegamente introducido en el templo de la justicia, enjaezado en terciopelo con largos cordones de oro, hendido con una espina en el corazón de la Magistratura llamado también entre nosotros por simple papagayismo, el Ministerio Público, el ente más monstruoso y contradictorio, inmoral e inconstitucional a un tiempo que ora es soberano, ora esclavo, ora lleva las cadenas de cuello, ora las sujetas a otros con desprecio de toda ley y resumido y en sus últimas

*actitudes, es un ente sin inteligencia ni conciencia, un autómata y una máquina que debe moverse a la voluntad del Poder Ejecutivo.*²

De lo anterior se colige que el defensor, siempre debe actuar en favor de los intereses que representa, y no en favor de los intereses del juez, que caracteriza la imparcialidad, teniendo como límite solo la legalidad, mas no así la imparcialidad, conceptos que no se contraponen entre sí, pues la imparcialidad u objetividad, dentro de un proceso penal, implica una consideración en paridad tanto de las circunstancias que favorecen como de las que perjudican al imputado, en relación con un supuesto hecho delictivo investigado con el único propósito de llegar a la verdad y resolver la litis como en derecho corresponde. La legalidad, en cambio, atiende al respeto que debe darse a la Constitución Política, a las normas sustantivas y adjetivas, a los tratados y convenios internacionales suscritos y debidamente ratificados, de donde se desprende que el defensor debe ser fiel a los intereses que representa, independientemente de sus creencias en torno a si su patrocinado cometió o no el ilícito que se le atribuye, pues la parcialidad es un componente vocacional básico que caracteriza al defensor; aunado a ello, mantener la posición parcial, dentro de la legalidad, no causa ningún daño a la impartición de la justicia, por el contrario, ayuda a que las resoluciones judiciales sean más justas, pues los argumentos que con frecuencia sostienen dicha postura se inspiran siempre en máximas del Derecho, como suelen ser alegatos en contra de interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales o de ataques al recurso de analogía; de igual forma se recurre a principios ampliamente conocidos

² Cita que aparece en Moreno Hernández, M: *Política...* op. cit., p. 244.

y tutelados por nuestra Constitución, por tratados internacionales debidamente ratificados y por las leyes ordinarias, como pueden ser el principio *indubio pro reo, non bis in idem* o el principio de presunción de inocencia.

Lo anterior cobra mayor relevancia para la defensa pública, en virtud de que los defensores públicos no tienen la posibilidad de elegir a quién defender o a quién no, pues atento al artículo 10 de la Ley Federal de Defensoría Pública, la única exigencia para activar los servicios de un defensor público federal es la solicitud expresa del propio imputado o de la designación que en su caso haga el Ministerio Público Federal o el juez de la causa y, una vez hecha tal designación, estos tienen la obligación de velar única y exclusivamente por los intereses de su representado y, por ende, solo hay un camino a seguir, pues independientemente de sus creencias subjetivas, deberá defender al imputado como si este fuera inocente y utilizar todos los medios lícitos para hacerlo, pues tal y como lo señaló el ilustre jurista Carrara: *hasta el peor de los delincuentes tiene derecho a ser defendido*; máxime que no corresponde al defensor juzgar sino defender, ya que solo el juez tiene la facultad de juzgar; el juez es quien puede absolver, si considera que hay elementos para ello, independientemente de la creencia errónea de culpabilidad que indebidamente pueda tener el defensor.

II. ¿Qué es la teoría del caso?

Según Palmer,³ toda teoría del caso resulta de la combinación de dos aspectos: el caso (qué sucedió) y la teoría (cuál es la consecuencia jurídica), señalando que el caso lo constituye el relato lógico ordenado, claro y persuasivo que realizan las partes sobre los hechos

³ Cita que aparece en Higa Silva, C.: “El Arte...” op. cit., p. 6.

que sustentan su pretensión. El relato no es una simple descripción de los hechos, sino que tiene como objeto exponer y convencer al juez respecto de lo que sucedió en la realidad. En el relato del caso se debe asegurar que se encuentren presentes todos los elementos fácticos que exige la norma invocada para su aplicación. La teoría jurídica, según Palmer, es el razonamiento que se hace sobre los hechos del caso a partir del ordenamiento jurídico vigente. Este esquema postula que si el contenido de la norma se verifica, su defendido se encuentra facultado para exigir lo dispuesto en esta, para lo cual es necesario elaborar una argumentación que permita sustentar que a los hechos del presente caso le es aplicable la norma invocada.

Para Mauricio Decap y Leonardo Moreno Holmer, la teoría del caso es *la idea central básica a partir de la cual se articula la estrategia a desarrollar en las distintas audiencias ante el juez de garantías y en el juicio oral propiamente*. En términos generales, la teoría del caso se conceptúa como la idea básica que fundamenta la presentación del caso por parte de la defensa en el proceso penal acusatorio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula toda actividad probatoria desarrollada de una forma lógica, convincente y persuasiva en beneficio del imputado. Por su parte, Hesbert Benavente señala que: *la teoría del caso es el planteamiento metodológico que cada una de las partes debe realizar desde el primer momento en que se ha tomado conocimiento de los hechos, con la finalidad de dotar de un solo significado u orientación a los hechos encuadrándolos en una norma jurídica –sustantivas y procesales– así como el material probatorio o evidencias*. A juicio de Pastrana Bardejo,⁴ la teoría del caso es, por un lado, *la herramienta metodológica por excelencia que tienen*

⁴ Cita que aparece en Jiménez Martínez, J: *El aspecto...* op. cit., p. 81.

las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su exposición estratégica frente a los hechos materia del proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio; es decir, la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria constituyen la teoría del caso.

De las anteriores definiciones surge la pregunta sobre si la teoría del caso constituye la estrategia de defensa propiamente dicha. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, dicha pregunta se contesta en sentido negativo, pues se considera que la teoría del caso constituye, metodológicamente, un todo que nos ayuda a determinar la estrategia de defensa a seguir en el caso concreto y, por ende, esta solo constituye una parte de la teoría del caso (la conclusión), la teoría del caso es el género, la estrategia de defensa la especie.

III. Características de la teoría del caso

Los rasgos característicos de la teoría del caso se proyectan en que esta debe ser única, autosuficiente, verosímil, mutable y asociada a un valor o bien jurídicamente relevante, características que se considera necesario analizar en forma pormenorizada.

1) Única

Este elemento, en el nuevo sistema penal acusatorio, tiene un significado stricto sensu, el cual nos obliga a presentar una sola versión de los hechos a efecto de explicarlos y dotarlos de consistencia argumentativa. En otras palabras, no es conveniente que el defensor presente en forma alternativa varias versiones acerca de los hechos; sino, por el contrario, debe presentar una sola versión de los hechos y, por ende, se debe prescindir de

las versiones subsidiarias. Al respecto, Mauricio Decap y Leonardo Moreno Holmer señalan que *no es viable que el defensor postule, que su representado no cometió el homicidio, que incluso no estuvo en el lugar de los hechos, y al mismo tiempo en forma subsidiaria postule que su representado actuó en legítima defensa*. Nótese que la característica en estudio se refiere únicamente a la versión de los hechos que al efecto se expongan en el proceso penal, mas no así a la estrategia de defensa que el defensor estime necesario seguir, ya que se pueden seguir dos o más líneas de defensa que no se contrapongan entre sí, por ejemplo:

La teoría del caso del ministerio público se hace consistir en que Juan fue detenido en posesión de seis gramos de marihuana, y que dicha conducta encuadra en lo previsto por el artículo 476 de la Ley General de Salud, que se refiere a la posesión de marihuana con la finalidad de venta. La teoría del caso expuesta por la defensa se hace consistir en que, al momento de la detención, Juan no poseía la marihuana referida, ya que este niega la posesión del enervante.

Ahora bien, en el caso hipotético en mención es viable sostener la teoría que el imputado no poseyó el narcótico, y resaltar como una deficiencia del Ministerio Público que no se acredita el elemento subjetivo consistente en la finalidad de venta, lo cual se convierte en una estrategia de defensa subsidiaria que no implica el reconocimiento de los hechos, pues independientemente si el imputado poseyó o no la marihuana que nos ocupa, atento al principio de presunción de inocencia, previsto por el artículo 8º punto 2, de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José), 14 punto 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en relación con el artículo 1º y 14 de nuestra Carta

Magna, corresponde al Ministerio Público, acreditar de manera fehaciente todos y cada uno de los elementos del tipo penal del ilícito por el cual se acuse al imputado y que constituye la versión jurídica de los hechos expuestos en la teoría del caso, por lo cual se considera que resulta viable seguir las dos líneas de defensa, ya que las mismas no se contraponen a la narrativa de los hechos, pues la primera de estrategia es el resultado de la narrativa de los hechos y la segunda es el resultado de la deficiencia del Ministerio Público, misma que es suficiente para restarle credibilidad a la acusación e incluso para destruir la misma. Igualmente, es dable señalar que en ocasiones, no obstante que se exponga la teoría del caso dando una versión determinada de los hechos, dicha versión puede tener diversas líneas de defensa, por ejemplo la defensa se puede encauzar en forma simultánea en cuestiones constitucionales, convencionales, adjetivas o procesales, las cuales pueden ser compatibles entre sí, dependiendo de la versión de hechos que se exponga.

2) Autosuficiente

Esta característica de la teoría del caso apunta a que la versión o idea central que el defensor entregue en las distintas audiencias sea capaz de dar cuenta del conjunto de hechos que ocurrieron, sin dejar cabos sueltos o circunstancias relevantes que no puedan ser explicadas por esa versión o teoría central, ello en virtud de que el relato debe hacerse de tal forma que enfrente con éxito las objeciones o interrogantes que pueda plantear la contraparte, no debiéndose perder de vista que, cuando se diseña el relato de los hechos, se elabora dentro del marco de la adversariedad.

3) Verosímil

La teoría del caso debe ser planteada en términos simples, utilizando reglas elementales de la lógica, conocimientos científicos afianzados y máximas de la experiencia, que sean creíbles y que giren en torno a las pruebas existentes, pues basta con que el tribunal o juez no crea la teoría del caso para que dicte una resolución contraria a los intereses del imputado.

4) Mutable

Esta característica presupone que la teoría del caso se formula desde el momento en que el defensor admitió la defensa del imputado, lo cual puede acontecer desde la etapa de investigación a la del juicio oral, por lo que es conveniente formularse una teoría del caso que sea acorde a la etapa en que se encuentre (fase de investigación, fase intermedia o fase del juicio oral), por lo que la teoría del caso puede ir evolucionando hasta la acusación del fiscal, a partir del cual es inamovible, porque en el juicio oral ya no se puede generar nueva evidencia.

5) Asociado a un valor o bien jurídicamente relevante

Esta característica implica que nuestra versión de los hechos debe realizar esfuerzos por vincular nuestro caso con un valor o bien jurídico involucrado en la resolución del caso. En efecto, de lo que se trata es de entregar al juzgador otros elementos, valores o bienes jurídicos valiosos para la sociedad en su conjunto, que se encuentran en juego en el caso que debe ser resuelto entregando una razón adicional fundada en nuestras creencias y convicciones sociales que se estimen suficientes para que el juez falle en favor de nuestro defendido.

IV. Contenido de la teoría del caso

Los elementos estructurales que debe contener la teoría del caso son: el tema, hechos (cuestión fáctica), medios de prueba, fundamento jurídico o normativo y conclusión,⁵ ya que son los elementos necesarios que nos ayudan a determinar la estrategia de defensa a seguir en el caso concreto. Todos estos elementos, a manera de una historia, tienen ilación entre unos y otros. Se dice que la teoría del caso debe tener una teoría y un tema; la teoría es la adaptación de nuestra historia al fundamento jurídico del caso. Es la combinación de los hechos con el fundamento jurídico lo que nos lleva a la conclusión. Esta teoría debe ser lógica y conducirnos siempre a conclusiones legales que justifiquen una acción de defensa determinada y debe ser siempre y fácil de creer.

1) El tema o lema

Este elemento integrante de la teoría del caso es de suma importancia porque es la etiqueta que se convierte en la primera frase u oración que escucharán los jueces del juicio oral sobre nuestra teoría del caso y, por ende, es necesario que dicha frase tenga fuerza persuasiva o convincente y que sintetice nuestra teoría del caso. El tema aboga por un contenido moral y por la justicia y es de suma importancia, porque da fuerza a nuestra teoría del caso explicando la razón de por qué la sentencia debe ser favorable a los intereses del representado. Para la formulación del tema es necesario que primero tengamos claramente la teoría del caso, para después construir el tema que sea acorde a la teoría del caso y que sintetice el contenido de la misma.

⁵ González Obregón, D. C.: *Manual...* op. cit., p. 364.

2) Hechos fácticos

Los hechos aislados en un caso no dicen nada por sí mismos, es necesario que el defensor los analice y relacione para ver de qué manera le aportan fortalezas o debilidades. Del análisis e interpretación objetiva de los hechos objeto de la imputación y los hechos expuestos por el imputado, el defensor empieza a construir su versión explicativa del caso, a través de proposiciones fácticas, debiendo cuidar que los hechos sean lógicos, cronológicos, que tengan relación con el fundamento jurídico y que puedan ser demostrables a través de las pruebas existentes, debiéndose excluir aquellos hechos que no sirven, pues se corre el riesgo de confundirse y perder el rumbo y su teoría del caso.

3) Proposiciones fácticas

Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, señalan:

Una proposición fáctica es una afirmación de hecho, respecto de mi caso concreto, que si el juez le cree tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica. Dicho de otro modo, una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente que se remite a experiencias concretas del caso sobre las que un testigo puede declarar.⁶

Las proposiciones fácticas son muy importantes debido a que tienen que estar contenidas no solo en la teoría del caso que se prepare, sino también en el relato de los testigos. Estas contienen hechos que pueden probar los elementos de una teoría jurídica, debiéndose identificar de cada testigo qué elemento de la teoría jurídica se puede probar y, posteriormente, hacer nuestras afirmaciones fácticas sobre ese testigo en particular, sirviendo esto de

⁶ Baytelman, A. y Duce, M.: *Litigación penal...* op. cit., p 83.

guía para construir nuestra teoría del caso, sin perder de vista que sobre las proposiciones fácticas recae la prueba, pudiéndose encontrar múltiples proposiciones fácticas para cada uno de los elementos a probar.

4) *Medios de prueba*

Una vez establecidas la cuestión fáctica y las proposiciones fácticas, el defensor se deberá representar el problema de cómo acreditar su teoría del caso, pues no sirve de nada tener una buena historia de los hechos y un fundamento jurídico completo si estos no se relacionan con medios de pruebas idóneas que puedan explicarlos. Es la proposición fáctica la que determina qué pruebas se necesitarán para el caso concreto y, con base en ello, se deberá evaluar el material probatorio con que se cuente en el caso específico, poniendo énfasis en la credibilidad de las pruebas, pues la libre valoración de la prueba propia de los sistemas acusatorios en los que se desenvuelve el juicio oral conforma toda una estructura de razonamientos en lo que hace a la credibilidad de la prueba,⁷ siendo necesario que el defensor, en primer término, se preocupe de contar con el material probatorio necesario para justificar su teoría del caso y enseguida se ocupe de las pruebas necesarias para desvirtuar la versión de los hechos vertida por el ministerio público, ello sin perjuicio de invocar el principio de presunción de inocencia –que deja la carga al Ministerio Público de acreditar los hechos de su acusación– ya que, al explicar razonada, convincente y fundamentalmente la teoría del caso de la defensa, es más fácil desvirtuar la acusación del representante social. Al respecto, la doctora Diana Cristal González Obregón, señaló:

⁷ González Obregón, D. C: op. cit., p. 378.

Se recomienda a los defensores que, antes de desvirtuar los hechos, los medios de prueba y la fundamentación jurídica que ofrezca el ministerio público, primero expliquen la versión de lo que sí pasó, desde el punto de vista de la defensa, del día, lugar y hora de la comisión de los hechos y que la enfaticen, antes de controvertir la de su contrario.⁸

5) Fundamento jurídico

Este elemento consiste en el análisis de los requisitos o elementos de derecho que se pretende establecer para confrontarlos con los hechos sucedidos en la vida real; es decir, con la cuestión fáctica; en este punto la dogmática penal y sus reglas de interpretación juegan un papel crucial, por lo que la argumentación no se puede apartar de la dogmática penal, es decir, de la teoría del delito, ello en virtud de que esta juega un papel de primer orden, dado que nos da las reglas que utilizaremos para dotar de sentido penal la cuestión fáctica, pues es la que nos analiza en forma metodológica y organizada los distintos elementos que configuran el delito (acción típica antijurídica y culpable). De lo anterior se colige que para construir una teoría del caso se requiere como requisito *sine qua non*, adecuar los hechos a cada uno de los elementos del delito, lo cual únicamente se podrá hacer si se cuenta con los conocimientos técnicos de la teoría del delito; ello en virtud de que, dentro del análisis legal, se tiene que analizar, en forma necesaria, los elementos del delito que se le atribuye al imputado y en forma especial los elementos configurativos del tipo penal ya que este es la columna vertebral del análisis legal. El defensor que refiera un fundamento jurídico, no solo debe conocerlo sino que

⁸ *Ibidem*, p.374.

debe analizarlo a cabalidad para poder explicarle al juez que se actualiza el caso específico, con qué hechos se materializa y con qué medio de prueba se puede justificar.

Teorías Jurídicas. Las teorías jurídicas son proposiciones abstractas y generales, que buscan un correlato en la realidad de los casos a los que se pretende aplicar. *Cuando perseguimos que se condene o se absuelva a una persona, lo hacemos investidos de una herramienta particular, la ley.*⁹

6) Conclusión

La conclusión implica proponer la solución del caso (estrategia de defensa), siempre orientada a lograr la mejor solución para el representado, sin perder de vista que la labor del defensor es convencer al juzgador que se deben considerar las razones por él expuestas y que esa es la tesis correcta, y no la propuesta por la parte acusadora, por lo cual dicha estrategia de defensa o conclusión debe tener una estrecha relación con el aspecto fáctico, jurídico y probatorio que servirá, como eje central, para la defensa que se lleve en favor del imputado.

V. Funciones de la teoría del caso

La teoría del caso se considera de suma importancia para planear y preparar el caso, siguiendo a Javier Jiménez Martínez,¹⁰ se pueden sintetizar las funciones de la teoría del caso de la siguiente forma:

- a) Sirve para identificar la materia o el tema central del asunto y los hechos jurídicamente relevantes.
- b) Sirve de objeto específico para que los defensores, puedan planear y ejecutar las actividades de indagación e investigación y luego, las propias

⁹ Baytelman, A. y Duce, M.: *op.cit.*, p.81.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 83 y84.

del juicio, formulando las diversas hipótesis con el objeto de comprobar o descartar las mismas, para llegar a establecer cuál es la teoría del caso que se va a proponer al caso concreto.

- c) Sirve para determinar las pruebas pertinentes que se deben buscar y pedir en la audiencia, excluyendo las cuestiones superficiales.
- d) Facilita la determinación de los hechos jurídicamente relevantes, la elaboración de las preguntas que se formularán en los interrogatorios y contrainterrogatorios de los testigos.
- e) Sirve para definir la organización de los alegatos de apertura y alegatos finales.
- f) Sirve para realizar un análisis estratégico del caso, adecuando los hechos al tipo penal, lo cual servirá como guía para la correcta elaboración de la teoría del caso.
- g) Sirve para seleccionar la evidencia relevante, tomando en consideración qué pruebas se pueden excluir de la contraparte y qué pruebas se pueden presentar en favor del representado.
- h) Sirve para identificar las debilidades de la teoría del caso, tanto propia como de la contraparte.

VI. Formulación de la teoría del caso

Para la construcción de la teoría del caso es necesario, en primer término, que el defensor se conozca a sí mismo, así como a su contraparte, es decir, no basta con que el defensor conozca las debilidades y fortalezas de su caso; por el contrario, es necesario que conozca tanto sus habilidades y debilidades como litigante, tanto en cuestiones intelectuales, prácticas, personales y de oratoria, ya que es de suma importancia que el alegato de inicio de apertura y de conclusión sean persuasivos,

para lo cual se requiere, entre otras cosas, ser un buen orador. Igualmente es necesario analizar los hechos, las pruebas y el fundamento jurídico de la teoría del caso que al efecto se proponga, analizar la versión que podría dar su contraparte, es decir, qué hechos podría utilizar la contraparte para debilitar los hechos planteados o qué pruebas podría utilizar para la destrucción de la teoría del caso propuesta.

En segundo término, el defensor deberá partir de las preguntas cruciales y universales de toda investigación relativa a la teoría del caso; es decir, es necesario que se pregunte: ¿qué pasó?, ¿cuándo pasó?, ¿dónde pasó?, ¿a qué hora pasó?, ¿cómo pasó?, ¿a quién le pasó?, ¿quién lo hizo?, ¿por qué lo hizo?, ¿qué pasó después de la acción?, lo cual servirá como guía para dar inicio a la teoría del caso, analizando la cuestión fáctica, jurídica y probatoria, a fin de llegar a la conclusión respectiva.

Conclusiones

En el presente ensayo se ha llegado a la convicción de que el defensor, al formular la teoría del caso en favor de su representado, debe tomar en consideración los siguientes puntos:

- a) Debe tener plena conciencia de que, por disposición constitucional, debe ser parcial a los intereses de su defendido, quedando solo obligado a actuar dentro de la legalidad.
- b) El defensor deberá conocer tanto sus habilidades y debilidades de litigación como las de la contraparte.
- c) Es necesario que el defensor parta del análisis de los hechos expuestos por el Ministerio Público y de la versión expuesta por el representado, debiéndose confrontar ambas versiones y, con

ello, conocer tanto las fortalezas y debilidades de su teoría del caso como las fortalezas y debilidades de la teoría del caso de su contraparte.

- d) Es necesario analizar la cuestión jurídica desde la óptica de la teoría del delito y, con ello, determinar si se actualiza alguna excluyente de delito o de responsabilidad.
- e) Se deberá analizar el material probatorio, a fin de determinar qué pruebas nos sirven para justificar nuestra teoría del caso, cuáles son idóneas para desacreditar la teoría del caso expuesta por la contraparte y cuáles pruebas se deben excluir.
- f) Cuidar que la conclusión o estrategia de defensa sea coherente con la cuestión fáctica, jurídica y con el material probatorio existente.

Bibliografía

- Baytelman, Andrés y Duce Mauricio: *Litigación penal y juicio oral*. Fondo de Justicia y Sociedad (Fundación Esquel-USAID), Chile, 2004, pp. 118.
- González Obregón, Diana Cristina: *Manual Práctico del Juicio Oral*, UBIJUS, Primera ed., México, 2010, pp. 397.
- Gutiérrez Parada, Óscar: *Justicia Penal y Principio de Oportunidad*, Flores Editor y Distribuidor, Primera ed., México, 2010, pp. 155.
- Higa Silva, César: “*El Arte de la Guerra y los Tres Principios para diseñar la Estrategia del caso*”, Cuaderno de trabajo No. 12, Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, Agosto, 2009.
- Jiménez Martínez, Javier: *El Aspecto Jurídico de la Teoría del caso*, Ángel Editor, Primera ed., México, 2012, pp. 1209.

- Moreno Hernández, Moisés: *Política Criminal y Reforma Penal*, Porrúa, Primera ed., México, 1999, pp. 489.
- Orozco Palomera, Enrique: *La Defensa Pública en México*, Primera ed., México, pp. 129.

Evolución de los derechos fundamentales en México

*Karen Zarina Reyes Solis**

RESUMEN: El artículo plantea una breve reflexión sobre la evolución de los derechos humanos, desde su introducción a la Constitución de 1917, hasta la reforma de 2011.

SUMARIO: Introducción. I. Evolución de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1917. II. Conclusiones. III. Fuentes de consulta.

Introducción

En México, desde su inicio como nación independiente, la lucha por el reconocimiento y respeto de los derechos ha sido un factor constante, que progresivamente se ha fortalecido. Tomando como base las diversas manifestaciones de derecho realizadas por otras naciones, nuestro país fue pionero en la introducción de los derechos sociales en la Constitución de 1917.

En el año 2011, las reformas aprobadas e introducidas en la Constitución, representaron una dualidad, por un lado el reconocimiento expreso de los derechos humanos y sus garantías y, por otro, la oposición de aquellos que consideraban que elevar al rango constitucional los tratados constitucionales violaba el principio de soberanía nacional.

Por lo anterior, se hacen algunas reflexiones respecto al contenido de la reforma en cuestión de derechos humanos, para dar seguimiento al avance de los mismos.

* Oficial Administrativo.

I. Evolución de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1917

En Europa, la lucha contra las tiranías culminó con el reconocimiento universal de los derechos básicos de los individuos. La Declaración Francesa de 1789, como apunta García Ramírez,¹ estipuló una triada de elementos para establecer, sobre ellos, el derecho del futuro:

1. La noción de unos derechos y libertades naturales, irreductibles, esenciales, que los individuos poseen por su condición humana, sin otro mérito ni otra exigencia.
2. La más clara definición sobre el sentido y el objetivo del poder público: el fin de toda organización política es la protección de aquellos derechos.
3. La idea de que carece de Constitución la sociedad en la que no están garantizados los derechos, lo que significa la reclamación de medios para proteger o rescatar los derechos fundamentales del individuo.

Estos derechos básicos deben estar reconocidos en la norma suprema, convirtiéndose en *derechos fundamentales*:² normas que limitan y dirigen el poder del Estado.

En México, la historia no fue distinta, la lucha por el reconocimiento total de los derechos humanos y, principalmente, de los mecanismos para garantizar el respeto de los mismos, ha sido lenta.

La Constitución española promulgada en Cádiz en 1812, pese al estallamiento del movimiento de independencia, tuvo pasajera vigencia; en ella se reconocían algunos derechos, entre los que destacan la

¹ García Ramírez, Sergio: "La reforma Jurídica y la Protección de los Derechos Humanos"; tomado de: Hernández, A. M. y Valadés, D.: *Estudios...* op. cit., p., 159.

² Alexy, R.: *Teoría...*, cit.

igualdad de los españoles nacidos en España y los nacidos en la Nueva España, así como la división de poderes y los límites a la actuación del soberano.

El *Documento Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, expedido en Apatzingán –actual Estado de Michoacán– en 1814, inició con el reconocimiento básico de derechos fundamentales, como explica Fix Zamudio;³ y justamente fue este, el documento más importante en cuanto al reconocimiento de los derechos individuales creados por el Iluminismo y la Ilustración, y que posteriormente fueron incorporados de manera paulatina en las cartas fundamentales posteriores: la Federal de 1824 y las centralistas de 1836 y 1843.

La Constitución Federal de 1857 contenía una sección dedicada a los *derechos del hombre* y adoptó el término *garantías individuales* como equivalente a los derechos del hombre en el artículo 101.

Sin embargo, la Constitución de 1857, aunque realizó la declaración de que los derechos del hombre son la base y objeto de todas las instituciones sociales, no otorgó a esos derechos las garantías debidas y no elaboró leyes secundarias, para castigar severamente la violación de aquellas; si bien es cierto que en el marco legal existían mecanismos para garantizar el respeto de los derechos, como el juicio de amparo, la burocracia retardaba el ejercicio de esa protección.

Lo anterior se advierte en el discurso emitido por Carranza⁴ para presentar el proyecto de reformas a la

³ Fix-Zamudio, Héctor: “Las reformas Constitucionales Mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”; tomado de González Oropeza, M., Ferrer Mac-Gregor, E.: *El Juicio...* op. cit., p. 435.

⁴ Proyecto de Reformas a la Constitución de 1857. Presentado por Venustiano Carranza al instalarse el Congreso Constituyente en Querétaro. Diciembre 1, 1916. Disponible en: http://www.biblioteca.tv/artman2/publish/1916_209/Proyecto_de_Reformas_a_la_Constituci_n_de_1857_Pre_210.shtml Fecha de consulta: 13 de julio de 2012.

Constitución de 1857, en el que hace manifiesto el número de atentados contra la libertad y sus diversas manifestaciones, durante el período de vigencia de la referida Constitución, principalmente enfocado a quejas contra los abusos y excesos de la autoridad en todo el territorio.

La Constitución de 1917, vigente en la actualidad, expresó el reconocimiento de los derechos fundamentales y además, buscó facilitar las condiciones necesarias para el respeto de los derechos, protegiendo principalmente todas las manifestaciones de libertad individual: *fue la primera en el mundo en elevar algunos derechos sociales a nivel constitucional, particularmente los relativos a la reforma agraria –artículo 27– y a los de carácter laboral –artículo 123–, por ello, se le consideró como la primera constitución social.*⁵

Aunque progresiva, la Constitución de 1917 no concedió de origen el voto a las mujeres, pese a que el espíritu de la norma aducía lo contrario, pues se advierte en el discurso de Carranza que: *para que el ejercicio del derecho al sufragio sea una positiva y verdadera manifestación de la soberanía nacional, es indispensable que sea general, igual para todos, libre y directo; porque faltando cualquiera de estas condiciones, o se convierte en una prerrogativa de clase, o es un mero artificio para disimular usurpaciones, de poder...*⁶ y aunque señala que en México hay factores o antecedentes que obligan a aceptar una solución distinta a la expuesta, la falta de reconocimiento del derecho del voto a las mujeres no estaba justificada.

El espíritu protector de la Constitución de 1917 también evidenció que la simple declaración de derechos no es suficiente para un pueblo con antecedentes históricos como México, por lo que se hizo necesaria la

⁵ Fix-Zamudio, Héctor: *op. cit.*, p. 424.

⁶ Proyecto de Reformas a la Constitución de 1857.

incorporación de elementos de tutela que garantizaran el respeto de dichos derechos.

En esa tesisura, la reforma constitucional llevada a cabo en 2011, aunque reiterativa para algunos –pues el reconocimiento de derechos existe desde antes de la Constitución de 1917–, logra reconocer expresamente, situaciones sobrentendidas en la Constitución vigente, que eran aprovechadas por algunas autoridades para, con amparo de la ley, ignorar, restringir o vulnerar los derechos humanos.

En México, la tutela de los derechos humanos no es novedosa, pues ha existido una evolución progresiva de reconocimiento de derechos; dicho progreso inició en 1981, cuando se ratificaron los principales tratados generales de derechos humanos, es decir, los pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expedidos en Nueva York el 10 de diciembre de 1966, y en vigor desde enero de 1978, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y en vigor en julio de 1978.

La evolución de los derechos humanos culmina con la reforma de 2011, donde destaca el reconocimiento del *principio pro persona*, que quedó garantizado en el artículo 1º: ...*favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Este principio tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer/garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma y/o la interpretación más restringida al establecer limitaciones/restricciones al ejercicio de los derechos humanos*⁷.

⁷ Labardini, R.: “Proteo en...” op. cit., pp. 319-353.

Este principio busca garantizar la aplicación de la norma más benéfica para la persona, tratándose de derechos humanos. Las autoridades mexicanas, sin excepción, tienen una obligación sustantiva de realizar diversas actividades en materia de derechos humanos: promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

Conforme la opinión de Caballero Ochoa,⁸ este principio cumple con dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa, es decir, construir el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, y con independencia de su posición jerárquica; respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales.

La importancia de la reforma de junio de 2011, según Fix Zamudio,⁹ radica en la introducción de cambios sustanciales, entre los que destacan, sustituir la denominación tradicional *De las garantías individuales* –como sinónimo de derechos individuales– por el de *derechos humanos*, que es el que se utiliza en la mayoría de las constituciones y en los diversos documentos internacionales.

Se tiene que los derechos humanos, al interior de algunos ordenamientos jurídicos, poseen una doble protección:¹⁰ la primera, que es la esencial, en el ámbito interno, y otra subsidiaria y complementaria en el ámbito internacional; esa era la situación en el ordenamiento constitucional de México con anterioridad a la reforma de julio de 2011, pero a partir de la misma, esta doble

⁸ Caballero Ochoa, José Luis: “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”; en Carbonell, M. y Salazar, P.: *La Reforma...* op. cit., pp. 103-133.

⁹ Fix Zamudio, Héctor: op. cit., p. 425.

¹⁰ *Ibidem*, p. 433.

tutela de los derechos de fuente internacional se fortalece de manera considerable.

En otras palabras, se otorga el mismo nivel constitucional a los derechos reconocidos expresamente en la misma –los de carácter interno–, con los establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Según Carbonell,¹¹ el párrafo tercero del artículo 1º constitucional, contiene al menos tres distintos niveles de problemas:

- a) El primer nivel de problemas corresponde al señalamiento de las obligaciones, a cargo de todas las autoridades del Estado mexicano, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos.
- b) El segundo nivel tiene que ver con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los cuales deben ser interpretados y en su caso aplicados a la luz de las obligaciones que enumeramos en el inciso anterior.
- c) El tercer nivel de problemas se refiere a lo que debe hacer el Estado mexicano, cuando se presente una violación de derechos (o aun antes): prevenir, investigar, sancionar y reparar.

El Estado mexicano se ha comprometido, con la modificación del artículo 1º, a tutelar los derechos humanos sin discriminación; tomar las medidas necesarias para garantizar esos derechos; establecer las vías judiciales para responder ante los tribunales por posibles violaciones a los derechos humanos; no dar

¹¹ Carbonell, Miguel: “Las obligaciones del Estado en el Artículo 1º. de la Constitución Mexicana”, en Carbonell, M. y Salazar, P.: *La Reforma...* op. cit., pp. 63-102.

marcha atrás en los niveles de realización alcanzados; destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con el objetivo de satisfacer plenamente los derechos y asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en períodos de crisis o de ajustes estructurales.¹²

Además de lo anterior, la ventaja, el avance y la progresividad se acentúan, porque ahora, todas las autoridades están obligadas a proteger los derechos humanos.

Incluso, existen principios a los que deben sujetarse las autoridades en el ámbito de sus competencias, entre los que destacan la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad y la progresividad.

La universalidad, según Labardini,¹³ se refiere a que los derechos humanos deben tocar tres aspectos específicos:

- a) son universales porque son respaldados por todos los estados;
- b) los derechos humanos son el único conjunto de prácticas que han sido probadas y han resultado efectivas para proteger al individuo, y
- c) tienen una universalidad de consejo replicante.

La interdependencia consiste en que la actividad de las autoridades no esté sujeta a alguna condición para el reconocimiento de la existencia de los derechos humanos.

El principio de indivisibilidad se refiere a que los derechos humanos, no pueden separarse de la persona humana, son inalienables e intransferibles, por lo tanto, las autoridades deben tener en cuenta, en su actuar, que no pueden ser negociados dichos derechos.

El principio más interesante es el de progresividad, pues se refiere a conductas que en el pasado pudieron

¹² *Idem.*

¹³ Labardini, R.: *op. cit.*

ser permitidas, pero que, al ser superadas, ya no pueden repetirse, no debe retrocederse. Si un derecho ha sido reconocido, lo será por siempre y jamás podrá mermarse o restringirse; por el contrario, se buscará mejorarlo.

En otros aspectos relativos al contenido de la reforma, destaca la opinión emitida por el ministro Silva Meza,¹⁴ respecto del primer párrafo del artículo 1º constitucional, del que señala contiene seis aspectos destacables, que se resumen a continuación:

1. Comparte el cambio en la terminología. No más garantías individuales, sino que ahora se acoge la expresión derechos humanos; se busca homologar el lenguaje del texto constitucional con el de los principales cuerpos normativos de fuente internacional.
2. Además del cambio lingüístico y del cambio teórico jurídico, se sustituye la concepción de que los derechos se otorgan a las personas, sino que se les reconocen por el ordenamiento jurídico.
3. Distingue entre los derechos humanos y sus garantías. Tradicionalmente, tanto a nivel teórico como, sobre todo, en la práctica jurisdiccional, se asoció tan estrechamente a los derechos con sus garantías, que se instituyó como creencia generalizada que en ausencia de las segundas no se contaba con los primeros.
4. Hace explícito que los derechos de los que gozamos las personas no se agotan en los 136 artículos constitucionales, sino que deben completarse con los reconocidos en los tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. En otras palabras, tratándose de

¹⁴ Silva Meza, J. N.: “El impacto...” op. cit.

derechos humanos, nuestro texto constitucional se ha abierto para incluir con idéntica fuerza normativa disposiciones de fuente internacional sobre la materia.

5. Las limitaciones de los derechos no tienen cabida salvo en los casos y bajo las condiciones que nuestro texto constitucional establece.
6. Señalan como titulares de los derechos a las personas, no a los individuos. Sobre el particular, de entrada vale la pena descartar interpretaciones regresivas que cuestionan si el término persona excluye a las jurídicas o morales.

Sin embargo, la reforma en materia de derechos humanos no solo ha recibido halagos, pues en su momento, diversos grupos expresaron su inconformidad y la resistencia a su aprobación. Como ejemplos,¹⁵ podemos citar a la bancada panista en el Senado, que manifestó su inconformidad en relación con el derecho a no ser discriminado por la *preferencia sexual*, por considerar que se pretendía imponer un nuevo *derecho sexual*; considerando una agresión a los valores y creencias de las familias mexicanas; y también hubo oposición a la *apertura al aborto sin importar los meses de gestación*.

Añade Labardini¹⁶ que algunos estados se sumaron a la oposición que generaba la adopción de la multicitada reforma, argumentando que la redacción del nuevo artículo 1°, principalmente en la parte que menciona que *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidas en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte*, hace suponer que cualquier tratado que se refiera a derechos humanos –

¹⁵ Labardini, R.: *op. cit.*, pp. 319-353.

¹⁶ *Idem.*

una vez aprobados-, tendría rango constitucional, sin que pudieran intervenir las legislaturas estatales ni la Cámara de Diputados.

Lo anterior es incorrecto si se toma en cuenta que, para la incorporación de un tratado, se requiere que lo suscriba el Presidente y la aprobación del Senado, cuidando siempre que no sea contrario a la Constitución; además, la materia a la que se circunscribe el contenido de la reforma es solo a cuestiones de derechos humanos y no a cualquier ámbito.

Los derechos humanos son cuestiones superiores a cualquier otro interés particular, por lo que el respeto a dichos derechos no debe afectar a ninguna autoridad.

Por último, cabe resaltar que, para Carbonell,¹⁷ los estados, en materia de derechos fundamentales, tienen las obligaciones generales de respetar, proteger, promover o realizar, de las que a su vez se desprenden las siguientes obligaciones específicas: tutelar sin discriminación los derechos; tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio; establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos y no dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados.

II. Conclusiones

Para algunos, la reforma constitucional no era necesaria, pues los derechos humanos ya se encontraban tutelados en México, incluyendo los que se encontraran en los tratados suscritos y ratificados por nuestro país; pues así lo estipulaba el contenido del artículo 133 constitucional y las interpretaciones realizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que los elevaba a rango constitucional.

¹⁷ Caballero Ochoa, José Luis: op. cit., pp. 103-133.

Pese a lo anterior, la reforma ha venido a reafirmar los derechos humanos inherentes a la persona, reconocidos universalmente en diversas declaraciones adoptadas por la comunidad internacional, además de hacer énfasis en el respeto de dichos derechos, un reconocimiento expreso para que las autoridades no tengan pretextos en cuanto al cumplimiento y una mayor difusión para conocimiento general de los titulares de los derechos.

El avance en materia de derechos humanos, desde la promulgación de la Constitución de 1917, se hace evidente; no solo la labor del legislador originario termina con proclamar el respeto de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, sino que implica garantizar el cumplimiento de esos derechos y proveer los mecanismos para que se cumplan dentro de su orden jurídico nacional, y cuando se logre dicho objetivo, someterse a la jurisdicción imparcial de la comunidad internacional, como ha dispuesto México.

Siguiendo el principio de *lo que abunda no daña*, la evolución y reconocimiento de derechos ha sido positiva, pues ahora existen mecanismos nacionales e incluso supranacionales para garantizar el goce de los derechos humanos reconocidos.

III. Fuentes de consulta

- Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Imprenta Fareso, S. A., Madrid, 1993.
- Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro: *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un Nuevo Paradigma*, Serie: Doctrina Jurídica, número 609, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf> Fecha de consulta: 29 de julio de 2012.

- González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *El Juicio de Amparo. A 160 años de la primera sentencia*. Tomo I. Serie: Doctrina Jurídica, número 621. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, 2011.
- Hernández, Antonio María y Valadés, Diego: *Estudios sobre Federalismo, Justicia, Democracia y Derechos Humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, Serie: Doctrina Jurídica, número 146, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1088/1.pdf, fecha de consulta: 3 de agosto de 2012.
- Labardini, Rodrigo: “Proteo en México. Un nuevo paradigma: Derechos Humanos y Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 133. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/133/el/el11.pdf>, Fecha de consulta: 23 de julio de 2012.
- Silva Meza, Juan N.: “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVIII, 2012, Bogotá, pp. 151-172.* <http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/Impacto%20de%20la%20reforma%20constitucional%20en%20DDHH%20en%20la%20labor%20jurisdiccional%20en%20Mexico.pdf>
- Rabasa, Emilio O.: *El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917*, Serie A: Fuentes, b) Textos y estudios legislativos, Núm. 94, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1996.

* Disponible en

[www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2012/pr/pr10.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2012/pr/pr10.pdf)

Constitucionalidad y Convencionalidad del artículo 478 de la Ley General de Salud

*Gustavo Serrano García**

En nuestro país, derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se ejercía de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal, mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad; aunado a estos medios de control, se adicionó el que realiza el Tribunal Electoral, mediante reforma constitucional de 1 de julio de 2008, en el sexto párrafo del artículo 99 de la Constitución Federal, otorgándole la facultad de no aplicar las leyes sobre la materia contrarias a la Constitución.

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la reforma al artículo 1º de la Constitución Federal para quedar, en sus primeros tres párrafos, como sigue:

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 en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

* Defensor Público Federal.

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 (...)

De este modo, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar, no solo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.

Estos mandatos, contenidos en el nuevo artículo 1º constitucional, deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal, para determinar el marco dentro del que debe realizarse este control de convencionalidad, lo cual claramente será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico.¹

Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en

¹ 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.*

la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas 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 estas normas inferiores, dando preferencia a los contenidos en la Constitución y en los tratados en esta materia.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente varios 912/2010, se pronunció en relación con la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en lo que interesa, determinó que 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, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos, si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1º y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.²

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

- 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;

² Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 14 de julio de 2011, en el expediente varios número 912/2010.

- Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
- 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.

Precisado lo anterior, nos ocuparemos de analizar el primer párrafo del artículo 478 de la Ley General de Salud, que establece una distinción y trato diferente para los farmacodependientes que posean narcóticos en cantidades inferiores a las dosis máximas de consumo personal, estipuladas en las tablas del artículo 479 de la Ley General de Salud, en relación con el lugar de la detención.

El ordinal citado, literalmente establece:

Artículo 478. El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia.

...

En el artículo trascrito, se prevé una causa de exclusión del delito, faculta al Ministerio Público para no ejercer acción penal en contra de un farmacodependiente o consumidor, siempre y cuando concurran las siguientes condiciones:

- a) posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla;
- b) en igual o menor cantidad a la prevista en la misma;
- c) para su estricto consumo personal; y,
- d) que no se posea en lugares tales como centros educativos, asistenciales, policiales o de reclusión, o dentro del espacio comprendido en un radio que diste a menos de trescientos metros de los límites de colindancia del mismo con quienes a ellos acudan.

Lo anterior, porque la posesión de narcóticos por farmacodependientes no puede constituir una acción desmedida, sino que debe sujetarse tanto a la naturaleza de los narcóticos, como a las dosis establecidas en la tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud, al tratarse de un sistema normativo cerrado creado por el legislador federal, que contiene delimitaciones de tipo cuantitativo y cualitativo, que atienden a la libertad del farmacodependiente al no restringirle el consumo de sustancias que requiere por su problema de salud, así como a la protección a la salud de terceros, evitando la posesión indiscriminada de narcóticos. Exclusión del delito que puede ser decretada por el Juez de Distrito en términos de lo dispuesto por el artículo 15, fracción IX, del Código Penal Federal.³

Ahora bien, el artículo 475 de la Ley General de Salud, en su fracción II, prevé:

³ Jurisprudencia 43/2012 (10º) de la Primera Sala. **FARMACODEPENDENCIA. CONSTITUYE UNA CAUSA EXCLUYENTE DEL DELITO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 15, FRACCIÓN IX, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, CONDICIONADA A LA POSESIÓN DE NARCÓTICOS Y EN LAS CANTIDADES ESTABLECIDAS EN LA TABLA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.**

Artículo 475. Se impondrá prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa, a quien sin autorización comercie o suministre, aun gratuitamente, narcóticos previstos en la tabla, en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla.

I...

II. Se cometan en centros educativos, asistenciales, policiales o de reclusión, o dentro del espacio comprendido en un radio que diste a menos de trescientos metros de los límites de la colindancia del mismo con quienes a ellos acudan, o

III. La conducta sea realizada por profesionistas, técnicos, auxiliares o personal relacionado con las disciplinas de la salud en cualesquiera de sus ramas y se valgan de esta situación para cometerlos. En este caso se impondrá, además, suspensión e inhabilitación de derechos o funciones para el ejercicio profesional u oficio hasta por cinco años. En caso de reincidencia podrá imponerse, además, suspensión definitiva para el ejercicio profesional, a juicio de la autoridad judicial.

El artículo trascrito establece una serie de hipótesis que agravan la pena atendiendo al sujeto activo, víctima y lugar de comisión de las conductas de comercio y suministro, el legislador excluye las conductas de posesión previstas en los artículos 476 y 477 de la Ley General de Salud.

La hipótesis relativa al lugar de la comisión de la conducta, que comprende los centros de reclusión en específico, es la causa por la que se impide al juzgador la aplicación de la excluyente del delito en análisis.

En ese contexto, el lugar de la detención se convierte en un elemento diferenciador de trato que resulta eminentemente discriminatorio y violatorio del principio

de igualdad y de no discriminación que consagra el artículo 1º constitucional.

Para mayor comprensión, es importante establecer el marco convencional que se estima vulnerado.

**Convención Americana de los Derechos Humanos
Pacto de San José de Costa Rica.**

Artículo 24. Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Protocolo Adicional a la convención Americana sobre los Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador

Artículo 3. Obligación de no discriminación.

Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La igualdad se configura en nuestra Constitución Federal como uno de los principios estructurales del orden jurídico, en consonancia con esta condición, la Constitución plasma diferentes facetas de la igualdad y se refiere a ella a veces en un plano general y otras, en un ámbito material específico.⁴

Las consideraciones anteriores emitidas por esta Primera Sala, originaron los criterios jurisprudenciales siguientes:

⁴ Criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 988/2004, por unanimidad de cuatro votos, respecto de la interpretación de la garantía de igualdad consagrada por el artículo 1º constitucional (antes de la reforma de junio de 2011)

IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

En relación con las consideraciones expuestas, se aprecia que la intención constitucional es extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios, mencionados en el tercer párrafo del artículo 1°: origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil.

En lo que interesa, en relación con las condiciones de salud, se considera que el artículo 478 de la Ley General de Salud viola el principio constitucional, en virtud de que prevé el no ejercicio de la acción penal en contra de un consumidor o farmacodependiente que posea drogas para su consumo, en cantidades tales que no rebasen los máximos previstos en el artículo 479 del mismo ordenamiento; sin embargo, a una persona con la misma enfermedad, es decir, la necesidad de consumir narcóticos, pero que se encuentre compurgando una pena, o bien sujeto a proceso penal, estipula el ejercicio de la acción penal en su contra, dando un trato desigual a los iguales.

En consecuencia, el lugar de la detención no justifica la diferencia de tratamiento, pues en ambos casos se

habla de personas enfermas, entonces debería aplicarse la excluyente del delito. Luego, el lugar de la detención, constituye una incongruencia del sistema penal, respecto de la conducta de posesión de narcóticos en cantidades que no rebasen la tabla del artículo 479 de la ley General de Salud, cuando los sujetos activos tienen la calidad de fármacodependientes.

En esa tesitura, se considera que se trata de una medida legislativa con un impacto en la dignidad personal del fármacodependiente, pues si bien es obligación del Estado vigilar que no se introduzca droga a los centros de reclusión, ello no debe agravar la conducta de un enfermo que se encuentre sujeto a proceso, o compurgando una pena; empero, es al mismo Estado a quien corresponde brindar atención médica al enfermo que tiene la necesidad de consumir narcóticos, como se establece en los siguientes artículos:

El artículo 199 segundo párrafo, del Código Penal Federal dice:

Artículo 199. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto conozca que una persona relacionada con algún procedimiento por los delitos previstos en los artículos 195 o 195 Bis, es fármacodependiente, deberá informar de inmediato y, en su caso, dar intervención a las autoridades sanitarias competentes, para los efectos del tratamiento que corresponda.

En todo centro de reclusión se prestarán servicios de rehabilitación al fármacodependiente.

Para el otorgamiento de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considerará como antecedente de mala conducta el relativo a la fármacodependencia, pero sí se exigirá, en todo caso, que el sentenciado se

someta al tratamiento médico correspondiente para su rehabilitación, bajo vigilancia de la autoridad ejecutora.

El artículo 481 de la Ley General de Salud, actualmente en vigor, establece en similares términos, lo siguiente:

Artículo 481. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto identifique que una persona relacionada con un procedimiento es farmacodependiente, deberá informar de inmediato y, en su caso, dar intervención a las autoridades sanitarias competentes, para los efectos del tratamiento que corresponda.

En todo centro de reclusión se prestarán servicios de rehabilitación al farmacodependiente.

Para el otorgamiento de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considerará como antecedente de mala conducta el relativo a que se le haya considerado farmacodependiente, pero sí se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento médico correspondiente para su rehabilitación, bajo vigilancia de la autoridad ejecutora.

En conclusión, la referida distinción es inválida porque:

- La diferencia de trato no es congruente con el respeto a la dignidad de todos los seres humanos;
- Existen supuestos de hecho sustancialmente idénticos (posesión de droga para consumo personal) que son abordados de distinta manera;
- La diferenciación carece de justificación objetiva y razonable, al no existir una relación de proporcionalidad ni de instrumentalidad entre

los medios y fines de la norma;

- La distinción parte del lugar en que tenga verificativo la detención; y,
- Muestra una política pública deliberada de trato desigual.

Por las razones expuestas, se puntualiza que el artículo 478 de la Ley General de Salud resulta contrario a lo establecido en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos *Pacto de San José de Costa Rica*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el jueves 7 de mayo de 1981; así como el *Protocolo de San Salvador*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el martes 1 de septiembre de 1998 y, del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el martes 12 de mayo de 1981.

Por ende, no es posible sustentar constitucional y convencionalmente un trato desigual respecto de farmacodependientes en reclusión, es decir, que no obstante su calidad de enfermos, son criminalizados por poseer drogas en cantidades inferiores a las previstas en las tablas del artículo 479 de la Ley General de Salud, haciendo el lugar de la detención el trato diferenciado.

Ahora bien, se puede solicitar al Juez de Distrito que ejerza la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º, en donde se encuentra obligado a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior –artículo 478 de la Ley General de Salud–.

Lo anterior porque 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 estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.*

Estos mandatos contenidos en el nuevo artículo 1º constitucional, deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal, para determinar el marco dentro del que debe realizarse este control de convencionalidad, lo cual, claramente, será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico.

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, en los artículos 1º y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.

Lo anterior 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.

En esa tesitura, la determinación de inaplicación de una norma inferior contraria a la Constitución y a los Tratados Internacionales –control *ex difuso*– en el proceso penal federal, puede ser ejercida por el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito.

Por último, la porción del artículo 478 de la Ley General de Salud, contraria al derecho humano de dignidad y no discriminación protegido por la propia Constitución y diversos Tratados Internacionales, se puede someter a la jurisdicción del Tribunal Colegiado de Circuito –Juicio de Amparo Directo– con la finalidad de que emita la declaración de invalidez en términos del artículo 103 de nuestra Carta Magna.

Fuentes consultadas

Tratados

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominado *Pacto de San José Costa Rica*.
- Protocolo Adicional a la convención Americana sobre los Derechos Humanos, *Protocolo de San Salvador*.

Legislación secundaria

- Código Penal Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.

Jurisprudencia

- Jurisprudencia 43/2012 (10°) de la Primera Sala. **FARMACODEPENDENCIA. CONSTITUYE UNA CAUSA EXCLUYENTE DEL DELITO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 15, FRACCIÓN IX, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, CONDICIONADA A LA POSESIÓN DE NARCÓTICOS Y EN LAS CANTIDADES ESTABLECIDAS EN LA TABLA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.**
- Jurisprudencia número 1a./J. 120/2008 de la Primera Sala. **IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO**

**DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS
(INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º. DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS)** Antes de la reforma de
junio de dos mil once.

- Jurisprudencia número: 1a./J. 174/2005 de la
Primera Sala. **IGUALDAD. CRITERIOS PARA
DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA
ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.**

El error interpretativo de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados por los juzgadores federales en México

*Jesús Felipe Solís Domínguez**

RESUMEN: En el presente artículo se explica el error de interpretación de la Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, por parte de los juzgadores federales en México, como garantes de los derechos fundamentales de la población condenada, ya que los juzgados de Distrito están resolviendo los incidentes no especificados de libertad anticipada, en las modalidades de libertad preparatoria, tratamiento preliberacional y remisión parcial de la pena, cumpliendo cabalmente con las disposiciones en materia de ejecución de sentencia que fueron hechas, mediante los Acuerdos Generales 22/2011 y 23/2011, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, pero aplicando inexactamente la ley, convirtiéndose en juzgadores legalistas y no derecho-humanistas, olvidando que sobre ellos recae la obligación de vigilar las garantías del condenado con pleno respeto de los derechos humanos, con la obligación que tienen de lograr mejores alternativas jurídicas para la comunidad penitenciaria y seguir contribuyendo en la lucha en contra del hacinamiento y a favor

* Oficial Administrativo.

de una nueva cultura sobre la rehabilitación penitenciaria y la readaptación social y no ser indiferentes en la vulneración constante a los derechos de los condenados donde la sociedad y el Estado se han quedado paralizados; siendo importante recordar que el individuo privado de su libertad no deja sus derechos fundamentales en la puerta del establecimiento carcelario, sino que, al contrario, por ser inherentes a su persona, se encuentran presentes en todo momento, en el entendido de que el condenado no pierde su condición de ser humano cuando ingresa a un centro de reclusión, por lo que el rol que deben cumplir los juzgadores federales para mitigar la crisis en el sistema carcelario y penitenciario, es aplicar los diferentes principios de interpretación de los derechos humanos, ante una ley contradictoria y confusa, en la que prevalezca la potestad jurisdiccional en beneficio del condenado y en contra de una política criminal de Estado.

SUMARIO: I. Introducción. II. Delimitación del tema. III. Conceptos. IV. Planteamiento del problema. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

De conformidad con la reforma constitucional en el ámbito de justicia penal, el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, para cumplir cabalmente con las disposiciones en materia de ejecución de sentencias que fueron hechas, mediante los Acuerdos Generales 22/2011 y 23/2011, determinó la creación y delimitación de los Juzgados de Distritos Especializados en Ejecución de Penas, juzgados que solo conocerán de los asuntos que, a partir del inicio

de sus funciones, requieran la participación jurisdiccional en esta materia y en su ámbito de jurisdicción, señalando además, que no se recibirán del Ejecutivo los expedientes que ya se encuentren en trámite respecto de alguna incidencia vinculada con la etapa de ejecución, excepto que en ese caso, requieran intervención judicial y que los Juzgados de Distrito seguirán conociendo, hasta su total resolución, de los asuntos que sobre ejecución de penas ya son de su conocimiento. Es por ello que, en acatamiento a los citados acuerdos, los Juzgados de Distrito están resolviendo las solicitudes planteadas de libertad anticipada, en las modalidades de libertad preparatoria, tratamiento preliberacional y remisión parcial de la pena, aplicando inexactamente la Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, en lo referente a su artículo 16, párrafo segundo, respecto a que la remisión parcial de la pena funcionará independientemente de la libertad preparatoria y para ese efecto, el cómputo de plazos se hará en el orden que beneficie al reo; argumentando los juzgadores federales, con base en sus razonamientos lógico-jurídicos y aplicando tradicionales métodos de interpretación, resolviendo que los beneficios de libertad anticipada y de remisión parcial de la pena son excluyentes, esto en perjuicio del sentenciado, alejándose del sentido, alcance y fines de todas las normas que incorporan y reconocen derechos humanos, mismas que son parte de nuestro orden jurídico nacional, por lo que el juzgador federal deberá aplicar los diferentes principios de interpretación de los derechos humanos, como lo es el principio *pro homine* o principio *pro persona*.

II. Delimitación del tema

Los juzgadores federales del Decimoséptimo Circuito, con residencia en Ciudad Juárez, Chihuahua.

III. Conceptos

Es ineludible precisar algunos conceptos jurídicos, mismos que son necesarios para el entendimiento y desarrollo del presente artículo y que se requiere definirlos para comprender el tema que se aborda, dichos conceptos son tomados del *Diccionario Jurídico Mexicano*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

a. Readaptación social

I. Del latín “re”, preposición inseparable que denomina reintegración o repetición, y “adaptación”, acción y efecto de adaptar o adaptarse. Adaptar es acomodar, ajusta una cosa a otra; dicho de personas, significa acomodarse, avenirse a circunstancias, condiciones, etc. II. Readaptarse socialmente significa volver a ser apto para vivir en sociedad al sujeto que se desadaptó y que, por esta razón, violo la ley penal, convirtiéndose en delincuente.

La readaptación social implica entonces hacer al sujeto apto para lograr vivir en sociedad sin entrar en conflicto con ella. La readaptación social se intenta por medio de la capacitación laboral y cultural del individuo, al adaptarlo para su normal desarrollo. Además, se pone en acción todo el recurso terapéutico, que interpreta a la persona como una entidad biopsicosocial.¹

b. Remisión parcial de la pena

I. Remisión es la acción y efecto de remitir o remitirse. Remitir, del latín “remittere”, significa perdonar, alzar la pena, eximir o libertar de una obligación. Significa también dejar, diferir o suspender; ceder o perder una cosa parte de su intensidad.²

¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa, p. 3153.

² *Ibidem*, p. 3295.

Podremos diferenciar tres sistemas de remisión de pena: el automático, el condicionado y el científico. En el sistema condicionado, que es el aplicable para nuestro país, no es suficiente el trabajo o la asistencia de las actividades educativas, o la mera buena conducta, pues todo ello cuenta siempre y cuando exista una efectiva adaptación social.

c. Libertad preparatoria

I. Es la que se otorga a los sentenciados que hubiesen compurgado la mayor parte de las penas privativas de la libertad que se les hubiesen impuesto, si demuestran que por su conducta en las instituciones penitenciarias y por los avances en los tratamientos de readaptación social, se encuentran en condiciones de no volver a delinquir.³

IV. Planeamiento del problema

La estricta legalidad que impera en materia penal, no implica la imposibilidad de interpretar las leyes penales, pues la interpretación jurídica no es sino la búsqueda del sentido que se halla en la norma jurídica cuando esta es confusa, su único fin es aclarar y no ir más allá hacia el pensamiento de los creadores de la ley.

Los tipos de interpretación jurídica que aplican los juzgadores federales, para el tema que nos ocupa, sin pasar desapercibido algún otro, y con la judicialización de la ejecución de las penas, a partir de la entrada en vigor de los acuerdos 22/2011 y 23/2011, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, se clasifican en judicial, gramatical y sistemática entre otras; el maestro Raúl Carrancá y Rivas, en su obra *Introducción al*

³ *Ibidem*, p. 2396.

Estudio del Derecho, define a la interpretación judicial aquella realizada por los jueces federales al aplicar la ley al caso concreto dentro de sus facultades arbitrales; la interpretación grammatical, filológica o literal, consistente en esclarecer la norma, según el sentido estrictamente literal de la disposición; la interpretación sistemática implica conocer y comprender todo el cuerpo legal al que pertenece la norma; para no considerarla aisladamente, deben tomarse en cuenta las doctrinas, escuelas y corrientes que ejercieron influencia en la norma y la orientación jurídica del Estado; además de estos tipos de interpretación, es claro que los operadores jurídicos federales deben ampliar su perspectiva de análisis y adoptar las reglas interpretativas que se aplican y han ido construyendo de manera específica para los derechos fundamentales.

El Derecho es una parte integrante de la cultura y ha de ser interpretado de forma que pueda cumplir con las tareas éticas, sociales y económicas de nuestro tiempo. El intérprete no podrá utilizar como pauta cualquier concepción ética, jurídica, o política, que sea sustentada en el momento actual o en el medio que lo rodea, sino solo aquellas que sean dominantes en nuestra sociedad y, en particular, las que estén de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del *respeto a los derechos humanos*, el trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte, que serán medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad, procurando que no vuelva a delinuir (artículo 18 constitucional); por otra parte, la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial (artículo 21 constitucional), así como también todas las autoridades, en el ámbito de

sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (artículo 1º constitucional).

La Ley de Normas Mínimas de Readaptación Social de Sentenciados, en su artículo 16, respecto a la remisión parcial de la pena, establece:

Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos efectiva readaptación social. Esta última será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación en actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado.

La remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria. Para este efecto, el cómputo de plazos se hará en el orden que beneficie al reo. El Ejecutivo regulará el sistema de cómputos para la aplicación de este precepto, que en ningún caso quedará sujeto a normas reglamentarias de los establecimientos de reclusión o a disposiciones de las autoridades encargadas de la custodia y de la readaptación social.

El otorgamiento de la remisión se condicionará, además de lo previsto en el primer párrafo de este artículo, a que el reo repare los daños y perjuicios

causados o garantice su reparación, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirla desde luego.

Al disponer la remisión, la autoridad que la conceda establecerá las condiciones que deba observar el reo, conforme a lo estipulado en los incisos a) a d) de la segunda parte del artículo 84 del Código Penal.

La autoridad, al conceder la remisión parcial de la pena, establecerá las condiciones que deba cumplir el sentenciado, conforme a lo establecido en la fracción III y los incisos a) a d) del artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

La remisión parcial de la pena no se concederá a los sentenciados que se encuentren en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo 85 del citado Código Penal.

La autoridad podrá revocar la remisión parcial de la pena, conforme a lo dispuesto por el artículo 86 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal...

Por otra parte, el Capítulo III, de la Libertad Preparatoria y Retención, en el artículo 84, del Código Penal Federal establece:

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.

Llenados los requisitos anteriores, la autoridad competente tendrá un plazo no mayor a 30 días hábiles para conceder la libertad preparatoria o, en su caso, informar al interesado el resultado de su trámite; dicha libertad preparatoria estará sujeta a las siguientes condiciones:

a).- Residir o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio. La designación del lugar de residencia se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda proporcionarse trabajo en el lugar que se fije, con el hecho de que su permanencia en él no sea un obstáculo para su enmienda;

b).- Desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia;

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 se le dicten y 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...

Asimismo el ordenamiento legal citado establece los supuestos legales en los que no se concederá la libertad

preparatoria, según lo dispone el artículo 85, del Código Penal Federal, que reza:

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:

a) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero;
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;

c) Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistir lo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 203 y 203 bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo,

previsto en el artículo 204; Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;

d) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis;

e) Homicidio, previsto en los artículos 315, 315 Bis y 320; y feminicidio previsto en el artículo 325;

f) Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

g) Comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368 ter;

h) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis;

i) Robo, previsto en los artículos 371, último párrafo; 372; 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV; y 381 Bis;

jj) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis;

k) Los previstos y sancionados en los artículos 112 Bis, 112 Ter, 112 Quáter y 112 Quintus de la Ley de Instituciones de Crédito, cuando quien lo cometa forme parte de una asociación, banda o pandilla en los términos del artículo 164, o 164 Bis, o

l) Los previstos y sancionados en los artículos 432, 433, 434 y 435 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando quien lo cometa forme parte de una asociación, banda o pandilla en los términos del artículo 164 o 164 Bis.

II. Delitos en Materia de Trata de Personas contenidos en el Título Segundo de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos;

III. Los que incurran en segunda reincidencia de delito doloso o sean considerados delincuentes habituales.

IV. Los sentenciados por las conductas previstas en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción

XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, salvo las previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18.

Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo de este Código, la libertad preparatoria solo se concederá cuando se satisfaga la reparación del daño a que se refiere la fracción III del artículo 30 o se otorgue caución que la garantice...

Además, el mismo cuerpo legal, estipula cuándo será revocada la libertad preparatoria concedida y a disposición de qué autoridad se encuentran los sentenciados.

Artículo 86.- La autoridad competente revocará la libertad preparatoria cuando:

I. El liberado incumpla injustificadamente con las condiciones impuestas para otorgarle el beneficio. La autoridad podrá, en caso de un primer incumplimiento, amonestar al sentenciado y apercibirla de revocar el beneficio en caso de un segundo incumplimiento.

Cuando el liberado infrinja medidas que establezcan presentaciones frecuentes para tratamiento, la revocación solo procederá al tercer incumplimiento, o

II. El liberado sea condenado por nuevo delito doloso, mediante sentencia ejecutoriada, en cuyo caso la revocación operará de oficio. Si el nuevo delito fuere culposo, la autoridad podrá, motivadamente y según la gravedad del hecho, revocar o mantener la libertad preparatoria.

El condenado cuya libertad preparatoria sea revocada deberá cumplir el resto de la pena en prisión, para lo cual la autoridad considerará el tiempo de cumplimiento en libertad. Los hechos que originen los nuevos procesos a que se refiere la fracción II de este artículo interrumpen los plazos para extinguir la sanción.

Artículo 87.- Los sentenciados que disfruten de libertad preparatoria, concedida por la autoridad judicial, quedarán bajo el cuidado y vigilancia del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, de la Secretaría de Seguridad Pública y de aquellas autoridades que participen en la fase de ejecución de sentencias, con el auxilio de la Policía Federal Preventiva.

De los artículos transcritos se desprende que los sentenciados pueden optar por promover o solicitar, ante los órganos jurisdiccionales federales que conocieron de su proceso, las solicitudes de tratamiento preliberacional, libertad preparatoria y remisión parcial de la pena, de conformidad con el artículo 21 constitucional y con los acuerdos 22/2011 y 23/2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, así como también podrán tramitar sus solicitudes ante el Poder Ejecutivo, a través del Comisionado del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, con sede en México, Distrito Federal.

En este orden de ideas, a los sentenciados les asisten derechos para obtener su libertad anticipada, mismos que están establecidos en la Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados y en el Código Penal Federal, y que para ejercerlos válidamente ante el órgano decisor que tiene la obligación de velar por sus derechos y garantías, es ante quien se promueven los beneficios de libertad preparatoria, de remisión parcial de la pena y de tratamiento preliberacional, beneficios que son independientes unos de otros, no excluyentes por sí mismos y que sí pueden ser el medio para alcanzar la libertad uno a través del otro, como derecho humano establecido en nuestra Carta Magna y en los tratados internacionales de los que México es parte,

sin que ninguna autoridad deba o pueda coartarles ese derecho humano tan preciado si se reúnen los requisitos establecidos por la ley, como lo son 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; que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia; que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; 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, y para la concesión de la remisión parcial de la pena será que por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos, efectiva readaptación social.

Por otra parte, los órganos jurisdiccionales del Decimoséptimo Circuito, al aplicar las normas antes citadas al caso concreto, y una vez verificado que el promovente solicita de manera conjunta los beneficios de libertad preparatoria y de remisión parcial de la pena, cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos mencionados, al dictar sus resoluciones incidentales, excluyen los beneficios de libertad preparatoria y de remisión parcial de la pena, argumentando que un beneficio no puede ser el medio para alcanzar el otro, realizando una interpretación literal del segundo párrafo del artículo 16, de la Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social Sobre Sentenciados, párrafo segundo, que establece que la remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria, pasando desapercibido que el cómputo de plazos se hará en el orden que beneficie al reo.

El operador jurídico debe ampliar su perspectiva de análisis y adoptar las reglas interpretativas que se aplican y han ido construyendo de manera específica para los derechos fundamentales. Esa creciente necesidad de dar plena vigencia o de maximizar y optimizar a los derechos humanos, ha visto surgir, entre otros, el principio de interpretación de los derechos humanos, o mejor conocido como principio *pro homine* o principio *pro persona*.

El principio *pro homine*, o principio *pro persona*, tiene como fin acudir a la norma más protectora y a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta, al reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma o interpretación más restringida al establecer limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos humanos.

Este principio, que tiene esencialmente su origen en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, ha sido definido 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.⁴

La aplicación del sistema normativo de los derechos humanos por los jueces nacionales constituye un aspecto medular para garantizar el respeto y la vigencia de los derechos humanos en toda circunstancia, el intérprete jurídico para el tema que nos ocupa, se encuentra frente

⁴ Cfr. Pinto, M.: *El Principio...* op. cit., p. 163.

a una norma jurídica, que debe ser interpretada a la luz de los derechos humanos, respecto a la cual se deben hacer varias interpretaciones, o bien, con una pluralidad de significados, contenidos y alcances, pero siempre en el orden que beneficie al reo.

La preferencia interpretativa conlleva dar a una norma jurídica cierto contenido de derechos humanos, es decir, llevarlos a su más amplia interpretación para que estos se ejerzan, o bien, el mínimo alcance interpretativo posible si se trata de limitar o suspender su ejercicio, sin dejar fuera los matices que entre ambos extremos se pueden presentar, por lo que ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor y más amplia protección de los derechos fundamentales, descartando así las que limiten o restrinjan su ejercicio.

La Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, en su artículo 16, es clara al mencionar que *la remisión parcial de la pena funcionará independientemente de la libertad preparatoria*, por lo que el sentenciado, en el ejercicio de su derecho preliberacional, podrá solicitar tanto el tratamiento preliberacional, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena, beneficios que no deben tener lugar a duda respecto a que son tres a los que pueden acceder los sentenciados, promoviendo el incidente respectivo ante la autoridad jurisdiccional federal competente o ante el Poder Ejecutivo; la confusión estriba en que los beneficios de remisión parcial de la pena y libertad preparatoria son independientes uno del otro, y estos beneficios, al interpretarse de manera literal por parte de los juzgadores federales, los excluyen, coartando o restringiendo su derecho humano a la libertad, derecho que se han ganado, porque como ya comentamos, han cumplido con todos y

cada uno de los requisitos legales, por lo que el criterio jurídico interpretativo de los juzgadores federales es contrario a los derechos humanos de los incidentistas, por lo que el operador jurídico debe ampliar su perspectiva de análisis y adoptar las reglas interpretativas que se aplican y han ido construyendo de manera específica para los derechos fundamentales.

No obstante que la Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados se presta a confusión, respecto a que dicho beneficio funcionará independientemente de la libertad preparatoria, y los jueces federales argumentan que dichos beneficios son excluyentes y que uno no puede ser el medio para alcanzar el otro, ya que la remisión parcial de la pena tiene como fin que al sentenciado, por el trabajo penitenciario desempeñado, por cada dos días de trabajo se le descuento uno de prisión, al realizar el computo respectivo de reducción de la pena, el incidentista debe compurgar la totalidad de la pena de prisión impuesta, argumentación que escapa de toda lógica jurídica y matemática, ya que los promoventes, de ninguna manera, al concedérseles el beneficio de remisión parcial de la pena, compurgarán la totalidad de la pena, ya que solo lograrían una reducción de su pena, situación que en la especie no ocurre, ya que los jueces de Distrito niegan el beneficio citado, argumentando que, al declararse procedente y fundada la remisión parcial de la pena, no compurgarían la totalidad de la pena impuesta, por lo que determinan negar su concesión; situación perjudicial para el sentenciado, en virtud de que el trabajo penitenciario es interrumpido durante el tiempo de permanencia en prisión, debido a que son cientos o miles de internos que desean participar en actividades laborales y que por esa razón, se les impide realizar de manera continuada

e ininterrumpida el trabajo penitenciario, además que al percatarse de la negativa de los juzgadores federales para declarar procedentes y fundadas sus peticiones de remisión parcial de la pena, como medio para obtener la libertad preparatoria, no encuentran motivo alguno para seguir laborando dentro de los centros de reclusión, ya que en nada les beneficiaría, fomentado, en todo caso, una actitud pasiva y conformista para realizar cualquier tipo de actividad laboral.

En razón de lo anterior, la única opción jurídicamente viable para el sentenciado es promover el beneficio de libertad preparatoria que establece el artículo 84 del Código Penal Federal, cuando la persona haya compurgado las tres quintas partes de su condena, cumpliendo, claro está, con todos y cada uno de los requisitos y condiciones estipulados en la ley. Es por ello que los operadores jurídicos, y en especial los encargados de procurar y administrar justicia en todos los ámbitos, deben conocer el texto, sentido, alcance y fines de todas las normas que incorporan y reconocen derechos humanos, porque la aplicación interpretativa correcta es que los beneficios de libertad preparatoria y de remisión parcial de la pena, se concedan y se apliquen en el orden que beneficie al reo, de manera independiente y no excluyente, ya que la aplicación del sistema normativo de los derechos humanos por los jueces nacionales, constituye un aspecto medular para garantizar el respeto y la vigencia de los derechos humanos en toda circunstancia, por lo que ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor y más amplia protección de los derechos fundamentales, descartando así los que limiten o restrinjan su ejercicio; es por ello que los juzgadores federales del Decimoséptimo Circuito, en mi opinión, transgreden los derechos humanos al excluir

los beneficios de libertad preparatoria y de remisión parcial de la pena, debiendo, en todo caso, combinar los citados beneficios en la misma resolución incidental, o bien otorgarlos en resoluciones incidentales separadas, esto es, que el incidentista, al promover la remisión parcial de la pena y lograr que se declare procedente y fundada, obtendría una reducción en meses y días o tal vez en años, que le alcanzarán de manera suficiente para obtener las tres quintas partes de la pena, por lo que el juez de la causa deberá entrar de inmediato al estudio de la libertad preparatoria en la misma resolución incidental o dejar a salvo el derecho del incidentista para que este lo solicite en un incidente diverso y así obtener su excarcelación, ya que de los estudios, constancias, informes y acta del Consejo Técnico Interdisciplinario, el juez federal advierte que se encuentra apto para incorporarse a la sociedad.

Para sustentar o comprender un poco más la idea respecto a la correcta interpretación que deberían hacer los juzgadores federales del Decimoséptimo Circuito, respecto al cómputo de la remisión parcial de la pena, en el orden que beneficie al reo, analizaremos algunas legislaciones locales de los estados de Chihuahua, Durango, Jalisco, Oaxaca y Estado de México, por lo que me permito transcribir algunos artículos.

En el Estado de Chihuahua, la Ley de Ejecución de Penas y Medidas Judiciales en su artículo 76, (en lo que importa) estipula:

La remisión parcial de la pena es un beneficio otorgado por la autoridad judicial ejecutora, y consistirá en que por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión...

Los días laborados que se computen para este beneficio no podrán ser acumulados para el porcentaje que se exige en los demás beneficios...

Continuando con el análisis comparativo de las legislaciones locales, tenemos que la Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Estado de Durango, en su artículo 79, establece (en lo que importa) lo siguiente:

La remisión parcial de la pena es un beneficio otorgado por la autoridad judicial ejecutora, y consistirá en que por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión...

Los días laborados que se computen para este beneficio podrán ser acumulados para el porcentaje que se exige en los demás beneficios...

La Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Jalisco, en sus artículos 74 y 75, (en lo que importa) reza lo siguiente:

En concordancia con el artículo 35 de esta ley, por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el interno observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele, por otros datos, efectiva readaptación social. Este último criterio será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación en actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado.

La remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria, cuyos plazos se regirán de conformidad con los artículos correspondientes de esta ley y del Código Penal del Estado de Jalisco.

Artículo 75. Bajo ningún concepto la remisión parcial de la pena se entenderá como mero cómputo aritmético. Será siempre basada en los lineamientos establecidos

en el artículo 74 de esta ley, especialmente en la reestructuración de la personalidad del interno.

La Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Medidas Restrictivas de Libertad para el Estado de Oaxaca, en sus artículos 90 y 92, dice:

Artículo 90.- Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos su efectiva readaptación social. Esta última será, en todo caso, el factor determinante y la condición inexcusable para la concesión de la remisión parcial de la pena...

Artículo 92.- La remisión de la pena se entiende sin perjuicio del derecho a la libertad preparatoria cuando procediere, por lo que para computar el plazo para el ejercicio de esta última, se deducirá el tiempo redimido.

Por último, la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de México, en sus artículos 100 y 103, establece:

Artículo 100.- Por cada dos días de trabajo del interno se hará remisión de uno de prisión, siempre que observe buena conducta, practique regularmente en las actividades educativas, recreativas y deportivas que se organicen en el establecimiento, y que a juicio del Consejo Técnico Interdisciplinario, revele por otros datos, efectiva resocialización. Este último criterio será en todo caso factor determinante para la concesión o negación de la remisión parcial de la pena.

A los internos que por falta de ocupación laboral asistan regularmente a la escuela, les serán tomadas en cuenta dichas actividades para el efecto de la remisión parcial de la pena y cualquier otra medida alternativa útil tendiente a su reincorporación social.

La remisión parcial de la pena no se concederá en los casos de internos a disposición del Ejecutivo del Estado, que hayan sido sentenciados por los delitos de secuestro, homicidio calificado, violación y robo con violencia de acuerdo a las agravantes que establece el artículo 290 del Código Penal del Estado de México.
Artículo 103.- La remisión de la pena se concederá sin perjuicio de cualquier otro beneficio concedido por esta Ley a los internos.

Respecto a la Ley de Ejecución de Penas y Medidas Judiciales del Estado de Chihuahua, no tenemos lugar a duda o a confusión respecto de que si los beneficios de libertad preparatoria y remisión parcial de la pena son excluyentes o no, o si un beneficio puede ser el medio para alcanzar el otro, ya que es muy clara y precisa en decir que los días laborados que se computen para este beneficio no podrán ser acumulados para el porcentaje que se exige en los demás beneficios, situación que, respecto de la Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, no ocurre.

Asimismo, en las diversas disposiciones normativas aplicables para cada una de las entidades federativas de que se trata, nos percatamos de la finalidad primordial que persigue el beneficio de la remisión parcial de la pena, que es la libertad del sentenciado, sin ser impedimento para la obtención de algún otro beneficio contemplado por las mismas legislaciones locales, como lo es la libertad preparatoria, debiendo aplicarse de manera combinada y no excluyente, siempre en beneficio del reo, situación que en la Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, aplicada por los juzgadores federales del Decimoséptimo Circuito no acontece, ya que aplican de manera inexacta la ley, en perjuicio y no en beneficio del reo, por lo que los operadores jurídicos deben

interpretar las normas legales que favorecen la libertad de un detenido, buscando un preferente ejercicio de los derechos, en el sentido del que más asegure su tutela, es decir, en el sentido de asegurar en el mayor número de supuestos la libertad de la persona, cumpliendo así con el principio de *favor libertatis*.

V. Conclusiones

Atendiendo a nuestra Carta Magna, en su artículo 18, establece claramente que 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; así mismo, el artículo 21 constitucional establece que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial; por último, el artículo 1º, del mismo cuerpo legal, determina y obliga a que 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.

Es por ello que encontramos un doble aspecto en la noción del juez, como órgano con funciones de jurisdicción ordinarias y como autoridad con funciones de jurisdicción constitucionales, como protector de los derechos humanos y de las garantías de los sentenciados, por lo que los condenados no deben verse como objeto de una política

criminal de Estado, ni como sujetos que nunca tendrán la oportunidad de ser reincorporados a la sociedad; por el contrario, nunca les puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria y tener latente la esperanza de que algún día puedan recobrar su libertad, razón por la cual los juegadores federales deberán fundar y motivar sus resoluciones aplicando y haciendo valer los derechos humanos de los sentenciados, dando una respuesta constitucional, al mundo jurídico internacional, de que las cosas en nuestro país se están haciendo bien y de que estamos buscando un sendero de justicia eficaz y moderna, la que los tiempos y las sociedades actuales exigen.

Los problemas que enfrentan las leyes penales van cambiando conforme la sociedad evoluciona, existen delitos más complejos y respuestas poco efectivas, que dan lugar a la necesidad de reformar las leyes, por lo que es necesaria mayor definición y precisión legislativa, para alcanzar niveles satisfactorios de prevención y tratamiento al delincuente, propiciar el logro de una correcta educación y rehabilitación de las personas que han delinquido, con el principio de respeto a la dignidad humana y sobre la base de una transparente justicia revolucionaria.

Las sociedades modernas exigen que las autoridades cumplan con la función de prevención, rehabilitación y reinserción de los internos, por lo que los jueces federales deberán aportar también alternativas jurídicas para la comunidad y seguir contribuyendo con la lucha en contra del hacinamiento y a favor de una nueva cultura sobre la rehabilitación penitenciaria y la readaptación social, logrando el fortalecimiento y la credibilidad de nuestras instituciones, por esa razón se ha depositado la confianza en el Poder Judicial de la Federación, como especialista en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal, en

el que recae el cumplimiento de la pena y la obligación de asegurar los derechos humanos a través de una vía exclusivamente judicial.

VI. Bibliografía

- Acuerdos 22/2011 y 23/2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código Penal Federal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa.
- Ley de Ejecución de Penas y Medidas Judiciales del Estado de Chihuahua.
- Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Estado de Durango.
- Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Jalisco.
- Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Medidas Restrictivas de Libertad para el Estado de Oaxaca.
- Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de México.
- Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de mayo de 1971.
- 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.

La defensa pública en el sistema acusatorio

*Delfino Arturo Velázquez Falcón**

RESUMEN: El 18 de junio de 2008 se publicó 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, que establecen los principios del sistema acusatorio en el Derecho Procesal Penal Mexicano, lo que implica una capacitación de los actores procesales, y la indispensable participación del Instituto Federal de Defensoría Pública en el tránsito hacia este sistema. Para el desarrollo de la exposición se hacen algunas reflexiones; la primera de ellas trata lo relacionado a la actitud del defensor público frente a los cambios que se avecinan, quien deberá estar consciente de lo que representa el cambio de paradigma y la nueva forma de ver el proceso penal. Posteriormente, se hace un primer acercamiento sobre las cualidades que debe reunir un defensor en este sistema, haciendo hincapié en el error de preparar una defensa solo en las dotes de oratoria olvidando el trabajo previo a cada audiencia. Por último, se hacen algunas consideraciones sobre las

* Defensor Público Federal.

cualidades morales de un defensor, su trabajo con los testigos y sobre la necesidad de contar con un cuerpo de peritos que apoyen su trabajo relacionado con su teoría del caso.

SUMARIO: Introducción. I. Un cambio de paradigma. II. Características del defensor. III. La planeación antes que la oratoria. IV. Honestidad procesal. V. Sobre la preparación de testigos. VI. Del cuerpo de peritos.

Introducción

La implementación del sistema acusatorio en el proceso penal mexicano implica un cambio en el sistema de trabajo del Instituto Federal de Defensoría Pública, así como de sus defensores públicos.

¿En qué consistirán esos cambios? ¿Qué cualidades debe reunir un defensor público al litigar en el nuevo sistema acusatorio? ¿Cuáles serán las exigencias para el defensor público inmerso en este sistema?

Inicio estas palabras bajo la advertencia de que esta exposición carece de citas de teóricos del derecho procesal penal, toda vez que no cuento con amplia experiencia en litigios en el sistema acusatorio; de hecho, mi experiencia en este tipo de juicios es nula. Tan solo puedo utilizar el Diplomado en Litigación en el Proceso Penal impartido en el año 2011 por la Universidad Alberto Hurtado de Chile, patrocinado por el Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, así como el diverso organizado por el Instituto de la Judicatura Federal del mismo año e impartido por medio de videoconferencia. No obstante, estoy convencido, al igual que todos mis compañeros defensores públicos, de que algo podemos aportar para dirigir el camino de la institución en el arduo trabajo de hacer más eficiente la defensa penal pública en nuestro país.

I. Un cambio de paradigma

La implementación del sistema acusatorio en los juicios penales federales implica un cambio de paradigma en relación con las formas utilizadas hasta ahora en la práctica forense, no es un simple trueque de nomenclatura de las instituciones existentes. Es un error pensar que el auto de formal prisión se convierte, de la noche a la mañana, en un auto de vinculación a proceso, o que la etapa de investigación es lo mismo que una averiguación previa, con la única distinción de que en el sistema acusatorio tal etapa estaría a cargo del juez de control, quien desplazaría al Ministerio Público en la integración de la acusación.

Es necesario que los profesionales que quieran participar en el nuevo sistema se despojen de todo el bagaje jurídico obtenido relacionado con la práctica forense, así como del uso de las prácticas cotidianas y comenzar de cero, comprender con humildad que la esencia del sistema acusatorio es distinta y que los roles a desempeñar –juez, Ministerio Público y defensa– serán modificados sustancialmente.

A diferencia del sistema anglosajón, en donde se considera al juez como un director de proceso penal, amo del procedimiento por ser él quien conoce del Derecho, el sistema procesal penal que se pretende adoptar en nuestro país no puede concebir a un juez con esas características debido, principalmente, al hecho de que en el sistema norteamericano el juzgador no emite veredicto alguno, pues quien lo hace es el jurado, de tal manera que la función jurisdiccional se erige en una especie de árbitro o réferi que trata de evitar que el jurado vicie su decisión tomando en consideración aspectos no permitidos por la ley, como puede ser el uso de la prueba ilícita de alguna de las partes para soportar sus posiciones.

En el sistema a implementar, el juzgador carecerá de facultades de dirección sobre las pruebas ofertadas por las partes, así como de los aspectos importantes relacionados con la litis procesal, y limitarse a ser un espectador de los escenarios que las partes contendientes le presenten, pues la naturaleza del sistema acusatorio deposita en los litigantes la fuerza motora del proceso, mediante el control horizontal de la información que se ingresa al juicio.¹

La defensa y el Ministerio Público tendrán una participación preponderante en el curso del proceso acusatorio, en la medida en que el juez limite su actuación; tal limitación podrá tener tres vertientes:

- a) El juez se autolimita, lo cual acontecerá siempre y cuando el juzgador comprenda la esencia del sistema acusatorio, y en la que, sin afanes protagónicos, acepte su nuevo papel dentro del sistema; ello implica ser valiente a la hora de tomar sus determinaciones, a sabiendas de que la decisión tomada pudiera haber estado influida por la deficiencia del trabajo realizado por los litigantes.
- b) Podría también ser obligado por la ley; sin embargo, no soy partidario de esta solución, ya que una reglamentación excesiva perjudica la sencillez del sistema en que se finca, creo que es ineludible la honestidad de las partes y la libertad que debe tener el juez de resolver en conciencia la litis planteada en el juicio.
- c) En el último de los supuestos, las partes deberán ser quienes exijan al juez esa postura a lo largo del proceso, evitando que el juzgador aproveche

¹ Moreno Holman, Leonardo: *Teoría del caso*, Edit. Didot, 2^a edición, Buenos Aires, 2012, pp. 21.

los espacios que dejen los litigantes y que le permitan actuar de una forma distinta a la de un mero espectador de las tesis (teorías del caso) sustentadas por los contendientes.

Hasta ahora, las partes llegan a comportarse como una especie de resortes que tratan de limitar la actividad del juez, mediante la interposición de los recursos de apelación, revocación o inclusive la queja. Es frecuente que el juzgador, con fundamento en el artículo 41 del Código Federal de Procedimientos Penales, y en uso de su facultad de mejor proveer, pueda solicitar desde la realización de un peritaje hasta el desahogo de careos procesales, por considerar que hubo contradicciones entre los testigos de cargo y de descargo; incluso, hay situaciones en las que ordena el desahogo de estos careos cuando existen contradicciones entre las versiones dadas por los testigos ofertados por una misma parte contendiente.

Esta postura sería inadmisible en el sistema acusatorio por ser totalmente ajena a los intereses de los litigantes, quienes de acuerdo a su propia perspectiva del litigio deben ser los protagonistas y directores de las pruebas que desean se desahoguen en la etapa del juicio. Si el juez no respeta este principio, implicaría un doble litigio, pues en el caso de la defensa ya no solo lucharía contra la parte acusadora, sino contra el propio órgano jurisdiccional quién además, buscaría en el peor de los escenarios, integrar su propia teoría del caso.

En el nuevo sistema deben ser únicamente las partes las que impulsen el desahogo de pruebas en el proceso, limitándose la actividad del juez a la de ser simple árbitro de las controversias que, en materia de prueba, se susciten entre la defensa y el Ministerio Público. Por lo tanto, el litigio intraprocesal deberá convertir lo que hasta ahora se traduce en litigios contra los acuerdos dictados por el juez

en un verdadero litigio entre las partes solo en aquellos aspectos en que ellas no se pongan de acuerdo sobre el trámite del proceso.

Por lo tanto, resulta igualmente peligroso que el juzgador pretenda ampliar sus atribuciones al límite de calificar cuándo una defensa es o no adecuada bajo el argumento de que queda bajo su criterio consignar cuáles serán los pasos a seguir en relación con cada una de las partes.

El origen de este tipo de tentaciones, por parte del juzgador, puede ser el hecho de buscar en cada proceso la verdad histórica, traducida en el deseo de que todo sistema judicial penal debe evitar tanto la impunidad como condenar a un inocente; sin embargo, le corresponde solo a las partes lograr, por separado y con intereses opuestos, lo anterior, buscando en todos los casos llegar a una verdad legal de acuerdo con las condiciones del caso.

El modelo acusatorio de carácter adversarial, teóricamente, propone la construcción de una verdad a partir del debate contradictorio de las partes y no de la verdad histórica, lo cual resulta inalcanzable a decir de Leonardo Moreno Holman, citando a Luis Miguel Reina Alfaro, pero es precisamente el debate contradictorio de las partes el medio que puede acercarse a esa verdad histórica.²

Por tal motivo, el juez no tiene por qué suplir una mala o deficiente defensa, ni tendría que hacerlo ante una acusación deficiente, pero tampoco puede tener la facultad de calificar una prueba de innecesaria, por considerar a priori que con ella se pretende darle forma a una versión no acontecida en la realidad. La exigencia de honestidad procesal al defensor no puede obligarlo a renunciar a

² *Ibidem*, pp. 22.

su teoría del caso, máxime que no es posible llegar a la verdad histórica dentro de un juicio.

¿En el sistema acusatorio le es permitido al juzgador allegarse pruebas con la finalidad de lograr dictar una sentencia apegada a la verdad histórica? Comparto el criterio del ya citado Leonardo Moreno Holman, en el sentido de que esto no está permitido, ya que no se puede lograr el conocimiento de lo que realmente ocurrió, es imposible reproducir ese hecho dentro del juicio. Sobre este aspecto, no hay que olvidar que el juzgador es un ser humano, y bajo el principio de inmediación procesal y oralidad de los juicios, es importante considerar que no estaremos más bajo el velo que otorgan las promociones por escrito, sino que, de manera directa, trataremos con un ser humano que tiene la posibilidad de decidir el camino de un proceso y facultado para resolverlo mediante una sentencia; por ello, no exijamos a los titulares de los órganos jurisdiccionales que actúen de manera mecánica, o peor aún, que lo hagan bajo el amparo de la divinidad. Como humanos, debemos tratarlos como tales, para que actúen de la forma más objetiva posible, sin prejuicios o animadversiones propias de la naturaleza humana.

II. Características del defensor

El defensor público no será, por lo tanto, únicamente un diestro en el manejo del equipo de cómputo y eficiente redactor para la elaboración de sus actuaciones por escrito dentro del proceso. El desarrollo de audiencias a desahogarse en forma oral implican: la elaboración de un plan previo a las audiencias; por lo tanto, un conocimiento, lo más preciso posible, de las características del caso a defender; y tener a la mano alternativas en el supuesto de un cambio brusco en las expectativas previamente establecidas. Coloquialmente, el defensor dejará de jugar

ajedrez jurídico, pues ya no tendrá todo el tiempo del mundo para ofrecer pruebas, contestar requerimientos, objetar las pruebas de la contraparte, pensar en forma cuidadosa las preguntas a realizar a los testigos, consultar tesis que sustenten su postura. En cambio, en el sistema acusatorio que está en vías de implementación, el tiempo de reacción se limita al desarrollo de la audiencia, por lo tanto, el defensor debe desarrollar la suficiente agilidad para enfrentar de la mejor manera aquellas variables que se presenten en el transcurso de la audiencia, sin olvidar que en este sistema recae una mayor responsabilidad sobre él, siendo eficiente su desempeño en la medida que limite el protagonismo del juzgador y evite que el Ministerio Público se adueñe del litigio, todo esto en cualquiera de las fases en que intervenga.

Esta planeación debe ser sustentada, por supuesto, en el conocimiento del Derecho, pero sobre todo, en los principios que rigen el sistema acusatorio. Bajo este conocimiento, el defensor deberá estar capacitado para distinguir aquellas normas jurídicas procesales que no se apeguen a tales principios; aun más, deberá reconocer de forma inmediata en las peticiones de la contraparte o en las propias determinaciones de los jueces, aquellas que no se apeguen a las normas fundamentales ya previstas en nuestra Constitución, en el entendido de que, por la agilidad que la oralidad le dará a los procesos, un detalle de este tipo no advertido oportunamente pudiera decidir la suerte de la defensa.

Como se dijo anteriormente, no serán ya los escritos nuestra carta de presentación ante el juez, será importante desarrollar un sentido de pertinencia y claridad en nuestras exposiciones, reitero, el juez es un ser humano que debe ser tratado como tal, así como resulta impensable en este sistema que un defensor se presente

en los estrados sin emitir palabra, el exceso de palabras o la confusión de ideas produce igual perjuicio a los intereses de la defensa; no pidamos a cualquier persona que nos escuche con la misma atención durante más de treinta minutos, no escondamos nuestras pretensiones y convicciones en el uso infinito de la palabra, no cometamos el error de utilizar un lenguaje rebuscado, demasiado técnico o confuso en nuestras intervenciones.

Ser claro no es solo una virtud, sino una necesidad procesal. Debemos dar, a nuestras ideas principales, forma de dardos que se incrusten en la mente del juzgador, no queramos aparentar mayor sapiencia que él y buscar *apantallarlo* con nuestros conocimientos, ese no es el objetivo. Nuestra obligación es la defensa de una persona, y a ella debemos encaminar nuestra convicción sobre la teoría del caso elaborada.

En los simulacros realizados, me pude percatar de que, en un inicio, se cometían dos errores primordiales: el primero de ellos consistía en un afán de someter a la contraparte utilizando cualquier tipo de alegación, se buscaba, antes que la exposición de ideas, someter al contrario evitándole el uso de la palabra, principalmente en los interrogatorios, porque se buscaba limitar, bruscamente, la intervención del oferente antes que encontrar las debilidades del testigo.

El segundo error consistía en ponderar, en el uso de la palabra, los aspectos técnicos a los fácticos; en los primeros simulacros buscábamos el cobijo de la norma jurídica para darle sentido a nuestras exposiciones, y a viva voz manifestábamos ... *y de acuerdo a lo establecido en el artículo 345 del Código...* En el sistema acusatorio toma relevancia la exposición de hechos, la teoría del caso es precisamente eso, la exposición de hechos bajo cierta interpretación teleológica; por ejemplo, en un delito de

violación en donde el inculpado acepta la penetración, pero refiere que la misma fue consentida por la víctima, la litis planteada radica precisamente, en demostrar, por parte del Ministerio Público, que no hubo consentimiento; el de la defensa, lo contrario, de tal manera que las alegaciones no gravitan en el hecho de que si en el caso particular se acredita la causa de exclusión del delito previsto en la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal; los verdaderos alegatos buscan convencer al juez de que cada prueba desahogada indica que las relaciones fueron o no con consentimiento del sujeto pasivo de acuerdo a los razonamientos planteados por la parte acusadora.

III. La planeación antes que la oratoria

En general, desconocemos las características elementales del sistema acusatorio penal; inclusive, muchos abogados de nuestro país pensaron que, a partir de su implementación, los litigantes estaban obligados a ser excelentes oradores, poseedores de un talento innato que lograra, casi en forma milagrosa, convencer al juez o al jurado más inquisidor de la inocencia del inculpado. Esta idea provocó que, de inmediato, se comenzaran a planear cursos para desarrollar habilidades oratorias en los futuros defensores y acusadores; inclusive, los primeros esfuerzos para prepararnos ante tal reto consistieron en hacer simulacros, en donde, en esencia, solo se hacia una lectura de las promociones que por escrito se presentan en los juzgados, manifestaciones llenas de citas de artículos de la ley sustantiva y procesal, tesis jurisprudenciales y fórmulas sacramentales.

Sin embargo, creo, al igual que los ilustres expositores que sobre el tema me han instruido, que el litigante, en el nuevo sistema acusatorio, antes que ser un excelente orador, debe ser un ingeniero consistente. Resulta erróneo pensar que una buena defensa pueda sustentarse

únicamente en una oratoria impecable, y dejar a un lado el conocimiento cuidadoso del caso, resulta útil en estos términos que los defensores públicos federales estemos acostumbrados a la elaboración de estrategias de defensa, en las que, después de un análisis cuidadoso de las constancias y previa entrevista con el imputado, se proceda a realizar líneas concretas de acciones defensivas a desarrollarse en cada una de las etapas procesales.

Resulta indispensable, para el litigante, tener un panorama lo más claro posible del proceso donde va a intervenir, así como las directrices por las que se va a guiar, a efecto de realizar los actos más adecuados para la consecución de sus fines. A diferencia del juez, que en la etapa de juicio debe desconocer completamente el asunto a juzgar, el litigante no puede más que tener mucho trabajo previo a la apertura del juicio. No puede, por lo tanto, concebirse un tribunal en donde el juez, la defensa y el Ministerio Público se encuentren en el local del juzgado esperando la llegada del juicio en el que les toque actuar, ya que esa circunstancia solo le corresponde al primero: son las partes sobre las que debe recaer el trabajo de presentación de caso, limitándose el juzgador a ser un espectador de lo que las partes en la controversia le presenten.

Es cierto que en los nuevos juicios acusatorios los litigantes deberán tener un dominio efectivo del lenguaje, pero solo eso, ya que una oratoria deslumbrante difícilmente podrá sustituir una cuidada planeación del contenido del proceso, que se concreta en una teoría del caso, y que deberá ser expuesta en forma ordenada, sustentada técnicamente mediante argumentos lógicos y jurídicos, como resultado del conocimiento del Derecho y de una adecuada planeación para lograr los objetivos previamente establecidos.

IV. Honestidad procesal

El Instituto Federal de Defensoría Pública posee actualmente un gran capital por lo que se refiere al valor de *honestidad* que cada miembro le imprime a su trabajo diario, y no me refiero solamente a la honestidad en general, que nos permite, entre otras cosas, pertenecer a la institución, sino específicamente, a lo que llamaré *honestidad procesal*.

En el sistema acusatorio, el juez no debe tener contacto con la carpeta de investigación en ninguna de las etapas previas al juicio, ni en el juicio mismo; mucho menos debe tener conocimiento de las constancias o pruebas que necesariamente deben desahogarse durante la audiencia, de tal manera que resulta altamente perjudicial a la naturaleza de este tipo de procesos que las partes, ya sea la defensa o la representación social, pretendan *pasarse de vivos* exponiéndole constancias inexistentes, llevando pruebas no ofertadas y aprobadas en las etapas previas, o simplemente, pretendiendo, mediante sofismas baratos, ocultar su poco cuidado en la preparación del caso, pues el permitirlo traería como consecuencia distraer al juez del núcleo central de la litis y trasladarlo a largas y adyacentes situaciones lejanas al punto controversial que debe resolver y que, a la larga, no redundan en una defensa adecuada o en una acusación contundente, según sea el caso y, en términos generales, en una impartición de justicia eficaz.

Por lo tanto, me parece interesante que los litigantes, en lo particular, comiencen a cuidar su prestigio, comportándose en el litigio de forma leal y asumir las consecuencias que traería un comportamiento sin ética, al realizar actos que busquen engañar al juez o a la contraparte. Los defensores públicos federales, creo, no tendrán la mayor dificultad en conservar y aumentar

la fama obtenida en el litigio del actual sistema, pues resulta extraño concebir que el defensor público limite su prestigio para lograr avances procesales ínfimos a los intereses de su defensa, alargar en el tiempo sin sentido alguno el trámite de un proceso. Sí deberá tener cuidado en preparar su defensa, para evitar recurrir a sofismas o cualquier otro artificio que pretenda ocultar su falta de cuidado. El trámite rápido de un proceso, situación que preocupa a muchos juzgadores, estará sujeto no a la voluntad de las partes, sino a la naturaleza del juicio y, en todo caso, a la destreza de las partes bajo el principio de contradicción.

V. Sobre la preparación de testigos

¿El ser honesto implica que el defensor debe evitar cualquier forma de preparación de testigos? Por supuesto que no, al contrario, las testimoniales, como cualquier otro medio de prueba, deberán ser cuidadosamente preparadas antes de su desahogo, pues entendiendo que nuestra materia de trabajo son precisamente las personas, será nuestra obligación valorar previamente a su ofrecimiento y desahogo, la idoneidad de un testigo, sus características personales, su facilidad de narrar los hechos que nos interesa que sean conocidos por el juez, pidiéndole que sea lo más exacto posible en narrar lo que percibió por medio de sus sentidos y evite hacer juicios o conclusiones de lo que él piensa que ocurrió, so pena de restarle convencimiento a su testimonio. De igual manera, dicha preparación se materializa al exhortarle para ahondar en las partes relacionadas con la litis y solicitándole que se abstenga de expresar aspectos que no tienen ninguna utilidad para la teoría de caso; de ninguna manera, como defensores públicos, podríamos indicarle al testigo que narre circunstancias de las cuales no se

percató o que haga inferencias temerarias, ya que ello no implica una preparación, sino un aleccionamiento.

Nuevamente refiero el temor de muchos jueces sobre el uso de pruebas *fabricadas*, estoy seguro de que los defensores públicos federales no nos prestaríamos a incorporar testimonios de tal naturaleza; sin embargo, y sin perder la honestidad procesal que nos caracteriza, tampoco podríamos desechar un testimonio solicitado por nuestro defendido aunque no reuniera las cualidades de buen testimonio, como facilidad al hablar, contundencia en sus expresiones, que proyecte en su persona fiabilidad, etcétera; es más, afirmo que mal haríamos en no tramitar un testimonio a pesar de tener personalmente serios cuestionamientos sobre su veracidad, siempre y cuando así lo hicieramos del conocimiento de nuestro defendido y, a pesar de esta circunstancia, él insistiera en su desahogo.

Desde luego, un mal testimonio iría en contra de nuestra teoría del caso; sin embargo, el derecho de defensa corresponde al imputado, porque será él quien sufra las consecuencias del litigio, de tal manera que nada podemos hacer si, a pesar de hacerle saber los riesgos, insiste en que se desahogue.

VI. Del cuerpo de peritos

El Instituto deberá contar con un cuerpo de peritos en diversas áreas por las razones siguientes: en primer lugar, la mayoría de las personas que atendemos carecen de recursos para contratar los servicios de un perito, por lo cual, sin ninguna otra opción, tenemos que apoyarnos en profesionales que presten sus servicios en instituciones públicas. No se pone en duda la calidad profesional de los peritos adscritos a la Procuraduría General de la República, a las procuradurías de los estados o de los institutos de Ciencias Forenses en aquellos estados. Puedo asegurar

que son pocos los casos en los que podrían tenerse sospechas de un dictamen pericial amañado; sin embargo, la necesidad de un cuerpo de peritos propios del Instituto va más allá de la confiabilidad u honestidad de los que pertenecen a estas instituciones, pues no hay que olvidar que, tratándose de delitos federales, precisamente en la mayoría de los casos, la parte afectada es la Federación, de tal manera que, de una opinión dividida, no es difícil concluir que la opinión pericial se inclinará a los intereses del Estado. Por ejemplo, no contaría mos con los medios para desvirtuar un peritaje contable rendido por peritos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o uno relacionado con especies protegidas por la ley elaborado por funcionarios de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat), peritos que determinan si un animal pertenece a una especie protegida o si la cantidad de madera transportada excede de la mínima contemplada por el tipo penal para la configuración de una conducta delictiva; por lo regular, estos peritajes carecen de una metodología adecuada o suficiente, aspecto que no podríamos combatir si no contamos con un cuerpo de peritos propio.

Sección Cuarta

PRESENCIA DE LA COMUNIDAD JURÍDICA

El derecho de defensa, su calidad de derecho humano

*Lucina Bringas Calvario**

SUMARIO: Introducción. I. ¿Qué es el derecho de defensa? II. Conclusiones. III. Fuentes consultadas.

Introducción

Cuando la palabra *defensa* pasa por la mente de cualquier persona, suele relacionarse con la idea de protección, de tratar de evitar recibir un daño; la propia Real Academia Española la define como el *mecanismo natural por el que un organismo se protege de agresiones externas*.¹

La visión de defensa que tienen los profesionales de las Ciencias Penales o los que transitan en este mundo complejo es trasladada al individuo, al abogado que se encargará de hacer valer las prerrogativas de la persona que ha sido señalada como probable responsable de un delito. Esta idea no se aleja de la definición anterior, pero al recordar el carácter cambiante del propio Derecho, se llega a la conclusión de que aquella es una perspectiva que también debe ser modificada; sobre todo en un contexto como el de nuestro país, en el que reformas constitucionales de suma magnitud como la de seguridad

* Licenciada en Derecho con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México; actualmente se desempeña como asesora del Titular de la Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada.

¹Real Academia Española: http://buscon.rae.es/draE/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=defensa, (28 de octubre del 2012)

y justicia del 2008 y derechos humanos del 2011, aunado a la decisión 912/2010 del Máximo Tribunal Mexicano, obligan a mirar desde una perspectiva distinta a una figura cuya importancia hoy se acentúa, exige ser tratada en su calidad de derecho humano.

Es así que, a través de las siguientes páginas, se busca entender el contenido, complejidad y alcance del derecho de defensa a la luz de un contexto, de la situación que vive nuestro país, donde respetar los derechos humanos es una obligación constitucional, pero a su vez, tiene sustento internacional, el cual no solo se encuentra en los instrumentos de la misma naturaleza, sino que, en palabras de la propia Suprema Corte de Justicia, el Estado mexicano, en concreto sus juzgadores, tienen la obligación de buscar también dicho soporte en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I ¿Qué es el derecho de defensa?

Para comenzar el presente estudio, se debe –más allá del sustento filosófico o jurídico que puedan tener los también denominados derechos del hombre–, contextualizar y entender que los derechos humanos, de manera general, son cotos al poder del Estado, límites a su ejercicio y, por ende, requisitos cuyo respeto es indispensable para que aquel funcione. Es decir, son derechos que guían el actuar de ese ente, no solo respecto de lo que no puede hacer, también de lo que debe llevar a cabo para que esas prerrogativas sean respetadas.

El que una persona pueda defenderse no es exclusivo de un procedimiento penal, ni siquiera de uno judicial, *el derecho a defensa rige en todos los procedimientos realizados por el Estado, que puedan afectar garantías y derechos o en los que puedan adoptarse decisiones sobre ellos.*²

² Venegas Diez, L.: “Derecho...” op. cit., p. 138.

A pesar de lo anterior, se toma como punto de partida del presente documento el procedimiento penal, por ser aquel en el cual el Estado posee un gran poder como garante de los derechos de la víctima y de sus propios intereses, es decir, se tiene un panorama donde un lado se encuentra en franca desventaja, el acusado se halla ante una gran potestad que debe confrontar; es así que se entiende la necesidad de igualar condiciones en un procedimiento cuyas consecuencias pueden ser restricciones o privaciones de derechos.

En este tenor, el derecho de defensa debe verse como una posibilidad más de protección de la persona imputada ante el poder del Estado, como la capacidad de acción contra actos que pueden afectar sus derechos.³ Sin embargo, esta prerrogativa va más allá de solo resistir dicha potestad, implica derechos y deberes que merecen ser analizados.

A. Contenido y alcance del derecho de defensa

Entender el derecho de defensa implica hacer alusión a su sentido primario, ese que se generó antes del significado jurídico, donde *la defensa consiste en el rechazo de una agresión, en oposición a un peligro*.⁴ Al tomar en consideración que en un procedimiento penal existen derechos que se encuentran en peligro, tales como la libertad, propiedad y hasta los derechos políticos de una persona, se entiende que defenderlos, tratar de que los mismos no le sean restringidos, implica un gran trabajo, el cual, al verse de cerca, resulta ser más complicado de lo que parece.

³ Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218, párr. 132, en <https://www.corteidh.or.cr/>, (20 de octubre del 2012)

⁴ Carocca Pérez, A.: *Garantía...*, op. cit. p. 13.

B. Defensa material y defensa técnica

Este derecho de defensa, en su calidad de límite al poder del Estado, resulta ser complejo, implica a su vez diversas prerrogativas que pueden ser ejercidas por distintos agentes. En primer lugar, se debe recordar que parte primordial del derecho de defensa es la *posibilidad material de incidir en el resultado del proceso*,⁵ es decir, la capacidad de participar en el mismo; dicha incidencia la puede realizar el mismo procesado u otra persona de su confianza.

El primer supuesto, en el que el procesado sea quien desarrolle todas las actividades para proteger sus derechos, es denominado *defensa material*, mientras que cuando es una persona experta en Derecho quién defenderá al procesado, se le llama *defensa técnica*.

La *defensa material* se encuentra prevista en el artículo 8(2) (d) de la *Convención Americana*, al establecer que el imputado puede defenderse personalmente. Por otro lado, el aspecto técnico de la defensa se ve reflejado en el mismo numeral y tratado, al contener la posibilidad de que el imputado sea asistido por el defensor de su elección. Ese derecho lo vemos aterrizando en el texto constitucional reformado en 2008, al determinar que la defensa adecuada debe llevarse a cabo por un abogado desde el momento de su detención,⁶ prerrogativa cuyo contenido en códigos estatales de corte acusatorio se ve hasta el punto de exigir un licenciado en Derecho con cédula⁷ como requisito indispensable para ejercer el cargo de defensor.

⁵ Centro de Estudios Jurídicos de la Américas, CEJA, *Manual...* op. cit., p. 21.

⁶ Véase, *Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 18 de junio de 2008, artículo 20, apartado A, fracción VIII.

⁷ Véase, Código Procesal para el Estado de Oaxaca, art. 7º, publicado en la Cuarta Sección del *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*, el sábado 9 de septiembre de 2006; Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, publicado en el *Periódico Oficial del Estado* No. 63 del 9 de agosto de 2006, ECRETO 611/06 II P.O. y Código Procesal para el Estado de Durango, art. 7º, Decreto 232, LXIV Legislatura, *Periódico Oficial* No. 11 de 5 de diciembre de 2008.

En ese orden de ideas, debemos entender por *defensa técnica* aquella ejercida por un profesional del Derecho, la cual puede tener una naturaleza privada o pública. El que la defensa técnica sea privada se refiere a que la persona en cuestión no solo será elegida por el procesado; además este último deberá costear los honorarios del profesional del Derecho; mientras que la defensa pública será esa figura que, ante la imposibilidad del procesado de elegir un defensor, el Estado le brinda uno; sin embargo, esta defensa pública puede, a su vez, ser gratuita o pagada por el procesado.⁸

Esa elección entre defensa material o técnica es, *per se*, parte primordial del derecho de defensa, a tal grado de que si el acusado ha elegido una de ellas, por ejemplo, la defensa técnica, y a pesar de ello se le obliga a hacer uso de la defensa material, se estará vulnerando su derecho humano.⁹

A pesar de las variantes que la defensa técnica ofrece (que en el caso de nuestro país se reducen a que sea particular y pública, siendo elemento de esta última la gratuitidad), se considera a la defensa llevada a cabo por un perito en Derecho como la más acorde con derechos humanos.

Lo anterior, en virtud de considerar que en todo procedimiento hay muchos intereses en juego, existen derechos que se pueden ver restringidos (como la libertad) y algunos otros que se pueden perder (derechos

⁸ Al respecto, el artículo 8(2)(e) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, establece el derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, el cual puede o no ser remunerado, dependiendo de la legislación del Estado, esto ante la negativa del acusado de ejercer el derecho de defensa material, o bien, designar un defensor particular.

⁹ Véase Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, No. 170, párr. 158.

patrimoniales o derechos políticos). Aunado a ello, el mundo jurídico implica lenguaje, destrezas y conocimiento especializado que, como cualquier área del saber, solo un experto puede hacer un uso correcto de ellos; es decir, debe enfatizarse la importancia de una asistencia letrada para aquellas personas cuya vulnerabilidad es palpable,¹⁰ la persona imputada debe contar no solo con defensa, sino debe ser técnica.

...la defensa personal por parte del imputado posee limitaciones que emanan de la naturaleza del proceso penal. Este detenta un lenguaje técnico propio, especificidad y procedimientos que, por mucha normativa desformalizada que contenga, constituye un todo que es percibido con fluidez por el común de las personas. De ahí viene la necesidad de establecer una defensa técnica y letrada que asista e interprete el proceso para que el imputado lo comprenda y pueda ejercer con efectividad los derechos y garantías que se aseguran.¹¹

C. Elementos del derecho de defensa

De manera general, tanto la vertiente técnica como la material del derecho de defensa, implican dos grupos de prerrogativas, unas propias de quien ejerce esa función fáctica de defensor y otro grupo para la persona procesada, solo que dependerá de si la defensa es material o técnica, el que los anteriores derechos los ejerza una sola persona o dos.

Es así que ya sea el defendido de propia voz o el experto en Derecho, tienen los siguientes derechos, para cumplir con una defensa adecuada:

¹⁰ Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor, párr. 132.

¹¹ Venegas Diez, L: *op. cit.*, p. 140.

- El poder comunicarse libre y privadamente con su defendido.¹²
- Comparecer en todos los actos procesales.¹³
- Tiempo y medios adecuados para preparar la defensa.¹⁴
- Controvertir y refutar las afirmaciones que hace el órgano acusador.¹⁵
- Capacidad de interponer recursos.

Las anteriores actividades tienen la calidad de ser derechos y, a su vez, deberes para la persona que los ejerce, es decir, el defensor debe exigir que estos se cumplan, hacer todo lo posible para que esos derechos se ejerciten, pues de lo contrario se causaría un perjuicio a la persona procesada. A su vez, estos implican trabajo para su ejercicio, requieren actividades a desarrollar por los defensores, significan custodiar los propios derechos o los de un tercero, ejercer una profesión.

Por otra parte, la persona procesada tiene, entre sus prerrogativas, el acceder a un traductor o intérprete¹⁶ y otro derecho controvertido, la asistencia consular. Ambas prerrogativas significan que la persona procesada tiene un grado mayor de vulnerabilidad; en el caso de la necesidad de un intérprete o traductor, se parte de que la persona procesada o privada de la libertad tiene una desventaja por no conocer el idioma en el cual se está llevando a cabo su proceso, y al no hacerlo, requiere de alguna manera comprender lo que está sucediendo y sus consecuencias; es así que tanto la Convención

¹² Véase “Conjunto...”, op. cit., párr. 132.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, *op. cit.*, párr. 158.

¹⁴ Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, párr. 127.

¹⁵ Dondé Matute, J.: *Extradición...* op. cit., p. 82.

¹⁶ Véase “Conjunto...”, op. cit. p. 9.

Americana,¹⁷ en su apartado de garantías judiciales, como la Europea,¹⁸ al regular la libertad personal, establecen como premisa que se le informe a la persona privada de la libertad las razones de la misma en una lengua que entienda, es decir, para evitar violar derechos humanos, el Estado en cuestión debe procurar que la persona tenga toda la información respecto a su detención o proceso, que lo entienda, que realmente se asegure que conozca lo que está pasando.

Por otro lado, el derecho a la asistencia consular implica otra calidad del sujeto privado de la libertad, la de ser extranjero en un país que pretende o ha iniciado un proceso penal en su contra. La violación de esta prerrogativa ha sido llevada por el Estado Mexicano ante la Corte Internacional de Justicia, pero como un derecho del Estado, no de la persona procesada;¹⁹ a su vez, la Corte Interamericana, después de un análisis de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*,²⁰ la propia *Convención Americana* y otros instrumentos internacionales determinó la dualidad de la asistencia consular, en la que existe tanto la prerrogativa del Estado de proteger a sus nacionales, como del individuo de comunicarse con las autoridades de su país,²¹ siendo

¹⁷ Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8(2)(a).

¹⁸ Véase, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 5(5).

¹⁹ Al respecto Véase, Corte Internacional de Justicia, *Judgment of 31 March 2004 in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, consultable en: www.icj-cij.org/homepage/index.php, 25 de octubre del 2012.

²⁰ Véase, Organización de las Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, art. 36, Viena, Austria, 24 de abril de 1963, D.O.F: 11 de septiembre de 1968, que establece la facultad de las autoridades consulares de comunicarse de manera libre con sus nacionales.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debid Proceso Legal”, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 80, en <https://www.corteidh.or.cr/>, (20 de marzo octubre del 2012)

de primordial importancia dicha comunicación cuando la persona extranjera se encuentra privada de la libertad.²²

Aunado a ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito se han pronunciado, no solo al reconocer la asistencia establecida en aquella *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, como un derecho de la persona detenida, sino al ver a esta como parte importante del derecho de defensa;²³ y determinar así que cuando la autoridad, ya sea el Juez²⁴ o el Ministerio Público no respeten dicho mandato, se viola el proceso mismo.²⁵

Es así que, de las anteriores referencias, se puede determinar que el derecho de defensa se integra de la siguiente manera:

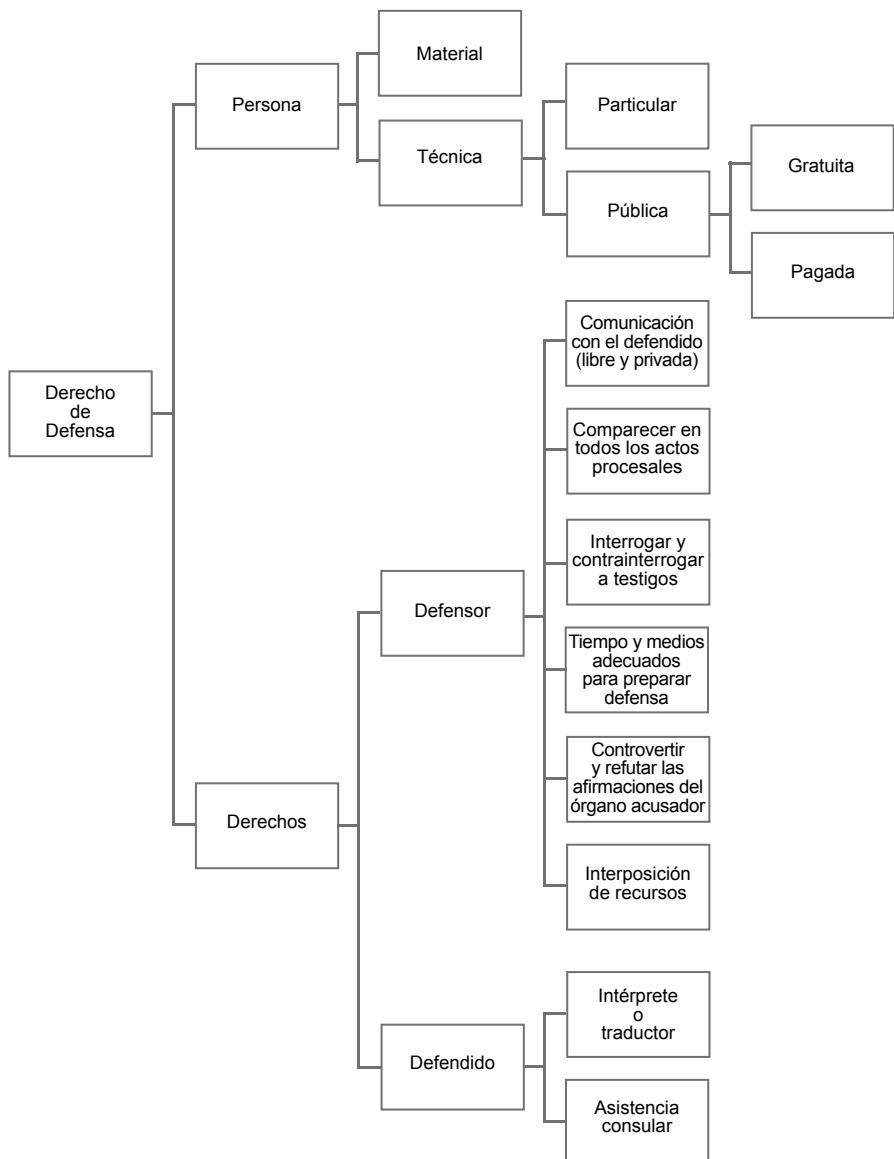
²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 80, en <https://www.corteidh.or.cr/>, (20 de octubre del 2012)parrs. 81 y 84.

²³Véase, **EXTRANJERO SUJETO A AVERIGUACIÓN PREVIA O EN PRISIÓN PREVENTIVA. SE LE DEBE DAR A CONOCER EL DERECHO QUE TIENE A SOLICITAR LA ASISTENCIA DE LA REPRESENTACIÓN DIPLOMÁTICA DEL PAÍS DEL CUAL ES ORIGINARIO, ADEMÁS DE QUE SE INFORME A DICHA SEDE CONSULAR LA SITUACIÓN JURÍDICA DE AQUÉL.** Amparo directo 47/2010, Tesis Aislada, Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXXII, Agosto de 2010, Página: 2280, Tesis: III.2o.P.248 P, Registro No. 164056.

²⁴ Véase **EXTRANJEROS. OBLIGACIONES DEL JUEZ DEL PROCESO EN TORNO A LOS DERECHOS DE AQUELLOS, CUANDO SE ENCUENTRAN SOMETIDOS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN.** Amparo directo 512/2005, Tesis Aislada, Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXIII, Junio de 2006, Página: 1155, Tesis: XV.3o.17 P, Registro No. 174902.

²⁵ **EXTRANJERO EN PRISIÓN PREVENTIVA, TIENE DERECHO A QUE SE INFORME A LA REPRESENTACIÓN DIPLOMÁTICA DE SU PAÍS, SU SITUACIÓN JURÍDICA.** Amparo Directo 69/2007, Tesis Aislada, Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXV, Junio de 2007, Página: 1057, Tesis: I.2o.P.147 P, Registro No. 172219.

Contenido del derecho de defensa



ELABORADO POR LUCINA BRINGAS CALVARIO

II. Conclusiones

Como se puede observar, la complejidad del derecho de defensa va más allá de solo argumentar y contraargumentar, como la clásica figura que se tiene de una defensa; varios derechos y deberes lo integran, todo en aras de buscar la protección de la persona en cuestión, del sujeto en calidad de probable responsable, de luchar para que se siga un debido proceso, con todo lo que ello implica.

Después de estudiar este derecho, se entiende su relevancia no solo en todo proceso, sino su necesidad dentro del penal, pues su trascendencia va más allá, significa la herramienta indispensable para hacer valer otros derechos que logran el tan anhelado debido proceso (presunción de inocencia, recurso efectivo, entre otros) Es la llave que abre la puerta a un juicio justo, el pase a que otros derechos humanos sean respetados durante el proceso penal.

III. Fuentes consultadas

Libros

- Carocca Pérez, Álex: *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, Ed. JM Bosch, Madrid, 1998.
- Centro de Estudios Jurídicos de las Américas, CEJA, *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, S.N.E, CEJA, Santiago, 2006.
- Dondé Matute, Javier: *Extradición y debido proceso*, Tirant lo Blanch-Inacipe, México, 2011, p. 82.

Artículos

- Venegas Diez, Luis: “Derecho a defensa y autonomía del defensor público”, en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, año 1, No. 2-3, Diciembre 2002.

Tratados internacionales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Legislación

- Código Procesal para el Estado de Oaxaca.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.
- Código Procesal para el Estado de Durango.

Decretos

- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 18 de junio de 2008, artículo 20, apartado A, fracción VIII.

Jurisprudencia

- **EXTRANJERO SUJETO A AVERIGUACIÓN PREVIA O EN PRISIÓN PREVENTIVA. SE LE DEBE DAR A CONOCER EL DERECHO QUE TIENE A SOLICITAR LA ASISTENCIA DE LA REPRESENTACIÓN DIPLOMÁTICA DEL PAÍS DEL CUAL ES ORIGINARIO, ADEMÁS DE QUE SE INFORME A DICHA SEDE CONSULAR LA SITUACIÓN JURÍDICA DE AQUEL.**

Amparo directo 47/2010, Tesis Aislada, Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXXII, Agosto de 2010, Página: 2280, Tesis: III.2o.P.248 P, Registro No. 164056.

- **EXTRANJERO EN PRISIÓN PREVENTIVA, TIENE DERECHO A QUE SE INFORME A LA REPRESENTACIÓN DIPLOMÁTICA DE SU PAÍS, SU SITUACIÓN JURÍDICA.**

Amparo directo 69/2007, Tesis Aislada, Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXV, Junio de 2007, Página: 1057, Tesis: I.2o.P.147 P, Registro No. 172219.

- **EXTRANJEROS. OBLIGACIONES DEL JUEZ DEL PROCESO EN TORNO A LOS DERECHOS DE AQUELLOS, CUANDO SE ENCUENTRAN SOMETIDOS A CUALQUIER FORMA DE DETENCIÓN O PRISIÓN.**

Amparo directo 512/2005, Tesis Aislada, Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXIII, Junio de 2006, Página: 1155, Tesis: XV.3o.17 P, Registro No. 174902.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Fondo y Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, No. 170.
- Caso Vélez Loor vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, No. 218.
- El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Devido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999. Serie A, No. 16.

Corte Internacional de Justicia

- *Judgment of 31 March 2004 in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, consultable en: www.icj-cij.org/homepage/index.php

Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas

- “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 43/173, fecha de adopción: 9 de diciembre de 1988, principio 10, en *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2009.

Otras fuentes

- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*.

Boletín bibliográfico

- Acción de grupo promovida por la Procuraduría Federal del Consumidor: efectos de la sentencia declarativa. [investigador, José Ovalle Favela; presentación, Juan N. Silva Meza], México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, 151 páginas.
- Adame Goddard, Jorge: *La protección de la vida, desde su concepción en las constituciones locales*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012, 649 páginas.
- Ambos, Kai: *Proceso penal: perspectiva internacional, comparada y latinoamericana*, México, Ubijus, 2009, 356 páginas.
- Arroyo Herrera, Juan Francisco: *Régimen jurídico del servidor público*, México, D.F., Porrúa, 2004, 350 páginas.
- Báez Martínez, Roberto: *Manual de derecho administrativo*, México, D.F., Trillas, 2011, 402 páginas.
- Barajas Sánchez, Tomás Javier: *Inducción al litigio: guía práctica*, México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2013, 196 páginas.
- Benavente Chorres, Hesbert: *El juez de control en el proceso penal acusatorio y oral*, México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012, 418 páginas.

- Brieskorn, Norbert: *Filosofía del derecho*, versión castellana de Claudio Gancho, Barcelona, España Herder, 1993, 235 páginas.
- Cerdá Lugo, Jesús: *Los delitos sexuales en la averiguación previa: diligencias básicas, comentarios y jurisprudencia*, México, D.F., Ediciones Jurídicas Alma, 2004, 138 páginas.
- *Las constituciones del bicentenario*. Compiladora, María Estela Ayllón González, México, D.F., Innovación Editorial Lagares México, 2010, 6 volúmenes.
- Cristos Velasco, San Martín: *La jurisdicción y competencia sobre delitos cometidos a través de sistemas de cómputo e internet*, México, D.F., Tirant lo Blanch, 2012, 414 páginas.
- Cubas Villanueva, Víctor: *El proceso penal: teoría y jurisprudencia constitucional*, Lima, Perú, Palestra, 2006, 517 páginas.
- *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. Coordinadores: Juan A. Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fontamara, 2012, 280 páginas.
- *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*. Coordinadores: Eduardo. A. Fabián Caparrós, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García, México, D.F., Ubijus, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Salamanca, España, Universidad de Salamanca, Grupo de Estudio sobre la Corrupción, 2012, 371 páginas.
- Benavente Chorres, Hesbert: *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2011, 168 páginas.

- Esquivel Vázquez, Gustavo A.: *La prueba en el contencioso federal*, México, D.F., Porrúa, 2009, 218 páginas.
- Fernández Ruiz, Jorge: *Poder ejecutivo*, México, D.F., Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, 652 páginas.
- Gil Rendón, Raymundo: *El nuevo derecho procesal constitucional: análisis de casos prácticos*, México, D.F., Ubijus, 2012, 584 páginas.
- Gómez Colomer, Juan Luis: *El proceso penal adversarial: una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*, México, Ubijus, 2012, 86 páginas.
- González Mata, Eduardo: *7 preguntas de oro acerca de la cadena de custodia*, México, D.F., Ubijus Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación Profesional, 2012, 58 páginas.
- Hernández-Romo Valencia, Pablo: *Tratado de derecho penal mexicano: parte especial: delitos previstos en leyes especiales*, México, D.F., Tirant lo Blanch, 2012, 2 tomos.
- Hidalgo Murillo, José Daniel: *La audiencia de vinculación en el proceso acusatorio y oral mexicano*, México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012, 346 páginas.
- _____: *Juez de control y control de derechos humanos*, México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012, 358 páginas.
- _____: *Juicio oral para adolescentes*, México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2011, 308 páginas.

- *Impacto de la reforma penal en la jurisprudencia.* Coordinador: Javier Dondé Matute, México, D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, 194 páginas.
- Jiménez Martínez, Javier: *Las formas de intervención en el hecho delictivo y el juicio oral*, México, D.F., Raúl Juárez Carro Editorial, 2011, 132 páginas.
- Juárez Cacho, Ángel: *El juicio contencioso administrativo federal y la defensa fiscal en la jurisprudencia: el trámite del nuevo juicio en línea*, México, D.F., Raúl Juárez Carro Editorial, 2010, 263 páginas.
- Lozano Ramírez, Raúl: *Derecho civil*, México, Pac, 2012.
- Lucero Espinosa, Manuel: *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*, México, D.F., Porrúa, 2011, 408 páginas.
- México Leyes, etc. *La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, [recurso electrónico], México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- México. Leyes, etc. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012, 848 páginas.
- México. Leyes, etc. *Legislación penal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, [recurso electrónico], México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012.
- México Leyes, etc. *Ley de amparo y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, [recurso

electrónico], México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012.

- Moya Domínguez, María Teresa del R.: *Manual de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 2010, 529 páginas.
- Morales Brand, José Luis Eloy: *Sistema de Derecho Penal Acusatorio Adversarial en México*, México, D.F., Ángel Editor, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2011, 495 páginas.
- *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Fernando M. Mariño Menéndez, coordinador, Madrid, España, Catarata, 2006, 280 páginas.
- Oronoz Santana, Carlos M.: *Tratado del juicio oral*, México, D.F., Pac, 2012, 136 páginas.
- Orozco Sánchez, César Alejandro: *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México*, México, D.F., Ubijus, 2012, 337 páginas.
- Palomino Guerrero, Margarita: *Devolución de cantidades enteradas por inconstitucionalidad de la norma tributaria, no comprende el pago de intereses indemnizatorios*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012, 86 páginas.
- Pedraza Jaimes, Miguel Ángel: *Temas del proceso penal acusatorio*, Bogotá, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, 227 páginas.
- Porras Flores, Jesús Enrique: *El Código de Comercio. Comentado y concordado: fase procesal*, México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012, 373 páginas.

- *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*, coordinadoras: Haydée Birgin, Natalia Gherardi, México, D.F., Fontamara, Suprema Corte de Justicia de la Nación., 2011, 273 páginas.
- Román Pinzón, Edmundo: *La víctima del delito en el sistema acusatorio y oral*, México, D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012, 311 páginas.
- Silva García, Fernando: *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: criterios esenciales*, México, D.F., Consejo de la Judicatura Federal, Dirección General de Comunicación Social, 2012, 586 páginas.
- Sotomayor López, Oscar: *Práctica forense de Derecho Penal y la reforma judicial*, México, D.F., Ubijus, 2012, 468 páginas.
- *Tópicos sobre la reforma penal del 2008*, coordinador: Julio Cabrera Dircio, México, D.F., Fontamara, Cuernavaca, Morelos, México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2012, 206 páginas.

Actividades de capacitación

El *Plan Anual de Capacitación y Estímulos* previó, entre otros novedosos aspectos, marcar las pautas para preparar a los defensores públicos en el sistema penal acusatorio y oral.

Como cada año, se impartieron las Especializaciones en Defensa Penal y Asesoría Jurídica, las cuales abarcan 5 módulos durante los meses de febrero a noviembre. En este año, egresaron 24 y 33 alumnos, respectivamente.

En lo concerniente a las *Especializaciones*, son dignos de mencionar los cambios que tuvieron los planes de estudio; se hizo énfasis en aquellas partes de las asignaturas que debían tratarse con mayor atención, con el fin de que los aspirantes a defensores o asesores tuvieran pleno dominio de ellas; este año, dos defensores públicos, ambos con el grado de doctores en Derecho, forman parte del cuerpo de profesores en las *Especializaciones*, lo cual resulta importante si se considera que, con este paso, en un futuro próximo el Instituto será el que suministre los profesores en esa actividad académica.

Asimismo, el Plan contempló abrir una nueva etapa en las *Mesas de diálogo sobre la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos y Amparo*, fijando ahora los temas para que los respectivos ponentes trataran cada uno de los preceptos que fueron modificados; con ello, el Instituto pretendió que, de manera exhaustiva, tanto los defensores públicos como los asesores jurídicos conocieran esa importante reforma constitucional. Las mesas se llevaron a cabo durante los meses de marzo a septiembre contando, como ponentes, con especialistas de reconocido prestigio.

Se hace notar que, por instrucciones del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, el Instituto participó activamente, durante el mes de agosto, en las sesiones organizadas por la Unidad de Implementación de las Reformas señaladas en el Poder Judicial de la Federación. En dichas sesiones se programaron las bases para que los servidores públicos pertenecientes a este Poder cuenten con los instrumentos de enseñanza necesarios a efecto de comprender y llevar a la práctica tales reformas.

Durante los meses de agosto a diciembre, se llevó a cabo nuevamente el *Diplomado en Litigación en el Proceso Penal*, gracias al apoyo brindado por la Dirección General de Servicios al Personal del Consejo de la Judicatura Federal.

Igualmente, esta Dirección General respaldó al Instituto para que tanto defensores públicos como asesores jurídicos cursaran el *Diplomado en Argumentación Jurídica*, organizado por la Universidad de Alicante, y cuyo principal expositor es el reconocido profesor español Manuel Atienza Rodríguez.

Por su relevancia, asimismo, es necesario resaltar el reto que significa tener preparados a todos los defensores públicos del Instituto, antes de que el sistema acusatorio y oral entre en vigor, por lo que estas acciones de capacitación fueron planeadas teniendo en cuenta que era necesario que los defensores tomaran un curso sistematizado, que cubriera tanto el ámbito teórico como el práctico del nuevo sistema penal; además, también se planeó que este curso se complementara con una segunda parte, esencialmente práctica, que permitiera a los defensores incrementar sus conocimientos y habilidades acerca del sistema acusatorio y oral, por lo que se programó de agosto a octubre el curso *Litigación Profundizado*.

En la Sede Central, se impartieron, del 6 de septiembre al 30 de noviembre, los *Seminarios de*

Actualización en Defensa Penal y Asesoría Jurídica, con la participación de destacados especialistas en cada tema y dirigidos, principalmente, a defensores públicos y asesores jurídicos federales; la programación de estos *Seminarios* se renovó, además de porque quienes los impartieron son especialistas en los temas que abordan, y a que se dio cabida también a oficiales administrativos adscritos en el Distrito Federal y en las Delegaciones Estado de México, Morelos y Regionales Puebla y Querétaro.

El 27 de septiembre se llevó a cabo la Conferencia: *Mitos y Realidades del Sistema Penal Acusatorio frente al Sistema Tradicional*, teniendo como ponente a la licenciada María Teresa Paredes Hernández, misma que fue puesta a disposición en la página web del Instituto, a fin de poder ser consultada por todos los servidores públicos.

En resumen, el año 2012 ha sido decisivo para alcanzar logros importantes en la capacitación de los defensores públicos en el nuevo sistema penal y, de esta manera, se ha podido incrementar el número de defensores conocedores de dicho sistema.

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
Licenciado Javier Quijano Baz
Licenciado Juan Velasquez

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.*