

IIP dF Revista

del Instituto Federal de Defensoría Pública

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

ISSN 1870-7610



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA



IIP dlF **Revista**

del Instituto Federal de Defensoría Pública

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Director

César Esquinca Muñoa

Coordinadores

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

Captura: Martha M. Terán López
Asesoría filológica: Ignacio Javier Martín Sánchez
Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública
Número 4, diciembre de 2007
Publicación semestral, editada y distribuida por el Instituto Federal de Defensoría Pública,
órgano del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal. Bucareli,
Nos. 22 y 24, Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06040, México, D.F., tel: 55-18-
53-91 y 55-18-53-90, fax 55-18-55-62.

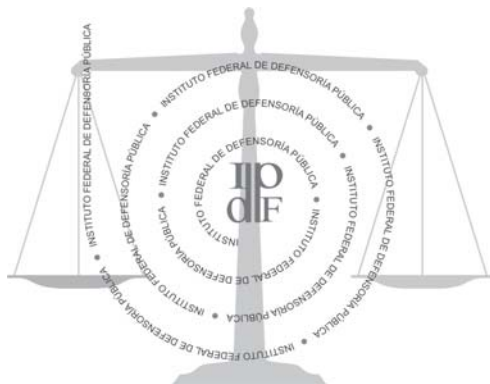
Editor responsable: César Esquinca Muñoa.

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 2,000 ejemplares
Distribución gratuita.



Índice general

Página

Página de la Dirección 7

Sección Primera

PRESENCIA DE LA JUDICATURA

Ministro José Ramón Cossío Díaz
La expulsión administrativa de los extranjeros 11

Ministro Genaro David Góngora Pimentel
Estado de Derecho, Constitución y Poder Judicial en México 19

Magistrado Alejandro Sosa Ortiz
Las jurisprudencias y tesis aisladas de la Ley Federal
contra la Delincuencia Organizada 39

Sección Segunda

PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

<i>Dr. Julio Antonio Hernández Pliego</i> No existe la presunción de inocencia	79
<i>Dr. Noel Castro Melgar</i> Prevención del delito a través del fortalecimiento de valores	97
<i>Lic. José del Carmen Constantino Avendaño</i> Control constitucional	115
<i>Lic. José Raymundo Cornejo Olvera</i> La desaparición de la inviolabilidad del domicilio o la legalización del abuso del poder	135
<i>Lic. Héctor Hugo Covarrubias Flores</i> Créditos fiscales por retorno extemporáneo de vehículos fronterizos: su defensa legal	155
<i>Lic. José de Jesús Esqueda Díaz</i> Artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal. ¿Excusa absolutoria o excluyente del delito?	171
<i>Lic. Ibán García Galindo</i> Indebida convalidación de actuaciones por la autoridad ministerial federal, de la practicadas por el Ministerio Público del fuero común en investigaciones de delitos de carácter federal	289
<i>Lic. Adrián Guiza Ezkauriatza</i> Breves reflexiones sobre los mecanismos jurídicos para lograr el cumplimiento de las sentencias de amparo	203
<i>Lic. Honorio Hernández Escamilla</i> La admisión de pruebas en el procedimiento de averiguación previa con detenido, ¿derecho del inculcado o prerrogativa del ministerio público a recibirlas?	215
<i>Lic. Francisco Martín Hernández Zaragoza</i> El compromiso social en la defensoría	233
<i>Lic. Trinidad Lagunas Trejo</i> Averiguación previa. Garantías del indiciado, análisis y propuesta para evitar sea nugatoria	247
<i>Lic. Francisco Leiva Martínez</i> Necesaria reforma al artículo 139 párrafo segundo de la Ley de Amparo (suspensión definitiva contra una orden judicial de aprehensión)	261

	<i>Página</i>
<i>Lic. Martín Ulises Mejía Rodríguez</i> ¿La hipótesis contenida en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 9 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, es una excusa absolutoria o una causa de justificación?	275
<i>Lic. Ángel Fernando Mex Tepal</i> La interpretación de la norma fiscal	295
<i>Lic. Astro Alberto Montes Leño</i> Breve reflexión sobre el cumplimiento simultáneo de las penas de prisión. El caso de concurso real de delitos	313
<i>Lic. Carlos Alberto Morales Gutiérrez</i> Guía para el estudio de los derechos humanos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos	325
<i>Lic. Carlos Morales Sánchez</i> Los delitos graves; una violación al derecho internacional de Derechos Humanos	343
<i>Lic. Joel Ronaldo Pérez Álvarez</i> El cuerpo del delito y la probable responsabilidad (causalismo o finalismo)	363
<i>Lic. Javier Alfonso Pérez Chávez</i> Análisis crítico de la jurisprudencia 1ª/J1/2007	385
<i>Lic. Ana Karina Reyna Rodríguez</i> El control difuso en el sistema judicial mexicano	401
<i>Lic. José Albie Sánchez Lara</i> Breves consideraciones en relación a la nueva ley del ISSSTE	419
<i>Lic. José Candelario Seseña Martínez</i> El funcionalismo jurídico y sus alcances en el sistema jurídico penal mexicano	431
<i>Lic. Apolinar Pedro Vargas Ordóñez</i> Libertad provisional: un derecho discriminado	449
 Sección Tercera	
DOCUMENTOS	
La defensa de los derechos humanos en el ámbito de la Defensoría Pública	467
Demanda de amparo en lengua indígena chinanteco de Oaxaca	475



Página de la Dirección

Al salir a la luz pública el cuarto número de la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, se cumplen dos años de intensa difusión de temas vinculados con los servicios sustantivos que el Instituto proporciona a los sectores más desprotegidos de nuestra sociedad.

Con un formato plural e incluyente, en la Sección Primera, denominada PRESENCIA DE LA JUDICATURA, se publican las monografías intituladas “La expulsión administrativa de los extranjeros”, del ministro José Ramón Cossío Díaz; “Estado de Derecho, Constitución y Poder Judicial en México”, del ministro Genaro David Góngora Pimentel, y “Las jurisprudencias y tesis aisladas de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, del magistrado Alejandro Sosa Ortiz. Nuestro agradecimiento a tan reconocidos juristas por distinguirnos con sus valiosas colaboraciones, que dan un significado especial a la *Revista*.

La Sección Segunda, PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA, contiene un artículo relacionado con el principio de presunción de inocencia del doctor Julio Antonio Hernández Pliego, miembro de la Junta Directiva del Instituto, y veintidós más elaborados por defensores públicos, asesores jurídicos y servidores profesionales de la institución, todos sobre temas jurídicamente trascendentes, que son demostrativos del nivel profesional de sus autores y, por ende, de la calidad de los servicios sustantivos que proporcionan a la sociedad.

En la Sección Tercera, *DOCUMENTOS*, se publica la ponencia intitulada “La defensa de los derechos humanos en el ámbito de la defensoría pública”, presentada a nombre del Instituto en el Foro sobre Aplicación y Uso de Normas Internacionales por el Poder Judicial. También se incluye una demanda de amparo redactada en lengua chinanteca de Oaxaca, que no es una mera curiosidad sino la expresión humana de una indígena procesada en el fuero federal.

De nuevo una expresión de gratitud a todos quienes hacen posible que este esfuerzo editorial sea una realidad, contribuyendo a la transformación permanente de una institución empeñada en alcanzar la excelencia en beneficio de los destinatarios de sus servicios.

Magistrado César Esquinca Muñoa
Diciembre de 2007

Sección Primera
PRESENCIA DE LA JUDICATURA

La expulsión administrativa de los extranjeros

José Ramón Cossío Díaz^{*1}

La resolución apoyada con los votos de la mayoría de mis colegas de la Primera Sala acoge gran parte de lo que destaqué en el debate propiciado por el análisis de este asunto, estimo que si uno parte, precisamente, de dicha reconstrucción teórica, lo que correspondía era otorgar el amparo al quejoso, no negárselo. Voy a permitirme reiterar en este voto las cuestiones básicas que sustentan mi postura.

PUNTOS RELEVANTES

1. El tema que hemos analizado el día de hoy tiene alguna relación con el que tratamos recientemente al resolver, a nivel plenario, la contradicción de tesis 1/2006-PL. En esa ocasión nos correspondió determinar si la suspensión de oficio en el juicio de amparo prevista en el artículo 123 de la Ley de Amparo –vigente en la fecha en que se emitieron las tesis en conflicto– para el caso de los actos “que impliquen la deportación” resultaba o no aplicable a los actos de “expulsión”. La resolución de este extremo nos dio la oportunidad de hacer referencia al artículo 11 de la Constitución Federal y de distinguir entre tres tipos de límites que se pueden imponer a las libertades de tránsito y residencia: a) los límites establecidos por las leyes sobre migración; b) los límites impuestos por las reglas sobre

^{*} Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en el Amparo en Revisión 419/2007, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 22 de agosto de 2007. El autor agradece a Francisca Pou Giménez su colaboración en la elaboración de este voto.

salubridad general; y c) los límites aplicables respecto de los extranjeros que se consideran perniciosos. En la resolución concluimos que las expresiones “deportación” y “expulsión” debían considerarse sinónimas a los efectos que interesaban, y puntualizamos que una y otra quedaban incluidas dentro de los límites impuestos por la autoridad administrativa por motivos migratorios o sanitarios o ambos, no en los límites del tercer tipo.

2. El día de hoy vuelve a resultar relevante, en el contexto del artículo 11 de la Constitución Federal, el caso de la “expulsión administrativa” –ligada en este caso al incumplimiento de los requisitos de permanencia en el país impuestos por la Ley de Población– y no la expulsión constitucional a que se refiere el tercero de los supuestos previstos en el citado artículo así como el artículo 33 de la misma, que establece textualmente lo siguiente: “[...] el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente [...]”.

En oposición a los casos de expulsión constitucionalmente admitida de extranjeros perniciosos (que aunque no está exenta de límites, tiene fuertes particularidades) en el presente amparo nos hemos ocupado de un supuesto respecto del cual se aplican los requisitos generales que disciplinan la actividad de la administración. Ello adquiere relevancia porque el argumento a la luz del cual debíamos examinar la constitucionalidad de los artículos 125 y 126 de la Ley de Población era, específicamente, el principio de seguridad jurídica y, desde esa perspectiva, la cuestión de cómo el ordenamiento jurídico regula y enmarca el ejercicio de potestades discrecionales por parte de la administración pública resulta central.

El quejoso sostenía, en efecto, que los artículos citados debían ser declarados inconstitucionales porque permiten a las autoridades gubernativas prohibir a un extranjero expulsado el reingreso en el país por un período de tiempo cuya duración la ley no acota suficientemente, dejándolo así indefenso frente a potenciales prácticas arbitrarias y caprichosas.

La resolución se inclina por declarar constitucionales las previsiones legales bajo análisis porque estima que la discrecionalidad en este campo es necesaria, pues permite regular aspectos de la vida social que al ser extremadamente casuísticos el legislador no puede prever de antemano, y porque las autoridades administrativas tienen un particular deber de fundar y motivar cualquier determinación que adopten en ese sentido, deber que garantiza que los potenciales afectados puedan reaccionar legalmente ante eventuales arbitrariedades de las autoridades al respecto. Estas arbitrariedades, destaca la resolución, serían en cualquier caso problemas referibles al momento *aplicativo* de la norma y en ese preciso plano deberán y podrán ser solucionadas. No hay motivo, sostiene la resolución apoyada por la mayoría, para detectar aquí la presencia de un problema de constitucionalidad de la *norma* por violación del principio de seguridad jurídica.

3. A mi juicio, sin embargo, el esquema legal examinado no es suficientemente garantista a la luz de los derechos individuales afectados. Y ello es así por dos motivos distintos: primero, porque los límites que pueden imponerse a los derechos involucrados pueden ser desproporcionadamente graves, sin que los artículos 125 y 126 de la Ley de Población establezcan protección alguna encaminada a prevenir ese resultado y, segundo, porque con independencia de lo suave o grave de las medidas que el esquema legal analizado permita imponer, el mismo no ofrece suficientes garantías de trato igual para casos equivalentes. Comentemos estos dos aspectos sucesivamente.

En primer lugar, hay que destacar, efectivamente, que la potencial incidencia o interferencia que la medida legal examinada permite a las autoridades públicas desplegar respecto de la libertad de residencia y circulación de las personas no es nada despreciable. La persona que acudió al amparo en el caso concreto recibió la prohibición de reingresar al territorio nacional nada menos que por un período de diez años. La verdad es que el artículo 126 de la Ley de Población no establece segmentos temporales, ni límites máximos,

ni parámetros sustantivos de ningún tipo que la autoridad administrativa deba aplicar para determinar la duración de la expulsión en cada caso. Recordemos que dicho artículo dispone textualmente que: “en los casos en que se atente en contra de la soberanía o la seguridad nacional, la expulsión será definitiva. En todos los demás casos la Secretaría de Gobernación señalará el período durante el cual el extranjero no deberá reingresar al país. Durante dicho período sólo podrá ser readmitido por acuerdo expreso del Secretario de Gobernación o del Subsecretario respectivo”.

El artículo citado no establece, como bien denunció en su momento el quejoso, cuáles son los estándares y elementos objetivos que la autoridad administrativa debe tomar en cuenta para fijar el *quantum* de la sanción. Contra la teoría general de los límites a los derechos característica del estado constitucional de derecho, según la cual las limitaciones fundamentales a las libertades de los ciudadanos deben estar prefiguradas y acotadas en una norma con rango de ley, lo que tenemos aquí es una norma con rango de ley que autoriza en blanco a la administración pública para fijar esos límites en los casos concretos y que, por tanto, se sitúa fuera los estándares que resultan ordinarios en un estado de derecho.

Las eventuales desproporciones que podrían darse en el presente caso no son difíciles de imaginar. Las hipótesis ante las cuales, según la remisión a otros artículos efectuada por el artículo 125, un extranjero puede ver cancelada su calidad migratoria y ser expulsado del país, por el plazo indeterminado dispuesto por el artículo 126, son muy variadas: auxiliar, encubrir o aconsejar a cualquier individuo a violar la reglamentación sobre migración en una materia que no constituya delito; incumplir la orden de salida del territorio nacional emitida por la Secretaría de Gobernación; internarse cuando uno ha sido expulsado sin el correspondiente acuerdo de readmisión; realizar actividades distintas a las cubiertas por su calidad migratoria, o actividades ilícitas y deshonestas; hacer uso u ostentación dolosa de una calidad migratoria que no se tiene; contraer matrimonio con alguien sólo para que este último pueda radicar en

el país; dedicarse a llevar a personas al territorio mexicano o a un territorio extranjero sin la documentación correspondiente o con el fin de evadir la revisión migratoria, entre otras.

Los diferentes preceptos que contemplan estas hipótesis también fijan las sanciones que deberán imponerse a quien las realice —por regla general pena de prisión y multas dentro de los límites mínimos y máximos que también se fijan—. Y sin embargo, la conjunción del artículo 125 con el 126 hace que a las sanciones anteriores se una no sólo la expulsión del país, que resulta lógica y esperable, sino la prohibición de reingresar al mismo de modo definitivo cuando “se atente en contra de la soberanía o la seguridad nacional” —supuesto que me parece peligrosísimamente indeterminado y respecto del cual la ley debería, indudablemente, dar mayor orientación— y en todos los otros casos, por el periodo que la Secretaría de Gobernación soberanamente determine.

Los extranjeros son personas humanas, y en su calidad de tales tienen derechos que muy bien pueden desear ejercer en nuestro territorio: derecho a estar con su familia, derecho a visitar tierras y parajes que quizá consideran sagrados, derecho a buscar curación en un hospital mexicano, derecho a intentar encontrar aquí un trabajo que les permita vivir mejor. Ciertamente, hay reglas de internamiento y residencia que deben satisfacer, y es justo y esperable que cuando las infringen sean sancionados. Las prohibiciones de reingreso, aunque su justificación no es obvia, también pueden verse en principio necesarias para conferir una efectividad mínima a la medida de expulsión. Sin embargo, debe existir siempre una mínima correlación entre la gravedad de la conducta realizada y el impacto que la prohibición de reingreso tiene no sólo en el derecho primariamente restringido (el derecho a entrar, salir y atravesar países) sino también en el abanico de otros derechos antes enumerado, y es desde la ley y en la ley donde deben establecerse las pautas y estándares que garantizarán que en la etapa aplicativa de la norma no podrán producirse desproporciones enormes.

4. Refirámonos en segundo lugar a los problemas de igualdad.

La resolución de la mayoría declara infundado el argumento del recurrente según el cual el ejercicio de facultades discrecionales permite tratar casos iguales de manera distinta aduciendo que “para poder cumplir a su cabalidad la obligación de fundar y motivar sus resoluciones la autoridad administrativa únicamente podrá tratar de manera distinta casos aparentemente iguales cuando demuestra y explicita *como parte del sustento de su determinación* [negritas, no cursivas, en el original] la existencia de razones objetivas que justifiquen dicho trato diferenciado. Pero una resolución que no sustente de manera explícita la justificación para establecer un trato distinto a casos aparentemente iguales en todos aquellos aspectos que deben ser considerados relevantes, se encontraría en franca contraposición con lo previsto por el artículo 16 constitucional, debiéndose destacar, además, de que una violación de esa índole constituiría, en todo caso, un problema de mera ‘legalidad’” (pp. 20-21). Si una prohibición de reingreso está realmente justificada, viene a decir la resolución, entonces de por sí incorporará las consecuencias de su comparación con otras parecidas a ella en las cuestiones relevantes.

A mi entender, se trata de una sugerencia un tanto fantasiosa. Parece claro que uno no puede esperar que las prohibiciones de reingreso “sustente[n] de manera explícita la justificación para establecer un trato distinto a casos aparentemente iguales en todos aquellos aspectos que deben ser considerados relevantes”. Sería muy raro que una resolución de este tipo citara “precedentes” y se dedicara a justificar las diferencias entre la multiplicidad de casos distintos que resultarán relevantes desde la perspectiva adoptada. Además, es difícil sostener que siempre que una resolución omita desarrollar la argumentación en tal sentido se convierta automáticamente en un acto falto de la adecuada fundamentación y motivación.

Una manera distinta, menos literal pero quizá más plausible, de interpretar el argumento de la mayoría es pensar que si una resolución que contiene una prohibición de reingreso está adecuadamente fundada y motivada, entonces la comparación de la misma con

casos equivalentes resultará irrelevante. El argumento sería que se trata de un ámbito en el cual el principio de igualdad no proyectaría ninguna exigencia jurídica relevante. Sin embargo y con independencia de la discusión –de inmenso calado constitucional– en torno a cuáles son los derechos que los nacionales y los extranjeros deben disfrutar en igualdad de condiciones y cuáles aquellos respecto de los cuales puede haber diferencias, existen normas internacionales que imponen obligaciones de trato igual dentro del universo de *personas no nacionales*.

Como Estado que ha suscrito los Pactos Internacionales de Derechos y como Estado parte, más específicamente, de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, México está integrado en una comunidad internacional de países que se ha comprometido a otorgar ciertos estándares de trato tanto a sus nacionales como a las personas extranjeras. La Recomendación General número 30, emitida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el contexto del sistema institucional orientado a supervisar el cumplimiento del tratado antes citado y a esclarecer las obligaciones que los Estados han asumido en su contexto, incluye un apartado que establece textualmente lo siguiente:

[El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (...) *Recomienda*, basándose en estos principios generales, que los Estados Partes en la Convención, con arreglo en sus circunstancias específicas, adopten las medidas siguientes]

VI. Expulsión y deportación de no ciudadanos.

25. Velar porque las leyes relativas a la deportación u otras formas de remoción de los no ciudadanos de la jurisdicción del Estado Parte no discriminen por su objetivo o sus efectos entre los no ciudadanos por motivo de raza, color u origen étnico o nacional y por que los no ciudadanos tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, y puedan utilizar efectivamente estos recursos;

26. Garantizar que los no ciudadanos no serán objeto de una

expulsión colectiva, en particular cuando no haya garantías suficientes de que se han tenido en cuenta las circunstancias personales de cada una de las personas afectadas;

27. Velar por que los no ciudadanos no sean devueltos o trasladados a un país o territorio en el que corran el riesgo de ser sometidos a abusos graves de los derechos humanos, como tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;

28. Evitar la expulsión de los no ciudadanos especialmente de los residentes de larga data, que pueda tener como resultado una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar;

Todos estos son estándares muy importantes: no hacer distinciones discriminatorias en el tratamiento a los extranjeros, tener en cuenta las circunstancias personales de las personas afectadas, evitar que la expulsión —y con más razón la prohibición de reingreso, como subrayábamos en el punto anterior —interfiera desproporcionadamente en el desarrollo de la vida familiar de los afectados por la misma. Los artículos 125 y 126, sin embargo, ni consagran estos estándares ni ningunos otros, erigiéndose en esa medida en medidas reguladoras de derechos que no superan el umbral de la constitucionalidad.

Estado de Derecho, Constitución y Poder Judicial en México

Genaro David Góngora Pimentel*

Sumario: Introducción, I. El Estado de Derecho, 1. El Estado de Derecho no sólo es una figura formal, 2. El Estado de Derecho en México, II. El Estado de Derecho y su relación con los poderes que constituyen el orden jurídico en México, 1. Distribución de competencias y facultades entre los poderes reconocidos en el orden jurídico mexicano, 2. La materialización del Estado social y democrático de derecho a través de los órganos reconocidos en el ordenamiento jurídico, 3. Responsabilidad y cooperación entre los diversos órganos reconocidos en el orden jurídico, III. El Poder Judicial y su relación con el Estado de Derecho, 1. Importancia de la correcta Administración de Justicia, 1.1 El peligro de la politización del Poder Judicial y su repercusión en el Estado de Derecho, 1.2 El acceso a la justicia como herramienta en la construcción y fortalecimiento del Estado social y democrático de derecho, 2. Coordinación entre las resoluciones de los Tribunales Federales y Locales en México, Conclusiones.

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho es una figura compleja que se encuentra en constante movimiento. Por ello, su estudio requiere de persistencia y continuidad. Más aún cuando se pretende relacionar dicho tema con México, ya que al respecto surgen diversos cuestionamientos como son: ¿existe el Estado de Derecho en México?; ¿cómo es en México?; ¿cómo se puede materializar?; ¿cuál es su relación con la Administración de Justicia?; sólo por mencionar algunos.

En relación con tales preguntas, frecuentemente escuchamos que los diversos sectores encargados de contestarlas, se caracterizan por negar su responsabilidad, la cual va trasladándose de unos a otros. Así, algunos expresan que es la ley la que está mal hecha y por ello no puede mejorar el país, o que es el aspecto económico, los medios masivos de comunicación, la corrupción, entre otras muchas respuestas que sólo provocan que se disperse y confunda la responsabilidad.

En este sentido, el tema del “Estado de Derecho en México” debe exponerse desde una perspectiva objetiva y no idealista, por ello, mientras todavía encontremos pobreza extrema, desnutrición, inseguridad, violencia a grupos plenamente identificados como son las mujeres, los niños, los adultos mayores, entre otros problemas no menos importantes, resulta complicado afirmar que en nuestro país todos disfrutamos de los beneficios de un Estado de Derecho. En este punto recuerdo que Octavio Paz en su libro *El laberinto de la soledad*, señala que: “un mexicano realista siempre es un pesimista”,¹ por ello, aclaro que no se trata de sembrar un sentimiento de desesperanza o desilusión, por el contrario, se pretende exponer puntos que orillen a reflexionar y adoptar una actitud constructiva.

El presente estudio comienza por señalar los elementos generales del Estado de Derecho. De igual forma, menciona que se trata de una figura dinámica que no sólo puede ser vista desde una perspectiva formal.

¹ Ver *El laberinto de la soledad* en la parte “El pachuco y otros extremos”.

Como siguiente punto se expone la importancia de la relación de los Poderes reconocidos por el marco constitucional en México. Asimismo, se alude a temas como la distribución de competencias y la materialización del Estado de Derecho a través del ejercicio de las facultades de cada uno de los órganos reconocidos por el marco jurídico.

Finalmente, se hace referencia al tema del Poder Judicial y su relevante influencia en la efectividad del Estado de Derecho. De igual forma, se analiza la importancia de una correcta administración de justicia, los peligros de su politización y algunos puntos sobre su acceso.

Todo lo anterior, tiene como objeto mostrar que la calidad de un Estado social y democrático de derecho se refleja en los diversos mecanismos que contempla para respetar las garantías de derechos y libertades fundamentales de sus gobernados.

ESTADO DE DERECHO, CONSTITUCIÓN Y PODER JUDICIAL EN MÉXICO

I. EL ESTADO DE DERECHO

Resulta complejo señalar una definición del Estado de Derecho, porque este concepto cuenta con características técnicas e ideológicas, que van de acuerdo con la cultura de cada Estado. No obstante, como una generalidad, el Estado de Derecho debe contar con la sujeción de toda la actividad de los diversos poderes a la ley, la cual debe respetar garantías y libertades fundamentales que involucren elementos de derecho interno y externo.

Lo anterior, se traduce en el verdadero funcionamiento del Estado como protector de sus gobernados, que incluye el respeto a los derechos de las minorías, lo cual rechaza el imperio de las elites que concentran el poder. Esto, por su relación con la democracia, que también se encuentra dentro de las garantías que se tutelan por el Estado de Derecho, lo cual es expuesto por García de Enterría, cuando menciona que: *“La idea de la demo-*

*cracia no puede ser separada de la de los derechos fundamentales”.*²

Lo mencionado guarda congruencia con el concepto contemporáneo de “Estado constitucional cooperativo” el cual es presentado por Peter Häberle³ desde tres campos: el nacional; el de la exigencia de la federalización o regionalización; y el de la apertura de los Estados constitucionales hacia el ámbito internacional. Dicho estado contempla elementos que permiten una mejor satisfacción de las exigencias y necesidades de los gobernados. Cabe señalar que este Estado consolida la existencia de un Estado social y democrático de derecho.⁴

En relación con la apertura de los Estados constitucionales hacia el ámbito internacional, podemos advertir que en nuestra Suprema Corte de Justicia se están presentando casos que requieren ser analizados desde una perspectiva de derecho público internacional. Así, hace algún tiempo, la Primera Sala de la Suprema Corte, tuvo que resolver un importante asunto sobre genocidio.⁵ No es materia de este estudio abordar el análisis de este asunto, no obstante, es oportuno señalar que fue un caso en el que se demostró que en ocasiones es necesario e incluso, obligatorio que los juzgadores emitan las resoluciones con sustentos de derecho internacional. Lo cual no significa atentar contra nuestro marco jurídico.

1. El Estado de Derecho no sólo es una figura formal

Pensar que el concepto de Estado de Derecho es únicamente de naturaleza formal e independiente resultaría insuficiente. El Estado de Derecho debe concebirse como una figura que si bien tiene sus cimientos en una Constitución, también tiene que reflejarse en la situación real de los gobernados; en el buen funcionamiento de la

² García, de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Ed. Civitas, 3ª ed., Madrid, 1997. p.130-131.

³ Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 28.

⁴ Lo relativo al concepto de “Estado social y democrático de derecho” se mencionará más adelante.

⁵ Recurso de Apelación 1/2004 PS, derivado de la Facultad de Atracción 8/2004-PS.

administración pública; y, principalmente en el respeto real de las garantías de derechos y libertades fundamentales.

El soporte formal del Estado de Derecho lo encontramos principalmente en su Constitución. Dicha Constitución debe contar con los principios de unidad, coherencia y fuerza integradora.⁶ Todo esto no como fórmulas independientes, sino como categorías complementarias que se traducen en la existencia de un Estado de Derecho, un Estado democrático y un Estado social debidamente integrados. Por tanto, en la actualidad ya no es posible abordar el tema del Estado de Derecho, en forma aislada.

Por lo que respecta al aspecto material del Estado de Derecho, éste se refleja todos los días, en los actos de la administración pública, en los procesos jurisdiccionales, en el ejercicio de nuestras responsabilidades, en el verdadero respeto a los derechos fundamentales.

De este modo, la eficacia del Estado social y democrático de derecho en mucho depende de los hombres y mujeres que encarnan las institucionales contempladas en la Constitución. Por ello, hay que tener cuidado y responsabilidad en nuestras respectivas funciones, ya que el Estado democrático y social de derecho es una figura susceptible de fortalecerse, pero también de debilitarse e incluso de desaparecer y transformarse por un Estado totalizador, absolutista y represor.

2. *El Estado de Derecho en México*

En México, la Constitución de 1917 proclama en su inicio un modelo liberal/social.⁷ Sin embargo, hay que recordar que debido a la dinámica e interacción con la sociedad, la economía y la política,

⁶ Idea adoptada de Pérez, Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 5ª ed, Madrid, 1995, p. 234, en la cual señala los principios de unidad (Einheit), coherencia o concordancia práctica (praktischer Konkordanz) y fuerza integradora (integrierender Wirkung) de la Constitución Alemana.

⁷ Huerta Ochoa, Carla, “Constitución y Diseño Constitucional” en *Estado de derecho y transición jurídica*, coord. José Antonio Caballero Juárez y José Ma. Serna de la Garza, Coord. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Num. 95, México, 2002. p.33. En este punto, la autora también expone su opinión sobre la incorporación de modelos a nuestra Constitución como consecuencia del movimiento social y político.

actualmente se han agregado otros modelos. Así, sólo por citar un ejemplo, observamos que en agosto de 2001 se incorporó en nuestro texto constitucional la prohibición a toda discriminación por origen étnico o nacional. De este modo, se puede considerar que la necesidad real de reformar a la Constitución sólo implicaría dirigirse a aquellos preceptos que en la actualidad son inoperantes o que derivan de las exigencias reales de la sociedad.

No obstante lo anterior, considero que hay un par de preguntas que siguen vivas: ¿existe el Estado de Derecho en México? ¿Cómo se materializa?

En este sentido, si tomamos en cuenta que la eficacia de un sistema jurídico se materializa en la verdadera existencia de un Estado social y democrático de derecho; si tomamos en cuenta los importantes cambios que en los últimos años ha tenido nuestro país; si tomamos en cuenta que no todos los mexicanos tienen oportunidades de empleo, de educación, alimentación, seguridad, entre otras muchas necesidades básicas y también, si tomamos en cuenta que existen muchos mexicanos que con su trabajo y esfuerzo combaten todos estos problemas en la medida de sus posibilidades, creo que estamos en presencia de un Estado social y democrático de derecho formal que está luchando por fortalecerse para llegar a convertirse en uno material, real y eficaz para todos.

II. EL ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON LOS PODERES QUE CONSTITUYEN EL ORDEN JURÍDICO EN MÉXICO

La relación entre el Estado social y democrático de derecho con los poderes que integran el marco jurídico mexicano desarrolla un papel fundamental para la materialización del primero. Ello, porque son dichos órganos de poder quienes se encuentran facultados para emitir actos que repercuten directamente en los gobernados.

Debido a que un Estado social y democrático de derecho se caracteriza por el respeto de las garantías de derechos y libertades fundamentales, las diversas actuaciones de sus órganos de poder siempre deberán estar sujetas de control jurídico. Por tanto, el cumpli-

miento de las resoluciones que reconozcan la violación de cualquiera de estos principios, se convierte en un elemento indispensable para el buen funcionamiento del Estado.

Parece que se trata de una fórmula sencilla, sin embargo no es así, ya que en la actualidad la división de poderes y esferas de competencia frecuentemente tienen fricciones. Esto porque existe interacción y movimiento constante en sus respectivas actuaciones. Asimismo, factores que no son siempre jurídicos, obstaculizan al gobernado para que goce plenamente de todos sus derechos y libertades.

Lo anterior da como resultado que actualmente en México exista una importante cantidad de conflictos que tienen que ver con problemas de competencia, violación de esferas, violación de garantías de derechos y libertades fundamentales entre otros. Por tanto, los actores en los procesos jurisdiccionales no sólo son los gobernados, sino también diversas autoridades.

1. Distribución de competencias y facultades entre los poderes reconocidos en el orden jurídico mexicano

En México, el esquema constitucional contempla la división de poderes y reconoce diversos órdenes jurídicos. Sin embargo, debido a los diversos conflictos que en estos temas se han presentado, la Suprema Corte de Justicia ha interpretado que el principio de división de poderes limita a las autoridades a que sólo pueden realizar los actos contenidos en el ordenamiento jurídico. En el mismo criterio se estableció que existen diferentes formas del sistema competencial, las cuales son: a) prohibiciones expresas; b) competencias o facultades de ejercicio potestativo; y c) competencias de ejercicio obligatorio.⁸

Por lo que respecta al marco jurídico, la Suprema Corte de Justicia también emitió un criterio jurisprudencial que sostiene que de

⁸ Ver tesis jurisprudencial 9/2006 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES. SUS CARACTERÍSTICAS."

la interpretación de los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, que son: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional.⁹ Dicho criterio menciona que en congruencia con el orden constitucional, será la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien como Tribunal Constitucional defina la esfera competencial de tales órdenes jurídicos.

Como se advierte, la presencia del Poder Judicial en un Estado social y democrático de derecho es relevante en la procuración de la división de competencias y equilibrada distribución del poder.¹⁰ Así, en México es la Suprema Corte de Justicia de la Nación el órgano jurisdiccional facultado para resolver conflictos por competencias en los diversos órdenes jurídicos, lo cual denota la importante responsabilidad que tiene como tribunal protector del equilibrio y funcionamiento del Estado.

En consecuencia, advertimos que la estructura formal del Estado Mexicano cuenta con un marco jurídico que reconoce la existencia de órganos de poder ubicados en diversos órdenes jurídicos con facultades establecidas en la ley.

2. La materialización del Estado social y democrático de derecho a través de los órganos reconocidos en el ordenamiento jurídico

Como se mencionó en la primera parte del presente estudio, en México no podemos afirmar que existe una completa materialización del Estado social y democrático de derecho, debido a que ello significaría que todos gozamos y disfrutamos de nuestras garantías de derechos y libertades fundamentales plenamente.

Aunado a lo anterior, es claro que la estructura de un Estado

⁹ Ver tesis jurisprudencial 136/2005, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: "ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN."

¹⁰ Lo relativo al tema de la presencia del Poder Judicial como protector y garante del Estado social y democrático de derecho se expone en la tercera parte del presente estudio.

requiere de múltiples factores que lo hagan eficaz y funcional. Ello, porque *el balance entre las instituciones va más allá de la mera distribución competencial entre órganos constituidos (frenos y contrapesos), ya que implica también el equilibrio entre derechos fundamentales, división del poder y mecanismos de control, tanto hacia el interior de las instituciones como entre sí.*¹¹

De este modo, es claro que la complejidad del buen funcionamiento del Estado no sólo requiere de un orden jurídico y distribución de esferas, sino también necesita un equilibrio en sus respectivas relaciones, así como en el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales. Esto, porque de nada serviría una institución que en aras de un buen funcionamiento desestimara y violentara derechos y libertades.

La calidad de un Estado social y democrático de derecho, también se medirá en función de los actos emitidos por los diversos órganos reconocidos en el orden jurídico. Tales actos deberán sujetarse al orden constitucional y ajustarse a las necesidades y exigencias de la sociedad contemporánea. Ello, porque una Constitución no es sólo un conjunto de reglas jurídicas, sino también, una guía cultural para el ciudadano.¹²

En este punto, conviene mencionar que la interpretación de normas constitucionales por el Tribunal es relevante porque pueden presentarse casos que requieran ser resueltos desde una perspectiva cultural y de derechos fundamentales. En este sentido, el juzgador está obligado a reconocer la existencia de dichos derechos y facultades, aun cuando éstos no se observen expresamente en la norma. Lo anterior, porque nuestro marco jurídico constitucional reconoce la existencia de los derechos y libertades de las personas, los cuales se manifiestan de diversas formas.¹³

¹¹ Huerta Ochoa Carla, op. cit. p. 33.

¹² Valadés, Diego, comp. *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, Ed. UNAM-III, Serie Estudios Jurídicos, Num. 87, México, 2006, p. 133.

¹³ En la actualidad observamos que cuando un sector de la sociedad considera que el Estado no respeta sus derechos y libertades fundamentales, recurre a Tribunales Internacionales para exigir dicho reconocimiento. Ello, porque el respeto a estos principios se considera superior de cualquier acto de autoridad de derecho interno.

3. Responsabilidad y cooperación entre los diversos órganos reconocidos en el orden jurídico

Los órganos reconocidos en el orden jurídico mexicano se encuentran obligados a cumplir las resoluciones que les encomienden, debido a que tales poderes asumen la responsabilidad de resguardar el funcionamiento y eficacia del Estado.

Asimismo, la cooperación entre los diferentes órganos procura la existencia del Estado social y democrático de derecho. Por tanto, el respeto a los procesos, procedimientos y resoluciones por parte de dichos órganos, es uno de los puntos de colaboración más importantes para el desarrollo y evolución del derecho. Lo anterior, porque la presencia de los tribunales ofrece *potencialmente a todos los ciudadanos la capacidad de interpelar a sus gobernantes, de tomarles la palabra y hacerles respetar las promesas contenidas en la ley.*¹⁴ De esta forma, el acceso a la justicia es una herramienta directa para la exigencia de los derechos y libertades fundamentales.

III. EL PODER JUDICIAL Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO DE DERECHO

Una vez que hemos señalado lo anterior, surge otro cuestionamiento que no debe pasar desapercibido: ¿Cuál es la relación del Estado de Derecho con la Administración de Justicia?

El Estado social y democrático de derecho del que queremos disfrutar todos los mexicanos guarda una significativa relación con la administración de justicia. Esto, porque como señala Liborio Hierro: “la función jurisdiccional... ha adquirido un peso más definitivo que el que tenía en el esquema inicial de la división de poderes”¹⁵

En la actualidad, la democracia y eficacia del Estado también se mide en el sometimiento del poder al Derecho. De cierta manera, el poder judicial es moderador y controlador de la correcta función de los diversos actores de la democracia.

¹⁴ Garapon, Antoine, *Juez y Democracia*, Trad. Manuel Escrivá de Romaní, Ed. Flor del Viento, España, 1997, p. 42.

¹⁵ Hierro, L. Liborio, *Estado de Derecho, Problema Actuales*, Ed. Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 1998. p.49.

Lo anterior implica que tanto el poder público como los gobernados, nos encontremos vigilados y, en su caso, controlados por los jueces.

No se trata de sostener que el Poder Judicial se encuentra en una posición superior, simplemente se trata de mostrar cuál es la función que le ha encomendado el propio sistema.

Todo esto, no se encuentra alejado de lo que sucede en México, ya que como hemos advertido, en los últimos años el Poder Judicial ha resuelto asuntos cuyas partes son poderes, ciudadanos, autoridades nacionales o en su caso, internacionales (como ejemplo tenemos los amparos en materia de extradición).

Así, asuntos que tratan temas como capitalización de intereses, Presupuesto de Egresos de la Federación, juicio político, expropiación, libertad de expresión, medios masivos de comunicación, sólo por citar algunos, muestran la relevancia que pueden tener los efectos de una resolución dictada por un Tribunal.

1. Importancia de la correcta Administración de Justicia

La función jurisdiccional no es tarea sencilla, ya que si bien es cierto que la ley mantiene un lugar esencial dentro de un proceso, también lo es que ya no es suficiente para guiar la decisión de un juez.

Actualmente nos encontramos con problemas que requieren mayor sensibilidad y elementos jurídicos para resolver los casos. Al respecto, hace años en Inglaterra se decía: “El Parlamento puede hacerlo todo, menos convertir a un hombre en mujer”¹⁶, ahora eso ya es posible y todavía no se encuentra completamente regulado.

No obstante, a diferencia de los científicos y los propios legisladores, quienes pueden esperar y detenerse a meditar sobre cuáles son los efectos de los avances científicos, los jueces tienen la obligación y responsabilidad de solucionar los problemas derivados de cuestiones radicalmente nuevas.

Así, como sostiene Antoine Garapon: “un orden jurídico no puede prescindir de un juez capaz de pronunciarse sobre la inter-

¹⁶ Véase *Juez y Democracia*, p.158.

pretación de las normas y el ordenamiento de los litigios.”¹⁷ Ello, porque suspender la función jurisdiccional implicaría una fractura o el riesgo de un colapso en el Estado.

El mismo efecto se presentaría, si la administración de justicia se integrara por personal corrupto o incompetente. Por tanto, el poder judicial debe ser cuidadoso para evitar fisuras o destrucciones que tengan por objeto desestabilizarlo.

1.1 El peligro de la politización del Poder Judicial y su repercusión en el Estado de Derecho

En la actualidad, la administración de justicia se encuentra en constantes peligros que ponen en riesgo al Estado y a su proceso de democratización. El activismo judicial, la tentación de la justicia redentora o el protagonismo, son solo ejemplos de las eventualidades a las que se enfrenta un juzgador.

La legitimación que ha adquirido el poder judicial para convertirse en el custodio del buen funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, es una situación alejada de lo que en algún momento concibió Montesquieu. En consecuencia, todo aquello que insinúe politizarlo debe ser depurado.

Desde esta perspectiva, si pretendemos madurar y robustecer al Estado Mexicano, es prioritario promover las garantías de un procedimiento alejado de activismos judiciales, jueces protagonistas o justicieros que por distraerse de la verdadera función jurisdiccional, resuelven en contra de la propia sociedad.

Al respecto, Stammler menciona algunos ejemplos y razonablemente cita: “El favorecer unilateralmente a una de las partes no puede ser la misión de un juez justiciero. También el postulado de humanidad, evidente de suyo, necesita apoyarse y fundamentarse en un criterio racional de enjuiciamiento.”¹⁸ Tales razonamientos, si bien fueron expuestos hace muchos años, no por eso pueden considerarse caducos.

¹⁷ Garapón, op. cit. p.35.

¹⁸ Stammler, Rudolf, *El Juez*, Trad. Emilio F. Camus, Ed. Nacional, México, 1974, p. 80.

En este sentido, el buen juzgador debe valerse siempre de un buen criterio racional de enjuiciamiento y alejarse de cualquier otro factor ajeno a la real labor jurisdiccional.

1.2 El acceso a la justicia como herramienta en la construcción y fortalecimiento del Estado social y democrático de derecho

Todo lo mencionado no tiene significado si no se toma en cuenta que lo más importante es que en México todos tengamos un acceso real a la justicia, y aquí surge otro cuestionamiento: ¿Todos tenemos acceso a la justicia?

Como ya he mencionado, el acceso a la justicia es una herramienta que construye y fortalece al Estado social y democrático de derecho. Esto, porque dicho medio sirve para hacer valer nuestras garantías y libertades fundamentales.

No obstante, es común que los elevados costos de un litigio produzcan en el individuo la sensación de que será más caro el juicio que los beneficios de la sentencia obtenida. Asimismo, en la mayoría de los casos el gobernado encuentra una gran desventaja cuando se enfrenta con fuertes bufetes de abogados o cuando su contraparte es el Estado y todo su aparato burocrático.

En este sentido, consideramos que para una positiva reestructura del Estado Mexicano debe analizarse nuevamente el problema de legitimación procesal y la duración de los juicios. Así, debemos revisar los beneficios que pueden aportar las acciones colectivas, el reconocimiento del interés difuso, la simplificación de algunos procesos, la calidad de la defensoría de oficio, etc. Esto, porque sólo así se podrá materializar para todos el acceso a la justicia y por tanto, la verdadera existencia de un Estado social y democrático de derecho para todos.

La sociedad debe sentirse protegida y contar con los elementos procesales óptimos para hacer efectivos sus derechos, ya que de esa forma se podrá fortalecer la credibilidad en la justicia.

Lo anterior, porque como también bien mencionó Stammeler: “todas las buenas intenciones del legislador, toda la ordenación jus-

ta del Derecho no les sirve de nada a los miembros de la comunidad jurídica si la seguridad de la realización del Derecho no aparece garantizada por Tribunales imparciales y competentes.”¹⁹ O, también, como dice aquella frase de derecho inglés: “La justicia no sólo se ha de hacer, también es necesario que se vea que se ha hecho”.²⁰

2. Coordinación entre las resoluciones de los Tribunales Federales y Locales en México

La relación del Poder Judicial con el Estado social y democrático de derecho, *no sólo ha generado más actividad para los tribunales. También ha incrementado el ámbito y el sentido de la función judicial, de modo que, además de los campos tradicionales de derecho... los tribunales se han inmiscuido en nuevas áreas del derecho y de política pública en general.*²¹ En consecuencia, la labor de los diversos tribunales jurisdiccionales se ha incrementado. Al respecto, si tomamos en cuenta que en México se reconocen diversos órdenes jurídicos como son el federal y el local, es de esperarse que en ocasiones las resoluciones desemboquen en puntos diferentes. Al respecto, el marco jurídico mexicano prevé la posibilidad de que determinados tribunales puedan resolver estos conflictos, en especial la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Asimismo, si advertimos que en la actualidad algunas legislaturas locales ya prevén la existencia de Salas Constitucionales o, sus Tribunales Superiores de Justicia realizan interpretaciones de su Constitución local, es claro que no se puede afirmar la existencia de uniformidad en la jurisdicción de todos los ordenamientos jurídicos locales.

En este sentido, actualmente se presentan conflictos que derivan de entidades federativas que están introduciendo nuevos modelos en su legislación local. Como ejemplo, en el año 2002 la

¹⁹ Stammler, op. cit. p.p. 98-99.

²⁰ Frase citada por Garapon “Justice must not only be done but also be seen to be done” op. cit. p. 259.

²¹ Fix, Fierro, Héctor, *Tribunales, Justicia y Eficiencia*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2006, p. 21.

Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo que resolver una controversia constitucional en la cual se determinó que la Sala Constitucional del Estado de Veracruz podía conocer y resolver juicios de protección de derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en su Constitución local. Esto, porque dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²²

Otro asunto que tiene que ver con resoluciones locales impugnadas en la Suprema Corte de Justicia, se presentó cuando el Municipio de Celaya, Guanajuato interpuso una controversia constitucional la cual bajo el número de registro 29/2005, demandaba la resolución dictada por el Pleno del Supremo Tribunal de Justicia de esa entidad federativa dentro del recurso de reclamación 01/2005REC-CL interpuesto ante la negativa de admitir a trámite la Controversia Legal 1/2004. Por mayoría de cuatro votos, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia determinó sobreseer el asunto. Lo anterior, porque se consideró que actualizaba la causal de improcedencia que sostiene que no procede la controversia constitucional para combatir resoluciones jurisdiccionales aun cuando se alegue su inconstitucionalidad.²³

No obstante lo anterior –como disidente en la votación de referencia–, considero que el sobreseimiento del juicio se realizó con

²² Ver tesis P. XXXIII/2002, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVI; agosto de 2002, cuyo rubro es: "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADIR LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL."

²³ Este criterio se sostiene en la tesis de jurisprudencia P/J. 117/2000, publicada en la página mil ochenta y ocho, Tomo XII, Octubre de 2000, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro es: "CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. NO SON LA VÍA IDÓNEA PARA COMBATIR RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, AUN CUANDO SE ALEGUEN CUESTIONES CONSTITUCIONALES."

base en aspectos ajenos a litis, debido a que existían los méritos suficientes para entrar al estudio. Asimismo, se hubiera realizado un importante pronunciamiento sobre la procedencia de la controversia constitucional en contra de sentencias dictadas en medios de control constitucional local, lo cual no es resuelto en el criterio de jurisprudencia que sustentó el sobreseimiento.²⁴

El precedente anterior puede tener efectos negativos en el futuro, sin embargo, es susceptible de ser reformado debido a que este tipo de conflictos se presentarán con mayor frecuencia. Por tanto, será importante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tome en cuenta la transformación que se está presentando en los tribunales locales.

Un ejemplo de lo anterior, es el Estado de Coahuila, que en el año 2001 introdujo la justicia constitucional local sin perjuicio del contenido de los artículos 41, 99, 103, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y legitimó a los organismos autónomos para ser parte en las controversias constitucionales locales y acciones de inconstitucionalidad local. Asimismo, en el citado precepto establece que con base en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando la autoridad jurisdiccional estime en su resolución que una norma es contraria a la Constitución local, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad en el caso concreto, lo cual podrá ser revisado por el Tribunal Superior de Justicia.²⁵

El modelo local anterior, resulta interesante porque introduce

²⁴ Para profundizar más en el asunto de la controversia constitucional 29/2005, se puede consultar su engrose y respectivos votos paralelo y particular en: http://www.scjn.gob.mx/Consultas/Inicial_Consultas.asp

²⁵ Al respecto el Artículo 158 de la Constitución del Estado de Coahuila de Zaragoza establece: La Justicia Constitucional Local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional. (...) Cuando la Autoridad Jurisdiccional considere en su resolución que una norma, es contraria a esta Constitución, con base en lo establecido por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto. En este supuesto, el Tribunal Superior de Justicia podrá revisar la resolución en los términos que disponga la ley. El Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en su carácter de Tribunal Constitucional Local conocerá, en los términos que establezca la ley, de los medios de control siguientes: I. De las controversias constitucionales locales, que con excepción de las que se refieran a la materia

figuras que pueden originar nuevos conflictos cuyas resoluciones no podrán sustentarse en criterios correspondientes a modelos de distinta naturaleza.

De este modo, advertimos que las entidades federativas que conforman la República Mexicana, en algunos casos ya no contemplan ordenamientos jurídicos tradicionales o semejantes a los federales. En consecuencia, es importante que la Suprema Corte de Justicia cuente con criterios flexibles que contemplen estas circunstancias. Todo esto porque es pertinente que se reconozca la relevancia que tienen las entidades federativas en la conformación del Estado social y democrático de derecho.

CONCLUSIONES

1. El concepto de Estado de Derecho es complejo. No obstante, en la actualidad se promueve caracterizarlo por contar con la sujeción de toda la actividad de los diversos poderes a la ley y por respetar garantías y libertades fundamentales.

2. Pensar que el concepto de Estado de Derecho es únicamente de naturaleza formal e independiente resultaría insuficiente, ya que debe reflejarse en la situación real de los gobernados.

jurisdiccional electoral en los términos del artículo 136 de esta Constitución, se susciten entre: 1. El Poder Ejecutivo y el Legislativo. 2. El Poder Ejecutivo y uno o más Municipios del Estado. 3. El Poder Legislativo y uno o más Municipios del Estado. 4. El Poder Legislativo y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del Estado. 5. Un Municipio y otro u otros del Estado. 6. Uno o más Municipios y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del Estado. 7. Una o más entidades paraestatales y otra u otras paramunicipales del Estado. 8. Uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros órganos del gobierno estatal y/o municipal. II. De las acciones de inconstitucionalidad local que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma o acuerdo de carácter general y esta Constitución, las que deberán resolverse con base en lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las acciones de inconstitucionalidad locales se sujetarán a lo siguiente: 1. Se podrán promover en forma abstracta por: a) El Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien le represente legalmente. b) El equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo. c) El equivalente al diez por ciento de los integrantes de los Ayuntamientos o Concejos Municipales. d) El organismo público autónomo, por conducto de quien le represente legalmente. e) Cualquier persona, a través del organismo protector de los derechos humanos previsto en el artículo 195 de esta Constitución, cuando se trate de violaciones a los derechos y garantías constitucionales. f) Los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda.

3. En México, la Constitución de 1917 proclama en su inicio un modelo liberal/social. Sin embargo, mientras no todos los mexicanos tengan oportunidades de empleo, educación, alimentación, seguridad, entre otras muchas necesidades básicas, sólo podemos considerar que existe el Estado democrático y social de derecho formal y no así, material y eficaz para todos.

4. La relación entre el Estado social y democrático de derecho con los poderes que integran el marco jurídico mexicano desarrolla un papel fundamental para la materialización del primero.

5. Debido a la interacción y movimiento constante de los diversos poderes que conforman el orden jurídico, en la actualidad existen fricciones que en su mayoría son resueltas por los tribunales federales o locales.

6. La complejidad del buen funcionamiento del Estado no sólo requiere de un orden jurídico y distribución de esferas, sino también necesita un equilibrio en sus respectivas relaciones, así como en el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales. Esto, porque de nada serviría una institución que en aras de un buen funcionamiento desestimara y violentara derechos y libertades.

7. La interpretación de normas constitucionales por el Tribunal es relevante porque pueden presentarse casos que requieran ser resueltos desde una perspectiva cultural y de derechos fundamentales, que no se encuentran expresamente reconocidos en la ley.

8. En los últimos años hemos visto que el Poder Judicial en México ha resuelto conflictos que tratan temas cuya relevancia tiene efectos determinantes en el fortalecimiento y materialización del Estado social y democrático de derecho. Por tanto, el poder judicial debe ser cuidadoso para evitar fisuras o destrucciones que puedan quebrantarlo.

9. El acceso a la justicia es una herramienta que construye y fortalece al Estado social y democrático de derecho. En este sentido, consideramos que en la reestructura del Estado Mexicano debe analizarse nuevamente el problema de legitimación procesal y la duración de los juicios, para que el acceso a la justicia sea una ga-

rantía real y al alcance de todos.

10. Las entidades federativas que conforman la República Mexicana, en algunos casos ya no contemplan modelos tradicionales o semejantes a los federales. En consecuencia, es importante que la Suprema Corte de Justicia cuente con criterios flexibles que consideren estas circunstancias.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, Ed. Fontamara, Serie Cuestiones Judiciales, México, 2004, p.155.

Bandrés, José Manuel, *Poder Judicial y Constitución*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.

Caballero Juárez, José Antonio y María del Refugio González, “El proceso de formación del Estado de Derecho”, en *Estado de derecho y transición jurídica*, coord. José Antonio Caballero Juárez y José Ma. Serna de la Garza, Coord. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Num. 95, México, 2002.

Fix, Fierro, Héctor, *Tribunales, Justicia y Eficiencia*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2006

Fix, Zamudio, Héctor, “La importancia del Derecho comparado en la enseñanza jurídica mexicana”, en *Comunicaciones al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Teherán, 1974), Serie Cuadernos de Derecho Comparado, Num. 11, México, 1977.

Garapon, Antoine, *Juez y Democracia*, Trad. Manuel Escrivá de Romaní, Ed. Flor del Viento, España, 1997.

García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Ed. Civitas, 3ª ed., Madrid, 1997.

García Ramírez, Sergio, “La jurisdicción y los valores de la democracia”, en *Moral y Poder*, coord. Juliana González, Ed. Facultad de Filosofía y Letras UNAM, México, 2000.

Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.

Hierro, L. Liborio, *Estado de Derecho, Problema Actuales*, Ed. Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 1998.

Huerta Ochoa, Carla, "Constitución y Diseño Constitucional" en *Estado de derecho y transición jurídica*, coord. José Antonio Caballero Juárez y José Ma. Serna de la Garza, Coord. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Num. 95, México, 2002.

Nieto, Alejandro, *El desgobierno judicial*, Ed. Trotta, Colección de Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2ª ed., España

Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 5ª ed, Madrid, 1995.

Stammler, Rudolf, *El Juez*, Trad. Emilio F. Camus, Ed. Nacional, México, 1974.

Tocqueville, Alexis, *La Democracia en América*, Ed. Alianza, Madrid, 1995, Tomo I.

Valadés, Diego, comp. *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, Ed. UNAM-III, Serie Estudios Jurídicos, Num. 87, México, 2006.

Valadés, Diego, *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos No.24, 2002, México.

Zippelius, Reinhold, *Teoría del Estado*, Ed. UNAM, México, 1985.

Las jurisprudencias y tesis aisladas de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

Alejandro Sosa Ortiz*

La Ley que nos ocupa ha cumplido 10 años de estar en vigor. Durante este período, se ha cuestionado su constitucionalidad y sus disposiciones han suscitado diferentes interpretaciones por parte del foro, del órgano de acusación: el ministerio público, de los juzgadores e incluso de los Tribunales de amparo. Todo ello ha generado 21 tesis aisladas y 3 jurisprudencias, cuyo análisis y reflexión en seguida abordamos, siguiendo el orden de los preceptos a que se refieren.

1.- El artículo 1o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, dispone:

Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.

Tesis Relacionada:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. NO EXISTE RESERVA DE CÓDIGO EN CUANTO A LA LEY FEDERAL DE LA MATERIA. En cuanto a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, no existe reserva de código, lo cual se relaciona con el principio de legalidad, en virtud de que no hay precepto constitucional alguno que prohíba que las leyes especiales o las que contienen disposiciones de ín-

* Magistrado del Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito.

dole penal aborden materias establecidas también en otros ordenamientos legales, como el Código Penal Federal.

Amparo en revisión 1212/2004. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Visible con el número CLXVII/2004, Tomo XXI, Enero de 2005, página 413 del SJF y su Gaceta. Registro 179, 615.

Este criterio responde al cuestionamiento de que el legislador federal no tenía atribuciones para modificar mediante una nueva ley los ordenamientos penales existentes, como son el Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Código Fiscal de la Federación y otras relacionadas. Ni que tampoco tenía atribuciones para crear un nuevo orden penal dentro de una misma ley y que en ésta se pudiesen contemplar normas de todas las leyes antes mencionadas, agregando tanto normas sustantivas (tipos penales) como adjetivas.

En la ejecutoria que le dio origen a la tesis en comento se lee “...de la lectura de los artículos 1º, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Constitución Federal, no se advierte que el legislador deba dejar inalterable el procedimiento penal existente, y que por ende, con la creación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se hayan violado dichos preceptos; asimismo, que exista un obstáculo para que el legislador pueda establecer delitos en el Código Penal Federal y en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ...” Y, más adelante se agrega: “...carece de sustento constitucional la afirmación de que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, no puede contener normas de diversa índole, en virtud de que si el Congreso de la Unión está facultado por las fracciones XXI y XXX del artículo 73 de la Constitución, para legislar en la materia, el que las normas de mérito se contengan en la misma ley, aunque pudiese cuestionarse la técnica legislativa utilizada, no puede llevar a la inconstitucionalidad de dichas normas.”

2.- Los artículos 2º y 4º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada preceptúan:

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 Y (sic) 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;

IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y

V. 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 resistirlo, 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 los artículos 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; Trata 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 205; Trata de personas, previsto en el artículo 207; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal.

Tesis Relacionadas.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 2o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *El precepto constitucional citado garantiza a todo individuo que se encuentre en territorio nacional la facultad de expresar libremente su pensamiento, ya sea en forma escrita o verbal, con las únicas limitaciones de que no ataque a la moral o los derechos de terceros, que no provoque algún delito o perturbe el orden público. En congruencia con lo anterior, se concluye que el numeral 2o., párrafo primero, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no viola la mencionada garantía constitucional, pues no coarta el derecho de los gobernados de expresar libremente sus ideas, en virtud de que lo que sanciona no es la expresión del pensamiento en sí mismo, sino el acuerdo de constitución de una organización criminal, cuya finalidad principal es cometer cierto tipo de delitos, lo que indudablemente va en perjuicio de la sociedad y del interés público, razón por la cual la represión de esa manifestación se ubica entre las limitaciones que el referido artículo 6o. constitucional impone a la libertad de expresión. Esto es, el mencionado artículo 2o., párrafo primero, es acorde con los principios que derivan de la garantía constitucional señalada, pues no sanciona el hecho o acto de pensar, sino el acto a través del cual se materializa ese pensamiento que se traduce en el acuerdo de tres o más personas para organizarse o la organización en sí*

para cometer los delitos a que el propio artículo 2o. se refiere, en forma permanente o reiterada.

Amparo en revisión 173/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías. Y un precedente más.

Visible con el número P. XXVI/2002, Tomo XVI, Julio de 2002, página 6, del SJF y su Gaceta. Registro 186,617.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. LOS ARTÍCULOS 2o. Y 4o. DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA NO VIOLAN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *El solo acuerdo de organización o la organización misma, que tenga como fin cometer alguno de los delitos precisados en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la propia ley, con independencia de la comisión y la sanción de ellos; lo que implica la autonomía del tipo. Asimismo, de la exposición de motivos de la iniciativa correspondiente, se advierte que se tomó en cuenta la necesidad de prever una ley especial que regulara la conducta consistente en la organización de tres o más personas encaminadas a cometer alguno de los delitos ahí señalados, pues se estimó que no obstante que se hacía mención a la “delincuencia organizada” en la legislación penal, la regulación era aún insuficiente; consecuentemente, al preverse la delincuencia organizada se establece un delito autónomo y no una agravante. Ahora bien, no obstante que tanto los preceptos aludidos como los artículos 83 bis y 83 quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos contemplan como bien jurídico protegido la seguridad pública o nacional, sin embargo éstos no tipifican los mismos hechos o conductas ilícitas. En efecto, de los artículos relativos al acopio de armas de fuego y explosivos, se advierte que los elementos del tipo son: a) La posesión de más de cinco armas de fuego; b) Que las armas sean de uso reservado al Ejército, Armada y Fuerza Aérea; c) Que la posesión sea sin el permiso correspondiente; y, d) La posesión de cartuchos en cantidades mayores a las permitidas. Por su parte, los elementos del tipo de delincuencia organizada son: 1) El acuerdo de tres o más personas*

para organizarse o que se organicen; 2) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; y, 3) Que el acuerdo o la organización tenga como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el mencionado artículo 2o. Esto es, los elementos que integran el tipo de cada figura delictiva: “delincuencia organizada”, “acopio de armas de fuego y explosivos” y “posesión de cartuchos” son totalmente diferentes, pues mientras el primero contempla dentro de sus elementos integrantes el acuerdo para organizarse o la organización, por sí solos, para cometer reiterada o permanentemente alguno de los delitos ahí señalados, con independencia de que se actualice la comisión de alguno de los delitos enlistados en el citado artículo 2o., el solo acuerdo de organización o la organización en sí constituye una figura delictiva, el segundo y el tercero aluden, respectivamente, a la reunión de armas de fuego reservadas al Ejército, Armada y Fuerza Aérea sin el permiso correspondiente y a la posesión de cartuchos en cantidades mayores a las permitidas. Luego, los tipos penales de mérito contemplan figuras delictivas diferentes; de ahí que el auto de formal prisión con el cual inicia la prosecución del proceso en la hipótesis de que se trata no se sigue por dos tipos diferentes que sancionan la misma conducta, pues los elementos que los constituyen son diversos y, por ende, se sancionan conductas distintas. Por consiguiente los artículos 2o. y 4o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no tipifican las mismas conductas que contemplan los artículos 83 bis y 83 quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y, por tanto, no transgreden el artículo 23 de la Constitución Federal.

Amparo en revisión 1111/2000. 30 de marzo de 2001. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rolando Javier García Martínez.

Visible con el número 2a. XLIX/2001, Tomo XIII, Mayo de 2001, página 446, del SJF y su Gaceta. Registro 189,737.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o., Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 4o., AMBOS DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA, ES AUTÓNOMO Y NO UNA AGRAVANTE. Del texto de los artículos

1o., 2o., párrafo primero, y 4o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en relación con su exposición de motivos, se advierte que el solo acuerdo de la organización o la organización misma, que tenga como fin cometer algunos de los delitos precisados en el numeral 2o. citado, es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la ley referida, con independencia de la sanción que le corresponda al ilícito o ilícitos cometidos. Acorde con lo anterior, debe decirse que el ilícito de mérito no es una agravante de los diversos previstos en las fracciones del citado artículo 2o. de la ley en cuestión, toda vez que las circunstancias señaladas denotan la autonomía del ilícito de delincuencia organizada, porque le dan vida propia, esto es, para su consumación no requiere de la realización de otra conducta tipificada como delito.

Amparo en revisión 173/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías. Y dos precedentes más.

Visible con el número P. XXV/2002, Tomo XVI, Julio de 2002, página 8, del SJF y su Gaceta. Registro 186,614.

La Tesis 2ª.XLIX/2001 y la P.XXV/2002, coinciden en sostener que el delito de Delincuencia Organizada previsto en los artículos 2º, y 4º, de la Ley en comento, es un delito autónomo y no un agravante de los diversos previstos en las distintas fracciones del referido numeral 2º. Lo anterior, en respuesta al cuestionamiento de que al dictarse el Auto de formal prisión tanto por el referido ilícito de Delincuencia Organizada como por el de Acopio de armas (art. 83 bis de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos) en el primer caso, y por el de Delito contra la Salud (arts. 194 fracciones II y III del Código Penal Federal) en el segundo, se estaba sancionando doblemente la misma conducta, infringiendo la garantía de que: “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”, consagrada en el artículo 23 Constitucional.

Compartimos la afirmación de que el delito que nos ocupa es un delito autónomo y no una agravante, no obstante que durante el proceso legislativo correspondiente, en el Dictamen del Senado se sostuvo que se modificaba la iniciativa presidencial respectiva

para que en una de las dos hipótesis el ilícito de referencia, ésta fungiera como una agravante de los delitos que el propio tipo precisaba.

Ciertamente, en un principio la Iniciativa presidencial de la Ley de mérito, definía el delito de Delincuencia Organizada de la siguiente manera:

Artículo 2.- Para los efectos de esta ley, existe delincuencia organizada cuando tres o más personas se organizan de manera permanente, bajo reglas de disciplina o control, para cometer, con el empleo de la violencia física o moral, o aprovechando estructuras comerciales o de negocios, alguno de los siguientes delitos: I... IV...

Ante dicho texto el Dictamen del Senado apuntó:

Se consideró oportuno partir de la concepción de delincuencia organizada que la iniciativa propone, sin embargo, estas comisiones han determinado que el referido concepto es limitado, ya que, por un lado, contiene demasiados elementos integrantes del tipo de carácter subjetivo, lo cual conllevaría a una aplicación arbitraria de la ley, en caso de que se aprobara; por el otro, se dejaban fuera del tipo otras muchas conductas delictivas relacionadas directamente con la delincuencia organizada.

[...]la delincuencia organizada no puede ser únicamente conceptualizada como un tipo delictivo, sino que es necesario entenderla también como una circunstancia agravante de la comisión de otros delitos, cuya principal característica es, precisamente, que se cometen mediante la participación en una organización delictiva.

En Italia, por ejemplo, el simple hecho de ser miembro de un grupo de la delincuencia organizada constituye un delito y permite el ejercicio de la acción penal, independientemente de los delitos que esa organización criminal cometa.

[...]se acordó proponer la reconceptualización del delito de delincuencia organizada, para considerarlo bajo dos modalidades.

La primera, como un delito en sí mismo, donde el acuerdo para delinquir de forma reiterada o permanente es la esencia de la descripción típica, dejando de lado elementos subjetivos difíciles de comprobar, tales como la disciplina o el control. Este sería un delito sancionable en sí mismo y que no depende de la comisión de alguna otra conducta antisocial.

También se le considera, a la delincuencia organizada, como una agravante en la comisión de delitos que afectan directamente a la seguridad pública, la seguridad nacional y algunos que además de afectar a los individuos, se cometen a través de organizaciones complejas, difíciles de investigar y perseguir con los medios comunes.

De donde se sigue que, contrariamente a lo que parecieran indicar los criterios en comento, conforme a dicho Dictamen, (que contiene el texto de la Ley que finalmente se expidió), estaríamos en presencia de una norma jurídico-penal que bajo la denominación común de Delito de Delincuencia Organizada, comprende dos descripciones claramente diferenciables, y que una de ellas, ciertamente, se identifica con lo que la doctrina denomina Tipo independiente o autónomo, en tanto que no requiere para su actualización, la realización de la conducta que se describe como fin, empero la otra descripción agruparía tantos tipos complementados o circunstanciados, como tipos penales se mencionan en las cinco fracciones del mencionado artículo 2º, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada conformando, *de facto*, una circunstancia agravante de éstos, pues para su actualización sí requiere la realización de alguna de estas conductas típicas descritas en estas fracciones.

En efecto, en la norma jurídico-penal en comento, conformada por los artículos 2º, y 4º, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ambas descripciones requieren de un sujeto activo plural: 3 o más personas, pero describe, para estas personas, dos conductas diferentes: 1.- *Acuerden organizarse* para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tengan como *fin o resultado* cometer alguno o algunos de los delitos que la misma norma precisa. Y, 2.- *Se organicen* para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tengan como *fin o resultado* cometer alguno o algunos de esos delitos. La sanción para ambas conductas es la misma, únicamente se establecen dos diferencias: A) Cuando el fin o el resultado, respectivamente, se liga a un delito contra la Salud, previsto en los artícu-

los 194 y 195, párrafo primero del Código Penal Federal, la punibilidad es mayor, con respecto a los otros delitos precisados en las cinco referidas fracciones; y B) Cuando el sujeto tenga funciones de administración, dirección o supervisión también se eleva la punibilidad con respecto de aquellos sujetos que no tengan estas funciones.

Lo expresado, lo podemos visualizar en el siguiente cuadro sinóptico.

DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

- | | | | | | | | |
|-------------------------|---|---|---|---|---|--|-----------------|
| I. Sujeto activo plural | { Tres o más personas | | | | | | |
| II. Conducta | <table border="0"><tr><td>{</td><td>A) Acuerden organizarse</td><td rowspan="2">}</td><td rowspan="2">Para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos precisados.</td></tr><tr><td></td><td>B) Se organicen</td></tr></table> | { | A) Acuerden organizarse | } | Para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos precisados. | | B) Se organicen |
| { | A) Acuerden organizarse | } | Para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos precisados. | | | | |
| | B) Se organicen | | | | | | |
| III. Sanción | { Serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada en términos del artículo 4o. | | | | | | |

Conforme al referido Dictamen del Senado, la conducta II.A) vendría a configurar el tipo delictivo autónomo: Acordar organizarse para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos precisados, sin que éstos se ejecuten; sin embargo, tal acuerdo lleva ínsito la existencia de la organización

delictiva¹ y la diversa II.B) conformaría el tipo complementado: Organizarse para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos precisados y que éstos se ejecuten; que funcionaría *de facto* como una circunstancia agravante, en tanto que no sólo presupone el *acuerdo de organizarse* para ese fin y, por ende, la existencia de la organización, sino que ésta ha estado actuando y ha tenido como *resultado* precisamente la ejecución de alguno o algunos de los delitos precisados en la norma, a cuyas penas, mediante un concurso ideal de delitos, se habrían de sumar la que correspondería por el delito de Delincuencia Organizada. Luego, aunque en esta segunda hipótesis normativa, el legislador no

¹ Discrepamos de la muy respetable opinión del doctor Sergio García Ramírez, en el sentido de que en esta hipótesis se sanciona el mero acuerdo y no la organización actual. *Delincuencia Organizada, Antecedentes y Regulación Penal en México. Segunda edición*, pp.108, 109 y 124 y 125. Ello debido a que si bien se reconoce la muy deficiente redacción de la norma en estudio y de esta hipótesis en particular, consideramos que: “*el acordar organizarse para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos precisados*”, queda inserta en la primera modalidad que el Dictamen del Senado se definió: “*...como un delito en si mismo, donde el acuerdo para delinquir en forma reiterada o permanente es la esencia de la descripción típica.*” Esto es, no se trata de que Juan, Pedro y Luis, se ponen de acuerdo para organizarse para ese fin, en tanto que deciden de común acuerdo, que en un momento próximo o fecha determinada se organizarán repartiendo funciones y programando las acciones y que es hasta cuando esto último acontece que se conforma la organización, aunque no haya actuado. Supuesto que además sería muy difícil demostrar y que en la praxis ni siquiera se surte. Se trata de que el legislador consideró que ese “*acordar organizarse para...*”, llevaba implícito un acuerdo para delinquir de manera permanente o reiterada y abstracta e indeterminada por cuanto hace a circunstancias de tiempo y lugar, empero definida con respecto a alguno o algunos de los delitos precisados y, por ende, ya presupone la existencia de la organización criminal, la que sólo espera las condiciones propicias para actuar y que, consecuentemente, su existencia per se pone en peligro los bienes jurídicos: seguridad pública y la seguridad nacional. Esto es, Juan, Pedro y Luis dan vida a la organización, desde el momento que ellos tres “*acuerdan en común organizarse para ese fin*”, independientemente de que la organización como tal actúe. La segunda modalidad: “*Se organicen para ...*” no coincide con la anterior hipótesis, pues no sólo presupone la existencia de la organización, sino que ésta ya ejecutó alguno o algunos de los delitos-fin, pues de otra manera no se podría entender que fungiera como agravante de éstos, como lo apunta el dictamen del Senado. En realidad, la primera hipótesis normativa que se comenta resulta de utilidad para cuando, a pesar de que se tienen elementos probatorios de que la organización existe o existió, se carece de elementos probatorios que demuestren las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ejecución del delito o de los delitos-fin. En la praxis, casi todas las consignaciones que el Ministerio Público formula por el delito de Delincuencia Organizada se realizan a partir de la demostración de alguno o algunos delitos-fin precisados en la norma en comento.

aumenta la punibilidad (el intervalo de la sanción establecida en la norma) del delito ejecutado en razón de una circunstancia agravante, que es lo que ordinariamente acontece con los tipos complementados agravados (constituyendo el delito ejecutado el delito básico y el haberlo realizado bajo la modalidad de Delincuencia Organizada, la circunstancia agravante), en realidad tendría el mismo efecto, pues a la pena (individualización por el juez de esa sanción) del delito ejecutado se habría necesariamente que sumar, la del diverso de la Delincuencia Organizada, con lo que *de facto* se estaría sancionando más gravemente el primero por haberse realizado bajo la modalidad de Delincuencia Organizada, esto es por haberse realizado por una organización que tuviere la finalidad de realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer ese delito y con ello tendría el mismo efecto de que si esta modalidad se hubiese configurado como una circunstancia agravante que aumentare la punibilidad del delito-básico ejecutado.

No obstante lo apuntado, discrepamos con el anterior análisis, por las siguientes razones:

a) Aun en la segunda hipótesis normativa II.B), el citado artículo 2º, al referir “...serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:”, liga la sanción a la pertenencia a la organización existente y no a cada delito ejecutado bajo la modalidad de la Delincuencia Organizada (como correspondería a la operancia de una agravante).

b) Al exigir la descripción penal en comento que, las conductas que realice esa organización tengan “*como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:...*”, presupone que la sanción es aplicable, en una sola ocasión, aunque se cometan varios delitos, incluso en tiempos distintos, al amparo de esa misma organización.

c) Esto es, se trata de un delito permanente o continuo, en tanto que es susceptible de prolongarse en el tiempo, y la organización de mérito durante este período, cometer varios de los delitos que precisa la norma.

Todo lo anterior, como es evidente, riñe con una comprensión de la hipótesis normativa II.B) como agravante de cada delito ejecutado por la organización.

Consideramos, por otra parte, ociosa la introducción del legislador de esta segunda hipótesis: “se organicen”, porque presupone a la primera: “acuerden organizarse”, es decir, la organización actuante (que ya ejecutó alguno o algunos de los delitos precisados en las cinco fracciones del citado artículo 2º.) presupone, necesariamente, un acuerdo expreso o tácito de quienes la integran, luego si lo que se sanciona es la pertenencia a esa organización y no, propiamente, el haber cometido los delitos ahí precisados bajo la modalidad de una organización delincuencial, si esa pertenencia ya se comprende en la primera hipótesis, la segunda resulta superflua e innecesaria y genera además confusión.

Lo anterior, desde luego, sin perjuicio que la ejecución de alguno o algunos de los delitos precisados en las citadas cinco fracciones, se signifiquen como un elemento de prueba de: que la organización existe o existió, de quienes la integran y evidentemente de que ese acuerdo expreso o tácito fue para realizar “conductas que por sí o unidas a otras, tienen como finalidad o resultado cometer alguno o algunos de los delitos precisados...” en esas cinco fracciones. Empero, no hay necesidad de que en una segunda hipótesis normativa ese elemento de prueba: la ejecución de uno de los delitos-fin, se erija en un elemento de la descripción típica.

Por otra parte, no se coincide con la afirmación contenida en la Tesis P.XXXII/2002, de que un elemento del tipo de delincuencia organizada lo sea: “2.- *Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma reiterada o permanente;*” pues, este adverbio de tiempo rige para la realización de las conductas que tienen como fin o resultado cometer alguno de los delitos que la norma precisa, empero no para el acuerdo de organizarse o la organización actuante, de tal suerte que la organización *de facto* puede tener una existencia transitoria, pues lo importante es que sus integrantes tengan en mente, durante la vida de aquélla, por corta que sea, la realización

permanente o reiterada de esos delitos, aunque finalmente la existencia de la organización resulte efímera por causas ajenas a sus integrantes, como pudiera ser la aprehensión de éstos. Esto es, el delito de Delincuencia Organizada no requiere que el acuerdo de organización o la organización actuante, se prolongue durante algún tiempo o “se reitere”, sino tan sólo que al momento de constituirse sus integrantes tengan el propósito de realizar de manera permanente o reiterada los delitos precisados en la norma, independientemente de la vida o existencia de la organización. Aunque, desde luego, la prolongación en el tiempo de la existencia de la organización, puede ser un elemento probatorio que evidencie que ese propósito era el de sus integrantes.

Otra diversa tesis que también, en nuestra opinión, erróneamente estima como elemento integrador del tipo de Delincuencia Organizada “2.- *Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada;*” lo es la 1ª.CLXVIII/2004, que es del tenor siguiente:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMO CON RESPECTO AL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. De conformidad con el primero de los numerales citados, los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son los siguientes: a) *Un acuerdo de tres o más personas para organizarse o la existencia de esa organización;* b) *Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada;* c) *Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.* Por su parte, el artículo 164 del Código Penal Federal establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de tres o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es, cometer ilícitos. De lo anterior puede establecerse el rasgo distintivo entre ambas figuras delictivas, ya que mientras el

delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 2o. de la ley citada, el delito de asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2o., en el sentido de que: "... serán sancionadas por ese solo hecho ...", excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa.

Amparo en revisión 1212/2004. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Visible en el Tomo XXI, Enero de 2005, página 412, del SJF y su Gaceta. Registro 179,616.

Así mismo, otra tesis relacionada con los numerales 2º y 4º del ordenamiento que se comenta es la P.XXXII/2002, del tenor siguiente:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. LOS ARTÍCULOS 2o., FRACCIÓN I, Y 4o., FRACCIÓN I, INCISO A), DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO TIPIFICAN LOS MISMOS HECHOS O CONDUCTAS ILÍCITAS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 194, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y, POR TANTO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El solo acuerdo de organización o la organización misma que, como establece el artículo 2o., fracción I, de la ley de la delincuencia organizada, tenga como fin cometer alguno de los delitos contra la salud, es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la propia ley, con independencia de la comisión y sanción de estos últimos, implicando la autonomía del tipo, respecto del artículo 194, fracción III, del Código Penal Federal. En efecto, del artículo relativo al delito contra la salud en la modalidad de colaborar "de cualquier manera

al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo (capítulo I ‘De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos’, comprendido en el título séptimo ‘Delitos contra la salud’)”, del Código Penal Federal, se advierte que la descripción del tipo penal es la siguiente: Que el sujeto activo preste colaboración a otras personas en el financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere el capítulo I, título séptimo, del Código Penal Federal, en la inteligencia de que esa colaboración implica su intervención en inversiones o cuestiones financieras que capten los recursos procedentes del narcotráfico, y que después vuelvan a reinvertirse como recursos económicos en el financiamiento de esas conductas ilícitas, o bien supervisando o fomentando para posibilitar la ejecución de estas últimas. Por su parte, los elementos del tipo de delincuencia organizada son: 1) El acuerdo de tres o más personas para organizarse o que se organicen; 2) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; y, 3) Que el acuerdo o la organización tenga como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el mencionado artículo 2o., esto es, los tipos de ambas figuras delictivas “delincuencia organizada” y “delito contra la salud” en la modalidad mencionada son diferentes: primero, porque mientras aquél contempla dentro de sus elementos integrantes el acuerdo para organizarse o la organización, por sí solos, para cometer reiterada o permanentemente alguno de los delitos señalados en esa ley federal, con independencia de que se actualice la comisión de alguno de esos ilícitos, el segundo alude a la conducta consistente en prestar colaboración a otras personas, en el financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere el capítulo aludido; en segundo lugar, el numeral 2o. requiere de pluralidad de sujetos activos del delito, es decir, concurrencia de voluntades, requisito no exigido en el artículo 194, pues conforme a éste el activo del delito contra la salud puede ser una sola persona. Lo expuesto revela que los artículos analizados contemplan figuras delictivas diferentes; de ahí, que el auto de formal prisión con el cual inicia la prosecución del proceso a la peticionaria de

garantías no se sigue por dos delitos que sancionan la misma conducta sino que se está en presencia de un concurso real de delitos, como lo establece el artículo 18 del Código Penal Federal y no infringen el artículo 23 de la Constitución Federal.

Amparo en revisión 446/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

Visible en el Tomo XVI, Julio de 2002, página 10, del SJF y su Gaceta. Registro 186,612.

En la demanda de amparo que le dio origen, se reclama un auto de formal prisión dictado por los delitos de Delincuencia Organizada, previstos en los artículos 2º, fracción I (hipótesis del ilícito contra la Salud), 4º, fracción I, inciso a) (hipótesis de a quién tenga funciones de dirección o supervisión) de la ley de la materia; así como por el de contra la Salud, en la modalidad de colaboración en el fomento de la introducción, transportación y extracción de narcóticos, previsto y sancionado por los artículos 193 y 194, fracción III, del Código Penal Federal; y se alega que el primer delito que nos ocupa transgrede el referido artículo 23 constitucional, al sancionar como delito conductas que ya están tipificadas en la fracción III del mencionado artículo 194, porque su aplicación conjunta produce la consecuencia de sancionar dos veces el mismo delito.

Tal vez, una respuesta más convincente que el criterio expuesto, conforme a lo aquí expresado, sería que si bien en el citado formal procesamiento se está considerado la misma conducta de colaboración en el fomento de la introducción, transportación y extracción de narcóticos (prevista en los artículos 193 y 194 del CPF), para configurar, tanto este ilícito como el delito de Delincuencia Organizada en su hipótesis de organización que tiene como finalidad realizar en forma permanente o reiterada conductas que tienen como *resultado*, precisamente ese delito de colaboración; el delito de Delincuencia Organizada, lo que en realidad sanciona es la pertenencia a esa organización lo cual es una conducta diferente a la descrita en el delito contra la Salud en su modalidad de colaboración. Esto se hace más patente, bajo la consideración de que este

ultimo ilícito no requiere ser ejecutado por una organización de tres o más personas que estén organizadas para realizar en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tengan como fin o resultado precisamente la comisión del delito contra la Salud en la modalidad de colaboración. O bien, que las conductas consistentes en la realización del delito contra la Salud en su modalidad de colaboración, no son más que elementos de prueba que demuestran la pertenencia del acusado a la organización delictiva, empero lo que sanciona el delito que nos ocupa es esa pertenencia y no la conducta descrita por el delito contra la Salud en su modalidad de colaboración.

Otras diversas tesis relacionadas con el delito de Delincuencia Organizada son las jurisprudenciales II.2°.P.J/26 y la II.2°.P.J/22, así como la II.2°.P.173 P, que coinciden con lo expuesto y a la letra dicen:

DELINCUENCIA ORGANIZADA Y COLABORACIÓN AL FOMENTO PARA POSIBILITAR LA COMISIÓN DE DELITOS CONTRA LA SALUD. DIFERENCIA ENTRE ESTOS DELITOS. Resulta indiscutible la existencia de una diferencia obvia entre el llamado delito de delincuencia organizada, previsto en términos del artículo 2o. de la ley especial respectiva, y el diverso denominado de colaboración al fomento para la ejecución de delitos contra la salud, a que se refiere la fracción III del artículo 194 del código punitivo federal, pues mientras en el primero la acción nuclear del tipo viene a ser el simple hecho de organizarse o, en su caso, acordar hacerlo, es decir, la conducta consciente y voluntaria (dolosa) de pertenencia al grupo de tres o más personas que participan del fin de cometer determinada clase de delitos (entendidos en abstracto y con independencia de que se llegaren a manifestar o no). En cambio, en el segundo, la conducta punible no es el formar parte de un grupo, sino la realización de una conducta concreta y específica de colaboración, por cualquier forma, al fomentar para posibilitar la ejecución de un diverso o diversos delitos contra la salud, los cuales, si bien tampoco es necesario que se realicen o se consumen deben formar parte de la finalidad específica del colaborador y constituir parte

del contexto para el análisis posible y constatación debida del carácter de “colaboración exigido para el acreditamiento del delito”. Plasmada tal diferencia, resulta conveniente precisar que el Juez responsable está obligado a distinguir entre ambas figuras delictivas, a fin de cumplir con la garantía constitucional referente a una adecuada motivación en el tema de que se trata, pues la autoridad de instancia se encontraba constreñida a especificar los medios de prueba con los que acreditó de manera probable la conducta de colaboración de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos contra la salud. Así también al atribuir de manera probable al quejoso el diverso ilícito de delincuencia organizada, y con el fin de cumplir con la garantía en comento, el Juez de la causa está obligado también a señalar con toda precisión los hechos diferentes que a su juicio constituyen una y otra variante delictiva, y la forma de intervención específica del quejoso y las pruebas con las que se acreditan tales extremos.

Amparo en revisión 289/2002. 14 de febrero de 2003. Unanimitad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendáin Carrillo. Y cuatro precedentes más.

Visible en el Tomo XXVI, Agosto de 2007, página 1223, del SJF y su Gaceta. Registro 171,802.

DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE. Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito puede clasificarse como de naturaleza plurisubjetiva, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de “organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo”; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer

alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan; por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina “de resultado anticipado o cortado” puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. Además, es sin duda un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse.

Amparo en revisión 289/2002. 14 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendáin Carrillo. Y cuatro precedentes más.

Visible en el Tomo XXIV, Septiembre de 2006, página 1194, del SJF y su Gaceta. Registro 174,276.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. TRATÁNDOSE DE ESTE DELITO DE NATURALEZA PERMANENTE LA UBICACIÓN DEL ACTO DELICTIVO EN CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR QUE EXIGE EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SE SATISFACE MOTIVANDO LA TEMPORALIDAD DE LA PERTENENCIA DEL SUJETO ACTIVO A LA AGRUPACIÓN. *Para cumplir cabalmente con el artículo 19 constitucional, en cuanto a la exigencia de ubicación del acto delictivo en circunstancias de modo, tiempo y lugar, es evidente que debe atenderse a la naturaleza del delito de que se trata, y si bien es cierto que tratándose de un delito permanente o de tracto sucesivo, como podría clasificarse el llamado “contra la delincuencia organizada”, no habrá de buscarse una fecha exacta o lugar único de consumación, como puede esperarse en los instantáneos, ello no significa que la autoridad judicial esté exenta de dicha obligación, pues respecto de dichos ilícitos de naturaleza permanente, esas circunstancias deben destacarse resaltando la temporalidad y peculiaridad de cada uno de los actos que se*

estiman significativos para probar, en su caso, esa existencia y continuidad de ejercicio del comportamiento de efectos permanentes que constituyen el hecho reprochable. Así, tratándose del delito previsto en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la exigencia constitucional en comento, debe satisfacerse motivadamente, señalando los actos concretos de intervención del indiciado de que se trate, conforme a las circunstancias espacio temporales de verificación y dentro del ámbito de validez temporal de la ley respectiva y las pruebas en que tal afirmación se sustente; es decir, debe ubicarse la temporalidad de la pertenencia a la agrupación utilizando para ello la cita de los actos concretos de intervención conforme a los fines de la agrupación de las que sí se debe precisar suficientemente circunstancias espacio temporales, mas no porque fuesen dichos actos el objeto de reproche, sino como parámetro o referencia útil para constatar la pertenencia al grupo que es lo que verdaderamente constituye el núcleo típico del delito de que se trata.

Amparo en revisión 214/2004. 18 de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendáin Carrillo.

Visible en el Tomo XXI, Junio de 2005, página 797, del SJF y su Gaceta. Registro 178,207.

Las tesis que tocan el tema de la aplicación de la norma que contempla el ilícito de Delincuencia Organizada, con respecto a la garantía de la no aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del reo son las siguientes:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA DEBIDA MOTIVACIÓN PARA EL ACREDITAMIENTO DE ESTE DELITO DEBE REFERIRSE A LA TEMPORALIDAD DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS COMO DELICTUOSOS EN RELACIÓN CON LA VIGENCIA DE LA LEY DE LA MATERIA. Si algunas de las conductas atribuidas al quejoso se cometieron con anterioridad a la vigencia del delito establecido en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, vigente a partir del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, es evidente que las conductas anteriores a esta fecha no pueden ser constitutivas de dicho delito. En este sentido, si la

autoridad responsable omite exponer las razones particulares y causas inmediatas por las que a su juicio se satisfacen los extremos legales que constituyen la materialidad del delito de que se trata, así como la responsabilidad probable del quejoso a la luz de la vigencia de la ley especial aplicada, resulta carente de la debida motivación la resolución que omite referirse a la temporalidad de los actos atribuidos al quejoso como delictuosos, en relación con la vigencia de la ley respectiva.

Amparo en revisión 42/2002. 23 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo García Torres. Secretario: Julio César Ramírez Carreón. Y dos precedentes más.

Visible con el número II.2º.P.103 P, Tomo XVIII, Octubre de 2003, página 988, del SJF y su Gaceta. Registro 183,087.

DELINCUENCIA ORGANIZADA Y ASOCIACIÓN DELICTUOSA. PARA ENCUADRAR LA CONDUCTA ILÍCITA DEL INCUPLADO EN ALGUNO DE ESTOS TIPOS PENALES, NO DEBE REGIR EL PRINCIPIO DE APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY EN BENEFICIO DEL INCUPLADO O SENTENCIADO, SINO EL DE ESPECIALIDAD. Cuando el inculcado realiza una conducta ilícita susceptible de encuadrarse tanto en el tipo penal de asociación delictuosa, tomando en cuenta el momento en que comenzó a delinquir, como en el de delincuencia organizada, por la continuación de su conducta hasta la entrada en vigor de esta nueva norma penal, el problema no es de aplicación retroactiva de la ley más benéfica, sino de una concurrencia aparente de normas que ha de resolverse bajo el principio de especialidad, según el cual la ley especial excluye a la general (*lex specialis derogat legi generali*) y, en el caso, la norma penal que prevé y sanciona al delito de asociación delictuosa es una norma general, con respecto a la diversa de delincuencia organizada, en la hipótesis de organizarse para realizar en forma permanente o reiterada conductas que por sí tengan como fin cometer los delitos en ella precisados, puesto que este tipo penal contiene, además de los elementos de la descripción penal de asociación delictuosa, el especializado relativo a que el propósito de delinquir se concrete a la comisión de ciertos ilícitos. Por tanto, el concurso aparente de normas, ha de resolverse atendido a la

especialidad del tipo penal de delincuencia organizada, sin que obste que la organización a la que se dice pertenecía el inculpado se hubiere conformado con anterioridad a la vigencia de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, porque tal conformación se prolongó en el tiempo hasta quedar comprendida dentro de la vigencia de este ordenamiento especial. Consecuentemente, la norma penal que prevé y sanciona la delincuencia organizada no obra hacia el pasado en perjuicio del inculpado, sino que se le aplica por su conducta desplegada a partir de que entró en vigor, atendiendo al principio de especialidad.

Amparo en revisión 315/2003. 25 de marzo de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Humberto Venancio Pineda. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Julio César Ramírez Carreón.

Visible con el número II.2º.P.150 P, Tomo XX, Octubre de 2004, página 2336, del SJF y su Gaceta. Registro 180,362.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. NO SE APLICA RETROACTIVAMENTE EN PERJUICIO DEL ACUSADO AUNQUE SE DEMUESTRE SU PERTENENCIA A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ESPECIAL QUE LA PREVÉ, SI TAL PERTENENCIA SE PROLONGÓ DESPUÉS DE ESA FECHA. Ello es así cuando, en el supuesto que se apunta, la norma que prevé y sanciona el ilícito de delincuencia organizada se aplica sólo por la conducta que el indiciado desplegó a partir del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis en que inició su vigencia, en observancia al principio de que la norma vigente debe regir el acto (*tempus regit actum*), es decir, no obra hacia el pasado en su perjuicio. No es óbice a lo anterior la relación de especialidad que guarda este tipo penal respecto al diverso de asociación delictuosa (en tanto que el primero, además del agrupamiento de tres o más personas con el propósito de delinquir y la reiteración o permanencia de realizar actos delictivos, requiere el elemento especializante consistente en la vinculación de ese propósito a realizar ciertos ilícitos que taxativamente indica), ni la naturaleza permanente o continua de ambos, pues tales circunstancias sólo impedirían que, originalmente descubierta la pertenencia del imputado (desde su ingreso a ella, hasta la fecha de su deten-

ción), se aplicase, por un lado, la norma que prevé y sanciona la asociación delictuosa, por el surgimiento de la organización y la pertenencia del inculpado a ésta, hasta antes de la entrada en vigor de la diversa norma que prevé y sanciona el delito de delincuencia organizada: siete de noviembre de mil novecientos noventa y seis; y, por otro lado, que se aplique la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, por el lapso en que estuvo actuando en tal organización, específicamente desde el ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, fecha del inicio de la vigencia de la ley federal, hasta la fecha de su detención, ya que ello presupondría que siendo un delito permanente o continuo el de asociación delictuosa y habiéndose, en la especie, prolongado su consumación hasta abarcar la vigencia de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se le estaría sancionando doblemente a través de la figura de delincuencia organizada, que contiene los mismos elementos de la diversa de asociación delictuosa y otros más. Esto es, a partir del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis se estaría en realidad sancionando la misma conducta de asociación delictuosa dos veces: 1a.) La que tuvo lugar antes del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, mediante la aplicación de la norma que prevé y sanciona el delito de asociación delictuosa; y, 2a.) La que se verificó después de esa fecha, a través de la aplicación de la norma que prevé y sanciona el ilícito de delincuencia organizada, recalificando una sola conducta considerándola constitutiva desde un ángulo como ilícito del delito de asociación delictuosa y, por otro, del diverso de delincuencia organizada, con trasgresión del principio non bis in idem, consagrado en el artículo 23 constitucional, entendido de manera dinámica no sólo como la consagración de la “cosa juzgada” en materia penal.

Amparo en revisión 315/2003. 25 de marzo de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Humberto Venancio Pineda. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Julio César Ramírez Carreón. Y un precedente más.

Visible con el número II.2º.P.147 P, Tomo XX, Octubre de 2004, página 2327, del SJF y su Gaceta. Registro 180,363.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN BENEFICIO DEL INCULPADO O SENTENCIADO. NO SE INFRINGE ESTE PRIN-

CIPIO CUANDO SE ESTIMA CONFIGURADO EL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA Y NO EL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA, A PESAR DE EXISTIR EVIDENCIA DE LA PERTENENCIA DEL ACUSADO A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY FEDERAL QUE LO PREVÉ, POR TRATARSE DE UN DELITO CONTINUO QUE SE PROLONGÓ HASTA LA VIGENCIA DE ESTA ÚLTIMA. El artículo 56 del Código Penal Federal consagra el principio de la aplicación retroactiva de la ley en beneficio del inculpado o sentenciado, que relacionado con el tema denominado conflicto de sucesión de leyes en el tiempo presupone: 1. Que estando en vigor una norma penal se cometa una conducta que aquélla considera como delito; 2. Que antes de que el inculpado o sentenciado extinga la pena o medida de seguridad que le pudiera corresponder conforme a esa norma, entre en vigor otra nueva que le resulte más favorable, como podría ser: la que suprime el tipo penal o lo modifica agregándole elementos, la que admite la tentativa excluida en la disposición precedente, la que reconoce expresamente una nueva causa de licitud para el hecho, la que requiere la interposición para la querella, la que le agrega circunstancias atenuantes o la que describiendo la misma conducta típica que su antecesora, le asigne una punibilidad más benigna. Ahora bien, dichos presupuestos no se satisfacen en el caso de que la conducta atribuida al indiciado, considerada como constitutiva del delito de delincuencia organizada, hubiera iniciado antes del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, fecha en que entra en vigor la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, por las razones siguientes: 1) La conducta imputada no sólo se realiza antes del inicio de la vigencia de la nueva norma penal que prevé y sanciona el delito de delincuencia organizada, sino que siguió cometiéndose después de que entrara en vigor, dando lugar a un concurso aparente de normas a partir del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, porque esa continuada conducta, desde entonces, aparentemente fue susceptible de encuadrarse tanto en el tipo penal de asociación delictuosa, como en el diverso de delincuencia organizada, ambos contenidos en normas vigentes. 2) La nueva disposición jurídica que

contiene el tipo penal de delincuencia organizada, no suprime el tipo penal de asociación delictuosa ni cambia su estructura. 3) La norma penal nueva o posterior (que prevé y sanciona el delito de delincuencia organizada) no tiene punibilidad menor a la norma anterior que prevé y sanciona la asociación delictuosa; por tanto, en el caso, no se infringe el principio de retroactividad de la ley en beneficio del inculcado o sentenciado, por tratarse de un delito continuo que se prolongó hasta la entrada en vigor de la nueva norma penal.

Amparo en revisión 315/2003. 25 de marzo de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Humberto Venancio Pineda. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Julio César Ramírez Carreón. Y un precedente más.

Visible con el número II.2º.P.146 P, Tomo XX, Octubre de 2004, página 2400, del SJF y su Gaceta. Registro 180,260.

En el A.R. 315/2003, del cual derivaron los últimos tres criterios, los conceptos de violación respectivos, sostienen que en virtud de que el Auto de Formal Prisión se había librado por los delitos de: contra la Salud en su modalidad de Tráfico y Delincuencia Organizada, no obstante que en la misma resolución se hace notar que la organización nació desde el año de 1992, se estaba infringiendo la mencionada garantía, así como el principio de la aplicación retroactiva de la ley en beneficio del inculcado previsto en el artículo 56 del Código Penal Federal. La detención de los inculcados se verificó en el año de 1998, y se les atribuyó que perteneciendo a la organización delictiva, realizaron conductas de tráfico antes y después de la entrada en vigor de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, es decir con posterioridad al 8 de noviembre de 1996.

La siguiente tesis se relaciona con un Auto de Formal Prisión dictado por el delito de Delincuencia Organizada cuya punibilidad se encuentra prevista en el artículo 4º, fracción I, inciso a), de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, (para los que tengan funciones de administración, dirección o supervisión, en tratándose de delitos contra la Salud previstos en los artículos 194 y 195, párrafo primero del Código Penal Federal); los conceptos de violación referidos a que dicha norma establece una pena inusitada

y trascendental, se consideraron inoperantes porque todavía no se impone la pena.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. ES INOPERANTE EL ARGUMENTO CONSISTENTE EN QUE EL ARTÍCULO 4o., FRACCIÓN I, INCISO A), DE LA LEY FEDERAL DE LA MATERIA ESTABLECE UNA PENA INUSITADA Y TRASCENDENTAL Y, POR ENDE, ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CUANDO SE RECLAMA CON MOTIVO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN. *Toda vez que el Juez, al dictar el auto de formal prisión, sólo debe tener en cuenta los elementos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, pero sin imponer pena alguna, se concluye que cuando en el juicio de amparo se reclama el auto de formal prisión en el que se cita, entre otros artículos, el artículo 4o., fracción I, inciso A), de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y la parte quejosa alega que éste viola el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por establecer una pena inusitada y trascendental, el concepto de violación relativo resulta inoperante porque en ese estado del proceso penal todavía no se da el supuesto de aplicación del mencionado precepto constitucional, en virtud de que no se ha dictado sentencia definitiva y, por tanto, no se sabe si el inculpado será declarado penalmente responsable de los delitos por los cuales se le acusó ni se le impondrá una pena, pues conforme a lo establecido en los artículos 20, apartado A, fracciones VI y VIII, y 21, párrafo primero, de la Constitución Federal, las penas sólo pueden imponerse válidamente, por el Juez penal, precisamente en la sentencia con que culmine el proceso, de modo que como esta hipótesis de aplicación todavía no se presenta, resultan inoperantes los conceptos de violación respectivos.*

Amparo en revisión 446/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

Visible con el número P.XXX/2002, Tomo XVI, Julio de 2002, página 9, del SJF y su Gaceta. Registro 186,613.

No se comparte el muy respetable criterio expuesto, en virtud de que si bien en el auto de formal procesamiento que se emite por

ese delito en la hipótesis normativa en comento (por tener funciones de administración, dirección o supervisión), el juzgador no le aplica pena alguna, porque todavía no realiza la punición de la conducta típica atribuida al acusado, entendida tal punición como el acto mediante el cual el juzgador, después de establecer la plena responsabilidad del inculcado en el delito de mérito, individualiza la sanción dentro de los márgenes establecidos por el legislador; lo cierto es que dicha punibilidad no se puede comprender separada del delito por el cual se dictó el auto de formal prisión, pues este ilícito lo conforma tanto la descripción penal como la sanción que tiene prevista. La norma jurídica penal comprende el tipo penal y la sanción con la que se le relaciona, sin sanción no habría tipo penal ni delito. Por otra parte, tan se toma en consideración la punibilidad establecida en ese precepto para el dictado del auto de formal prisión, que éste requiere que el delito por el cual se emita, se encuentre sancionado con pena privativa de la libertad, luego el precepto que contiene esa punibilidad sí se aplica en esa resolución en perjuicio del reo.

3.- Los artículos 14 y 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada disponen:

Artículo 14.- Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal.

Artículo 34.- La Procuraduría General de la República prestará apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos a que se refiere esta Ley, así se requiera.

La tesis relacionada con estos preceptos es la PXXXI/2002, que a la letra dice:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. PARA QUE SEA PROCEDENTE LA IMPUGNACIÓN EN AMPARO, DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 34 DE LA LEY FEDERAL DE LA MATERIA, ES NECESARIO QUE HAYAN SIDO APLICADOS EN PERJUICIO

DE LA PARTE INCULPADA, LO CUAL SÓLO OCURRE SI EL MINISTERIO PÚBLICO, ANTES DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, LE OCULTA LA IDENTIDAD DE LOS TESTIGOS QUE DECLARARON EN SU CONTRA. En materia de amparo contra leyes, es necesario que la acción constitucional se ejerza con motivo del primer acto de aplicación de la ley que cause perjuicio al gobernado; por tanto, debe estimarse que el cuestionamiento de la constitucionalidad de los artículos 14 y 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que facultan al Ministerio Público de la Federación a mantener bajo reserva la identidad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada, hasta el ejercicio de la acción penal, con la correlativa obligación de la Procuraduría General de la República de prestar apoyo y protección suficientes a dichos testigos, sólo procede ser examinado en el juicio de amparo, cuando el Ministerio Público Federal, antes de ejercitar la acción penal contra el inculcado, hubiere mantenido en reserva o le haya ocultado la identidad de los testigos que declararon en su contra, pero cuando de las actuaciones de la averiguación previa se desprende que se asentó el nombre de cada uno de dichos testigos y el Ministerio Público los dio a conocer a la parte inculpada como las personas que deponen en su contra, y esta última se manifestó conocedora de sus identidades, es dable concluir que los artículos citados no se aplicaron en la parte que podría perjudicarle y que, por tanto, opera la causal de improcedencia establecida en el artículo 73, fracción VI, de la Ley de Amparo.

Amparo en revisión 446/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

Visible con el número PXXXI/2002, Tomo XVI, Julio de 2002, página 11, del SJF y su Gaceta. Registro 186,611.

Esto es, en el caso de que trata este criterio se consideró que al no aplicarse en perjuicio del quejoso-inculpado los preceptos 14 y 34 de la ley de la materia, se surtía la causal de improcedencia, prevista en el artículo 73, fracción VI, de la Ley de Amparo que dispone: “El juicio de amparo es improcedente: ...VI: Contra leyes, tratados y reglamentos que, por su sola vigencia no causen perjuicio al quejoso,

sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio;"

4.- El artículo 7º del Cuerpo normativo que nos ocupa establece:

Artículo 7o.- Son aplicables supletoriamente a esta Ley, las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, las del Código Federal de Procedimientos Penales y las de la legislación que establezca las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad, así como las comprendidas en leyes especiales.

La tesis que se relaciona con este numeral es la P.XXVII/2002:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 7o. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El numeral 7o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no contraviene el artículo 133 constitucional, pues sólo instituye la supletoriedad de las disposiciones de los Códigos Penal Federal y Federal de Procedimientos Penales, así como de las legislaciones que establezcan las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad e, incluso, las comprendidas en leyes especiales; por tanto, la supletoriedad indicada no atenta en contra del principio de supremacía constitucional, del que no se infiere ninguna jerarquía entre las leyes emanadas del Congreso de la Unión.

Amparo en revisión 173/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías. Y dos precedentes más.

Visible en el Tomo XVI, Julio de 2002, página 7, del SJF y su Gaceta. Registro 186,615.

5.- Los artículos 35 y 40 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada preceptúan:

Artículo 35.- El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos

de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;

II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;

III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y

IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.

En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.”

Artículo 40.- Para efectos de la comprobación de los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado, el juez valorará prudentemente la imputación que hagan los diversos participantes en el hecho y demás personas involucradas en la averiguación previa.

Las tesis que se relacionan con estos numerales son las siguientes.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. REDUCCIÓN DE LA PENA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 35, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA. APLICACIÓN EXCLUSIVA DE DICHO BE-

NEFICIO. El artículo 35, fracción II, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, establece que se podrá reducir la pena que le correspondería al miembro de la delincuencia organizada que aporte indicios en la averiguación previa en la que esté implicado, que sirvan para la consignación de otros de sus miembros. Esta disposición resulta aplicable en el momento en que se realice la individualización de sanciones, y se tomen en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, así como los beneficios procedentes, entre los cuales se encuentra el beneficio de la reducción de la pena hasta en dos terceras partes, que establece el numeral citado. Por lo que dicho beneficio sólo puede ser aplicado a quien se ubique en la hipótesis jurídica prevista, y no puede tener aplicación a otras personas aunque pudieran llegar a resentir algún perjuicio en razón de los indicios aportados.

Amparo directo en revisión 851/2002. 14 de enero de 2004. Mayoría de tres votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Disidente y Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarias: Carmina Cortés Rodríguez y Guadalupe Robles Denetro.

Visible con el número 1^a.LXXIX/2004, Tomo XX, Julio de 2004, página 193, del SJF y su Gaceta. Registro 181,155.

TESTIGO PROTEGIDO. SU NATURALEZA NO CONTRARÍA LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 289, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, POR CUANTO A QUE EL SOBORNO LE DETERMINE A DECLARAR CONTRA OTROS MIEMBROS DE LA DELINCUENCIA. El artículo 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada precisa que al miembro de la organización delictiva que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de ésta, podrá recibir los beneficios que van desde no utilizar en su contra los medios de prueba derivados de la averiguación previa iniciada por su colaboración, hasta la reducción de sanciones. Sin embargo, tales privilegios son posteriores a que haya aportado ayuda y ésta resulte realmente eficaz para la investigación y persecución de otros miembros, pero no deben considerarse premios, recompensas o dádivas por el solo hecho de declarar contra algún miembro de la organización; por tanto, el que un

testigo protegido decida declarar contra otro miembro de dicha agrupación, si bien puede atender a su intención de verse favorecido con esos beneficios, ello no lo hace un testigo sobornado, en términos del artículo 289, fracción V, del Código Federal de Procedimientos Penales, toda vez que el “soborno” implica la corrupción de quien acepta la dádiva a cambio de algo indebido, empero no puede tener tal calificativo el proporcionar información verídica y eficaz para lograr el castigo de otros miembros de la delincuencia organizada.

Amparo en revisión 315/2003. 25 de marzo de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Humberto Venancio Pineda. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Julio César Ramírez Carreón.

Visible con el número II.2º.P.145 P, Tomo XX, Septiembre de 2004, página 1886, del SJF y su Gaceta. Registro 180,437.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA. El artículo 16, párrafo primero, de la Constitución Federal establece la garantía de seguridad jurídica, consistente en que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado, garantía que no contraviene el artículo 40 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, aun cuando no establece reglas concretas para que el Juez, en ejercicio de sus facultades, valore la imputación formulada por los diversos participantes en el hecho delictuoso investigado y demás personas involucradas en la averiguación previa, a fin de tener por comprobados “los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado”, dado que la valoración de mérito no debe ser arbitraria o caprichosa, sino con prudencia, sensatez y buen juicio, es decir, el juzgador, en ejercicio de su arbitrio judicial, debe establecer si hay adecuación entre los hechos atribuidos a los inculpados y el ilícito que se les imputa. Además, el Juez debe motivar adecuadamente por qué la imputación respectiva es eficiente y suficiente para tener por probados “los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado”, esto es, está obligado a exponer pormenorizadamente los razonamientos idóneos para justificar la determinación que al respecto pronuncie. En tales circunstancias, las disposiciones del numeral 40 no contravienen la garantía de seguridad jurídica

contemplada en el párrafo primero del artículo 16 constitucional, pues no facultan al juzgador a valorar arbitrariamente los elementos probatorios a que el propio precepto se refiere.

Amparo en revisión 173/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías. Y dos precedentes más.

Visible con el número XXVIII/2002, Tomo XVI, Julio de 2002, página 7, del SJF y su Gaceta. Registro 186,616.

TESTIGOS PROTEGIDOS. PARA LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO, TRATÁNDOSE DE DELITOS VINCULADOS CON LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, DEBE APLICARSE SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Testigo es toda persona física, que manifiesta ante los funcionarios de la justicia lo que le consta, por haberlo percibido a través de los sentidos, en relación con la conducta o hecho investigado; es un órgano de prueba, en cuanto comparece ante el agente del Ministerio Público o ante el órgano jurisdiccional a emitir su declaración. Pero, en tratándose del tema de la valoración de su testimonio, es importante atender a dos aspectos: la forma (que se refiere también a lo relativo a la legalidad de la incorporación y desahogo de la prueba en el proceso) y el contenido del testimonio. Es decir, en términos generales la valoración de un testimonio se hará, en primer lugar, atendiendo a los aspectos de forma previstos en el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales. Y, si bien es cierto que tratándose de delitos vinculados con la delincuencia organizada debe en principio estarse al contenido de los artículos 40 y 41 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, también lo es que en dichos preceptos no se regulan exhaustivamente los parámetros de valoración del aspecto formal y material del dicho de un testigo protegido; de ahí que al ser el Código Federal de Procedimientos Penales, de aplicación supletoria ordenada por el artículo 7o. de la propia ley especial, resulta indiscutible que deberá atenderse a los parámetros que el citado artículo 289 del ordenamiento procesal federal citado establece, en todo lo conducente.

Amparo en revisión 202/2004. 18 de marzo de 2005. Unanimidad

de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz.

Visible con el número II.2º.P.124 P, Tomo XXII, Julio de 2005, página 1556, del SJF y su Gaceta. Registro 177,765.

PRUEBAS. SU VALORACIÓN EN DELITOS PREVISTOS EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. De la lectura de los artículos 40 y 41 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se observan normas específicas de valoración de pruebas que, aun cuando por un lado, al igual que en el Código Federal de Procedimientos Penales, contienen la conocida prueba circunstancial y por otro, otorgan amplio arbitrio al juzgador para justipreciarlas; sin embargo, en los casos descritos en la legislación citada en primer término, los tribunales de instancia están jurídicamente obligados a fundamentar sus determinaciones en aquellas reglas de valoración predeterminadas, precisamente porque la ley que rige el acto las distingue para ese fin, sin perjuicio de que, considerándose el amplio arbitrio que los preceptos referidos conceden al juzgador para la evaluación de pruebas, también soporten su decisión en los dispositivos del código adjetivo mencionado, pero siempre fundando esta valoración en las reglas especiales en comentario; luego, si el tribunal responsable realizó la justipreciación de los datos de convicción que forman el proceso penal, a la luz de la regulación general de valoración de pruebas comprendida en el Código Federal de Procedimientos Penales, sin remitirse a dichas normas contenidas en la ley especial de referencia, entonces la sentencia reclamada carece de la debida fundamentación, sin que ello se traduzca en inexacta aplicación de la ley, porque se trata de normas procesales y no sustantivas.

Amparo directo 1418/99. 12 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretaria: Gabriela González Lozano. Y cuatro precedentes más.

Visible con el número I.2º.PJ/12, Tomo XII, Septiembre de 2000, página 682, del SJF y su Gaceta. Registro 191,268.

TESTIGOS PROTEGIDOS. SU TESTIMONIO NO PUEDE ESTIMARSE APRIORÍSTICAMENTE PREPONDERANTE Y DE

ACEPTACIÓN OBLIGADA POR LA PRESUNCIÓN DE SU PARTICIPACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA RESPECTO DE LA CUAL DECLARAN, POR LO QUE SU VALORACIÓN ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN GENERAL. No existe disposición alguna ni en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada ni en el Código Federal de Procedimientos Penales en la que se establezca que el dicho de un testigo protegido, por el solo hecho de serlo, tenga o merezca un valor convictivo pleno, superior o de aceptación obligatoria, pues sólo se prevé la existencia de esa figura y las peculiaridades de carácter intraprocesal en cuanto a su confidencialidad inicial, protección y posible otorgamiento de beneficios; esto último en la medida que se constate su utilidad y, por tanto, la veracidad de sus manifestaciones a fin de lograr el procesamiento y sanción de otros integrantes de la agrupación delictiva, por lo que válidamente se concluye que su valoración se rige por el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, en todo aquello que no fuese materia de regulación especial. Luego, para los efectos de esa valoración es imprescindible apreciar además el contenido propiamente dicho de la declaración vertida por el testigo, lo que implica que al momento de decidir sobre el mérito convictivo que merece un ateste, el juzgador en uso de su arbitrio judicial podrá o no concederle valor a la prueba, teniendo en cuenta tanto los elementos de justificación concretamente especificados en las normas positivas de la legislación aplicable, como todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas que, mediante un proceso lógico y un correcto raciocinio conduzcan a determinar su mendacidad o veracidad, lo que conlleva la necesidad de que la autoridad indague, en su caso, sobre los otros elementos probatorios con el fin de relacionar los con lo manifestado por el testigo, a fin de dilucidar si los hechos que éste narra se encuentran corroborados con diversos elementos de convicción que permitan al juzgador tener la certeza del hecho que está sujeto a confirmación, o bien, para decidir si alguno o algunos de ellos se encuentran o no robustecidos con alguna probanza. En consecuencia, dichas reglas de valoración son igualmente aplicables en tratándose de la figura jurídica del testigo protegido a que se refieren los

artículos 34 y 35 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, precisamente porque la calidad de su testimonio no puede estimarse apriorísticamente como preponderante y de aceptación obligada por el solo hecho de estimarse que presuntivamente era miembro de la organización delictiva respecto de la cual declara.

Amparo en revisión 202/2004. 18 de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz.

Visible con el número II.2º.P.125 P, Tomo XXII, Julio de 2005, página 1557, del SJF y su Gaceta. Registro 177,764.

Como es de advertirse, los anteriores criterios tienen que ver con la forma de valorar a los testigos que declaran en contra de otros integrantes de la organización delictiva, impulsados por los beneficios que el citado numeral 35 prevé. En la segunda tesis se responde al cuestionamiento de que tales testigos son testigos sobornados en términos del artículo 289, fracción V, del Código Federal de Procedimientos Penales.

En la tercera, el Pleno de nuestro más alto tribunal establece que el mencionado artículo 40 no vulnera la garantía de seguridad jurídica, aun cuando no establece reglas para valorar las imputaciones formuladas por los diversos participantes del hecho. En la ejecutoria A.R. 173/2001, que dio origen a dicho criterio se lee:

“Por tanto, cuando el Juez al valorar una prueba considere que no son suficientes las disposiciones de los numerales 40 y 41, párrafo primero, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada o que en éstos no se determina la manera en la cual se debe realizar la valoración de las pruebas aportadas por las partes en el procedimiento penal, con fundamento en el numeral 7º de la Ley invocada podrá acudir a la aplicación supletoria de los artículos 279 al 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, en los cuales se establece en forma detallada las reglas de valoración de las pruebas, y de esta manera se supliría la laguna de que pudieran adolecer los preceptos impugnados y no se dejaría de resolver un asunto sometido a la consideración del juzgador, mediante el análisis de los medios de convicción respectivos. Esto es así, porque el

artículo 7º citado no excluye la aplicación de las disposiciones de los numerales 279 al 290 indicados, sino por el contrario las integra.”

No compartimos la anterior y muy respetable consideración, porque la supletoriedad de una ley respecto de otra, no se surte dependiendo de las particularidades del caso concreto. Si se conviene que en el terreno de la valoración de los testimonios que tienen que ver con Delincuencia Organizada se deben aplicar supletoriamente los artículos del 279 al 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, esta supletoriedad se surte en todos los casos y no puede quedar a discrecionalidad del juzgador, como pareciera sugerirlo el tribunal pleno en el párrafo anterior. Nosotros, por el contrario, consideramos que al menos, por cuanto se refiere a la valoración de los testigos, el referido artículo 40 de la ley de la materia, es una regla especial que tuvo como finalidad otorgarle mayor discrecionalidad al juzgador para su valoración y sustraerlo de los aspectos que precisa el citado 289 del CFPP han de tomarse en consideración para tal efecto, pues de otra manera el mencionado numeral 40, sería ocioso, en virtud de que implícitamente el 289 del CFPP requiere una valoración “prudente” de los testimonios. Lo cual se entiende, pues tratándose de testigos impulsados por los beneficios que la propia ley contempla (testigos favorecidos mas que protegidos) es claro que al tomarse en consideración: *“que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tengan completa imparcialidad”*; así como que *“no hayan sido obligados por fuerza o miedo, ni impulsado por el engaño, error o soborno”* (circunstancias previstas en las fracciones II y V del referido numeral), su valor se vería importantemente afectado, pues salta a la vista que ya no son testigos confiables ni imparciales, desde el momento en que la ley de la materia les ofrece beneficios a cambio de su testimonio inculpativo, por consiguiente es lógico que se ponga en duda si lo que les impulsa a declarar es su determinación de contribuir a la justicia y conducirse con verdad, o su interés de verse beneficiado a pesar de realizar imputaciones falsas. Por lo anterior tampoco compartimos el criterio expuesto en la diversa tesis II.2º.P.124 P.

Sección Segunda
PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

N o existe la presunción de inocencia

*Julio Antonio Hernández Pliego**

Hoy está de moda entre los abogados estudiosos de las cuestiones penales, hablar acerca de la presunción de inocencia. Que si está implícita en la Constitución Política del país –según sostiene algún fallo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación–; que si es un principio acogido por las democracias en sus sistemas de justicia penal; que si algunos tipos penales y algunas legislaciones de las entidades federativas antes bien, preconizan el principio de presunción de culpabilidad; que si como principio de Derecho universalmente reconocido, debe no obstante incluirse de manera expresa en nuestra Carta Fundamental, en fin.

Por nuestra parte, hemos sostenido en distintas ocasiones que en un Estado democrático de derecho, el proceso persigue esencialmente, no sólo la resolución del conflicto de intereses por un juez imparcial, por medio de un diálogo sostenido entre las partes, de manera igualitaria, racional e informada, sino también que el órgano jurisdiccional tenga como premisa la presunción de inocencia, al emitir su veredicto, lo cual no permite, en un primer examen, que el inculcado llegue al juicio con una conducta indefinida respecto a su culpabilidad penal, sino como una persona inocente y

* Profesor de Derecho Procesal Penal, por concurso de méritos, en la Facultad de Derecho de la UNAM, Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana y miembro de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública.

nada más puede salir del juicio como culpable, si su inicial condición de inocente se desvirtúa cabalmente a través de las probanzas aportadas por la acusación, lo que equivale a decir que no podrá imponerse una condena a no ser que la culpabilidad quede establecida más allá de toda duda razonable.

Al aludir al contenido y alcances de la institución, parece existir consenso sobre que al inculpado de un hecho delictivo debe estimársele inocente mientras no exista sentencia firme que declare su culpabilidad.

Como esto se da por un hecho, con frecuencia mis colegas dejan de lado los argumentos que antagonizan con la presunción, como si fuera un pecado capital siquiera referirse a ellos, con lo cual se muestra cierta intolerancia al pretender que la verdad es patrimonio sólo de unos cuantos, sin dar espacio a la posibilidad de que pudieran estar otros más en lo cierto, o a lo peor, ocurre que se desconocen los argumentos que esgrimen quienes niegan la presunción de inocencia como principio rector del procesamiento.

Por eso creo conveniente rescatar algunas de esas ideas y sacar un poco a flote lo que se postula en contra de las bondades de presumir la inocencia del inculpado, mayormente que las voces que las sostienen, corresponden a reconocidos juristas que han enriquecido desde siempre la más escogida literatura penal.

Caminaremos así en contrasentido, sin formular un juicio crítico habida cuenta que más arriba está ya definida nuestra posición, presentando sumariamente las actitudes que niegan la existencia de la presunción de inocencia, para poner de relieve los principales argumentos que en cada caso se esgrimen, aludiendo a los autores más representativos de cada una de esas posturas.

Entremos pues, juntos, a explorar estas tesis que tratan de convencernos, cada una desde sus especiales perspectivas doctrinarias, que jurídicamente es correcto sostener la inexistencia de la presunción de inocencia.

EL INTERÉS PARTICULAR Y EL INTERÉS SOCIAL

Primero, brevemente expondremos la interesante argumentación que se sustenta medularmente en la idea de que en el proceso penal se ventilan dos tipos de intereses: el interés particular del inculpado a quien se atribuye la comisión del hecho delictuoso, y el social, que es precisamente el de todos nosotros, integrantes de la colectividad, representados por el Ministerio Público, en tanto afectados por la comisión del delito.

Este orden de ideas lleva a considerar la inexistencia de la llamada presunción de inocencia, pues al tutelar las normas del proceso penal de manera prioritaria, el interés social relativo a la represión del delito, por ser preferente en relación con el que concierne a la libertad individual, que viene siendo su consecuencia, y al considerar, además, el carácter de órgano estatal del Ministerio Público, así como la carencia de interés personal en el ejercicio de su función, resulta claro que sus imputaciones estén fundadas, en el grueso de los casos, en una suficiente comprobación inicial, de donde se sigue que el proceso penal se presenta como un medio dirigido, principalmente, a hacer posible el castigo del culpable.

Según se advierte, esta interesantísima posición doctrinaria, cuyo mejor expositor es el maestro italiano Vincenzo Manzini¹, niega la existencia de la presunción de inocencia por el camino de enfrenar al interés individual, el social, identificando con éste los fines perseguidos por el proceso penal.

¹ En el desarrollo, seguiremos las ideas de Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Librería “El Foro”, 1996, T. I, pp. 248 y ss., de quien sólo para recordar su enorme jerarquía científica, traemos alguna expresión que le dedicara Don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: “...mientras en Italia existen penalistas que por lo menos en fama, le superan –evoquemos sólo a Beccaria, a Carrara y a Ferri–, ningún procesalista penal, ni siquiera Massari, el más procesalista de todos, puede en ella ser colocado a su altura. En este sentido el Tratado de Manzini tiene la monumentalidad que en la mejor época del procesalismo francés alcanzó el célebre de Hélie, no mejorado, aunque sí aprovechado luego por los Garraud, y en cuanto a entonación científica, se encuentra al nivel de la mejor producción germánica. Es más: si dentro de las literaturas procesales nombradas hubiese que escoger las exposiciones generales sobre enjuiciamiento criminal más representativas y culminantes, pocas vacilaciones habría para elegir a Hélie entre los franceses, a Beling entre los alemanes y a Manzini entre los italianos...”

La polémica naturaleza jurídica de la institución, al encontrarse vinculada íntimamente con el proceso penal y con la ejecución de las penas, viene a representar una problemática social que involucra intereses y derechos de diversa índole: los del inculcado por un lado, los del ofendido por el delito y, no hay duda, los intereses de la sociedad, porque el proceso penal no se plantea como propósito un interés de tipo académico, que busque dirimir teóricamente, una cuestión jurídica controvertida, ni es tampoco una reflexión moral para apreciar el comportamiento ético de un individuo a fin de saber si es digno de aprobación o reprobación.

La finalidad que persigue el proceso penal es procurar la aplicación de la ley abstracta al caso concreto, formulando una declaración de certeza de la verdad en relación con ese hecho concreto y aplicando las consecuencias legales.

Manzini dice, sin embargo, que si bien la mayoría de las veces, una condena penal equivale a una censura moral, una sentencia de absolución, en cambio, no se asimila a un certificado de moralidad, pues hay delincuentes que no son inmorales y hay muchísimas personas inmorales, sin ser delincuentes, por lo que el término *inocente* en el uso de la práctica procesal penal, no tiene un significado ético, sino exclusivamente jurídico, en cuanto quien ha sido declarado no culpable del delito en el juicio, puede ser el más perverso de los delincuentes habituales, ya que la declaratoria de inocencia sólo se refiere al hecho ilícito que se le imputó.

Las ideas expuestas, llevan al ameritado penalista italiano a pronunciarse contra la presunción de inocencia del inculcado, argumentando que la finalidad del proceso penal no es proclamar la inocencia del procesado, sino comprobar el fundamento de la pretensión punitiva del Estado en el caso concreto, llegando a la punibilidad del culpable.

Asegura que las normas procesales penales tutelan principalmente el interés social relativo a la represión del delito, que domina sobre el relativo a la libertad individual, el cual es su consecuencia, y dado el carácter de órgano estatal del Ministerio Público y su ca-

rencia de interés personal en el ejercicio de su función, es lógico presumir que sus imputaciones, estén generalmente fundadas en una suficiente comprobación preliminar, de donde se sigue que el proceso penal se presenta como un medio dirigido, principalmente, a hacer posible el castigo del culpable.

Es un desacierto que enturbia los conceptos, —dice— afirmar que la principal finalidad del proceso es tutelar la inocencia, porque según el orden normal de las cosas, hay que presumir fundada la imputación y la verdad de la decisión y no lo contrario, así que la libertad individual representa sí, una parte esencial, pero no la más característica ni siquiera la prevalente.

“La finalidad del proceso es eminentemente práctica, actual y jurídica, y se limita a la declaración de certeza de la verdad en relación al hecho concreto y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas. Si las más de las veces (no siempre, ejemplo: duelo, etc.) la condena penal es al mismo tiempo una censura moral, la absolución de la imputación penal, por sí misma y como quiera que esté motivada, no confiere en modo alguno al absuelto un certificado de moralidad. Hay ‘delincuentes’ que no son inmorales; muchísimas personas son inmorales sin ser ‘delincuentes’.

El término inocente, en el uso de la práctica procesal penal, no tiene un significado ético, sino exclusivamente jurídico, en cuanto el “inocente”, o sea el que ha resultado no ser culpable del delito que se le había imputado, puede ser hasta el más perverso de los delincuentes habituales, pues su “inocencia” se refiere exclusivamente al hecho de que se trata o aun solamente a los requisitos de punibilidad de ese mismo hecho”.

En este orden de ideas, tomando en cuenta la finalidad, contenido y carácter del proceso penal, su interés no radica en proclamar la inocencia o la moralidad del acusado; el fin último del proceso penal, se finca en sancionar al culpable, declarando procedente la pretensión punitiva del estado contra el inculcado, en cuanto se le encuentre responsable del ilícito.

La moralidad del inculcado sólo tiene como punto de referen-

cia el delito que se le imputa, sin que sea lícito indagar acerca de su “moralidad en general”.

La pretensión punitiva estatal, conforme a esta línea del pensamiento, sólo puede realizarse sobre un individuo que ha sido reconocido como culpable, no simplemente sobre un inculpado, “las disciplinas procesales penales, al dirigirse a la declaración (positiva) de certeza de la existencia de las condiciones por las que una persona puede considerarse jurídicamente culpable, se dirigen también correlativa y necesariamente a la declaración (negativa) de certeza de la ausencia de esas mismas condiciones, ausencia que no siempre equivale a la declaración de certeza de la inculpabilidad del imputado.”

Consecuencia de lo expuesto es un doble carácter tutelar del proceso penal, por un lado, como protector del interés social de reprimir a la delincuencia; pero además, preserva el interés individual y social de libertad.

El principal interés de las normas procesales penales está centrado no en proteger la libertad individual, sino en tutelar el interés social concerniente a la represión de la delincuencia pues esas normas se encausan a examinar la pretensión punitiva del estado que se hace valer a través de la imputación penal. Así, “es lógico presumir que las imputaciones [del Ministerio Público] estén generalmente fundadas en una suficiente comprobación preliminar...de ello se sigue que el proceso penal se presenta como un medio principalmente dirigido a hacer posible el castigo del culpable, o sea, a realizar la pretensión punitiva del estado.”

EL PROCESO PENAL NO PERSIGUE PROTEGER LA INOCENCIA DEL IMPUTADO

No es exacto que el fin esencial del proceso consista en tutelar la inocencia, o que ella se asocia a la de la represión de la delincuencia y a dar al pueblo la garantía de exclusión del error y de la arbitrariedad, como quiere desacertadamente la pseudo democracia francesa “superficial, gárrula y confusionista en todo”, pues así se confunde la finalidad con los medios suministrados para conseguirla.

Aun admitiendo que la función del Ministerio Público pueda

verse afectada por errores casuales, culposos o dolosos que conduzcan a imputaciones infundadas, que a su vez produzcan decisiones jurisdiccionales injustas, es claro que al constituir el fin del proceso la constatación del fundamento de la pretensión punitiva, contenga medidas que tiendan a evitar el error y la arbitrariedad, suscitando así junto al interés represivo, el interés de preservar la libertad individual.

Sin embargo, no corresponde al orden normal de las cosas presumir la falta de fundamentación en la imputación del Ministerio Público, sino lo contrario, por lo cual el interés individual, representando una parte esencial, no es, a pesar de ello, la más característica ni siquiera la prioritaria en el proceso penal.

Al analizar la llamada tutela de la inocencia, sostiene que aunque muy difundida, no es correcta la idea de que el interés protegido por las normas penales en contraposición con el de la represión, sea el interés de garantizar la inocencia, en vez del concerniente a la libertad individual.

Esto es así, puesto que ante todo, al no confirmar la culpabilidad, el proceso penal no siempre certifica la inocencia, porque éste es un concepto más amplio, genérico, y el no estimarse al inculpado como culpable, ello no siempre se traduce en que se le reconozca como inocente, porque esta declaración de certeza de la llamada inocencia sólo ocurre en ciertos casos, como en la absolución o sobreseimiento por inexistencia del hecho, por no constituir delito o por no haberlo cometido el inculpado; pero en otros, en cambio, sin discutir la acusación, sólo se comprueba que no se puede proceder, como sucede en la absolución o sobreseimiento por extinción de delito o por no poder promoverse la acción penal e inclusive hay casos en que declarada la culpabilidad, la absolución surge por motivos especiales, tal es la hipótesis del perdón del ofendido o finalmente, está el caso de la absolución por duda, en que la culpabilidad queda en entredicho.

Además, salvo casos de excepción, no corresponde al proceso penal la declaración de inculpabilidad del imputado, sino simple-

mente averiguar si están probadas las condiciones para castigar, aunque ya se ha dicho, hay veces que siendo culpable, la conducta puede no ser punible.

Siendo inexacto que el proceso penal se dirija esencialmente a tutelar la inocencia del inculcado, más inexacto es que en él milite, como se dice en la jerga forense, una presunción de inocencia en su favor con base en la cual deba estimársele inocente mientras no exista una condena irrevocable en su contra.

Nada más burdamente paradójico e irracional, –afirma el autor del *Trattato di diritto penale italiano*– que la pretendida presunción de inocencia, puesto que en el caso de la prisión preventiva, la imputación tiene suficientes indicios de delincuencia como para constituir, cuando menos, una presunción de culpabilidad, lo cual no puede admitirse que equivalga a lo contrario, o sea, a una presunción de inocencia, que es el extraño modo absurdo de hacer justicia escogido por Francia, país en el que “a la aparente genialidad o perspicuidad de una frase expresiva se sacrifica gustosamente la exacta noción de la esencia íntima de las cosas”.

En otros tiempos, la presunción de inocencia tenía el significado de que debía presumirse inocente a aquel de quien no se hubiera probado que fuera culpable, lo que no puede equipararse a que el inculcado deba presumirse inocente durante el procesamiento, sino más bien que al absuelto por cualquier motivo, debe presumírsele inocente, mismo sentido en el que debe interpretarse, acaso, la ordenanza francesa de 1670, artículo 28, cuando señala que “todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos”, máxima que empezó a degenerarse con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: “IX. Debiéndose presumir inocente todo hombre, mientras no se lo haya declarado culpable, si su arresto hubiere sido declarado indispensable, debe ser reprimido severamente por la ley todo rigor que no sea necesario, para seguridad de su persona”.

Empero, ¿qué razón puede haber para considerar indispensable el arresto de quien se presume ser inocente? Aunque hubiese un

interés, el acto sería igualmente inicuo, de manera que resulta lógico lo afirmado por Robespierre en la Convención Nacional de 1792, cuando se discutía si proceder o no contra Luis XIV: “Si, como se usa en los juicios, se lo debiera presumir inocente mientras no fuera condenado, todos nosotros seríamos reos”.

La absurda presunción de inocencia a favor del inculpado, es una extravagancia cuyo origen se halla en los viejos conceptos que trajo el inicio de la Revolución francesa, exagerando incoherentemente las garantías individuales y si bien el derecho de defensa es sagrado e inviolable y el imputado no puede ser considerado culpable antes de una sentencia irrevocable de condena, es igualmente una inversión del sentido lógico y jurídico inadmisibles, que se lo deba considerar inocente mientras se procede contra él como inculpado del delito, porque mientras se desarrolla el proceso, no hay ni un culpable ni un inocente, sólo un indiciado y será hasta que haya sentencia cuando se decida si es culpable o inocente.

“Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces proceder contra él?... las presunciones, por lo demás, son medios de prueba indirecta por los que se llega a un determinado convencimiento absoluto o relativo, sobre la base de la experiencia común. Ahora bien, se querrá admitir que la experiencia histórica colectiva enseñe que la mayor parte de los imputados sean inocentes? Y además, ¿de qué inocencia se trata? ¿Se presume acaso que el imputado no haya cometido el hecho material, o que no sea imputable moralmente de él? ¿O lo uno y lo otro a la vez? ¿Y entonces por qué no se aplica el principio en todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no abolir la detención preventiva? Por qué no se admite al imputado que se constituya parte civil contra el querellante o el denunciante, injustos perseguidores presuntos de un presunto inocente?”

LA CARGA DE PROBAR LA CULPABILIDAD

Ni siquiera como correlativo a la obligación del acusador de demostrar la imputación, puede justificarse la presunción de inocencia, ya

porque de dicha obligación no se sigue necesariamente que el inculpado deba presumirse inocente, pues la misma acusación está en parte probada por indicios que determinaron la imputación; ya porque la prueba de la delincuencia puede obtenerse por iniciativa del juez; ya, en fin, porque el propio inculpado trate de demostrar su inocencia para destruir precisamente los elementos de prueba de la culpabilidad que cimentaron la inculpación.

Además, el derecho de defensa no presupone esencialmente que el individuo sea inocente, ni pueden confundirse uno con la otra.

CONCLUSIÓN

La tendencia de Manzini sobre el asunto, se sintetiza en estas expresiones: “Es de sentido común que mientras no quede definitivamente declarada la certeza de las condiciones que hacen realizable la pretensión punitiva del Estado, no se puede considerar al imputado como penalmente responsable y, por tanto, se lo debe tratar como juzgable, o sea, como persona indiciada sin duda, pero cuya responsabilidad no ha sido aún declarada cierta. Y esto no equivale precisamente a decir que, antes de la condena, se haya de presumir su inocencia hasta prueba en contrario. El no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y, por tanto, no puede nunca equivaler a presumir en él la inocencia”.

No es extraño, de acuerdo con esta forma de exponer el problema, que cuando el ilustre autor de *Le questioni pregiudiziali nel processo penale* alude a la libertad provisional, exprese que ese instituto disminuye los efectos de las necesidades procesales determinantes de la prisión preventiva, pero cuando no se demuestre la absoluta necesidad de esta medida, que garantiza los intereses procesales así como el eventual cumplimiento de la condena, es justo que se libere al imputado en los casos que la ley lo autorice y en cualquier estado del proceso, ya que aun rechazando la absurda presunción de inocencia, toda restricción de la libertad personal en el Estado moderno, no tiene más fundamento que la necesidad pública.

Puesto en libertad provisional, contra el inculpado persisten no obstante, los indicios de delincuencia necesarios para el mandato de captura, aun cuando no esté ya sujeto a ese mandato que no se suspende sino implícitamente se revoca, por lo que no puede emitirse nuevamente sino cuando el inculcado incumpla las obligaciones que asumió al obtener la libertad, o en el caso de que sea modificada la acusación.”²

Incursionaremos ahora en aquellas teorías que fundan la negativa de la existencia de la presunción de inocencia, en que si bien no aparece expresamente consignada en el texto constitucional, al reconocerse la garantía individual de justo proceso penal, en forma implícita se está admitiendo esa presunción, por la cual a ningún individuo se podrá imponer una pena sin un juicio previo que concluya por una sentencia firme de condena, de forma que un inculpado no puede estimarse culpable, si no hay una declaratoria judicial que haya quedado firme y que así lo establezca.

En este caso, no existe realmente una presunción de inocencia, simplemente porque no guarda congruencia con las medidas de coerción establecidas en la ley, y que eventualmente se imponen al inculpado, –la prisión preventiva, el aseguramiento de bienes, entre ellas– las cuales reconocen como sustento, exactamente la presunción opuesta a la de inocencia, es decir, la de culpabilidad.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRINCIPIO DE NO CULPABILIDAD

Desde esta perspectiva, el laureado jurista de la Universidad de Turín, José Guarneri, en cuyas ideas abrevaremos³, establece la diferencia de las expresiones: “No se considerará culpable al acusado hasta la sentencia definitiva de condena”, empleada en el artículo 27 de la Constitución italiana, y aquella otra que reza: “La inocencia del acusado se presume hasta la condena definitiva”, que quiso introducirse sin éxito, en el texto constitucional. (Curiosamente se alude a la aparentemente ingenua intervención –que nada de eso

² Manzini, op. cit., p. 663.

³ Guarneri, José. *Las Partes en el Proceso Penal*, Puebla, México, Editorial José M. Cajica, Jr., 1952.

tiene— de uno de los constituyentes, Crispo, quien propuso también sin conseguirlo, la supresión de este último apartado, porque “el acusado será inocente o culpable según que el juez lo declare lo uno o lo otro”).

Entre las dos fórmulas se advierte sin necesidad de excesivas sutilezas, dice Guarneri, que lo que se afirma en lugar de la presunción de inocencia, es el principio de la no culpabilidad hasta que haya condena definitiva.

En una, se pone de relieve que el interés protegido por las normas penales, es el de la inocencia. En la otra, sólo se reconoce que hasta no haber las condiciones que vuelven realizable la pretensión punitiva del Estado, no se puede considerar al imputado penalmente responsable, “debiéndole tratar, por tanto, como persona sometida a juicio, es decir, como sospechoso, pero con responsabilidad aún no establecida”.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, RESCOLDO DEL LIBERALISMO

El objeto del proceso penal, y en esto concuerda con Manzini, no es proclamar la inculpabilidad del acusado, sino establecer si concurren las condiciones para aplicarle la pena.

El principio de la presunción de inocencia es un residuo de la concepción liberal individualista que veía a los códigos penales como una barrera contra los excesos del poder, y que si bien se explica históricamente, por haber sido aliada en la lucha contra la Inquisición, no tiene ya justificación en esta época en que los códigos penales, además, deben verse como poderoso instrumento de combate a la criminalidad, para encontrar el equilibrio entre los intereses individuales y los sociales.

En un problema tan espinoso, no pueden manejarse principios vagos y abstractos de aplicación difícilísima, ya que no imposible, como la presunción de inocencia o el principio de la no culpabilidad, sino debe buscarse algo preciso y positivo.

EL CRITERIO DE PELIGROSIDAD

La solución es encontrada por el autor, en el examen de la personalidad del justiciable, “criterio único que permite determinar la pau-

ta que debe guiar al juez en su ardua misión”, porque la justicia exige que los sujetos sean tratados con criterios distintos: tiene mayor valor la prohibición de suponer la culpabilidad en inculpados con buenos antecedentes, que no sean reincidentes, que no sean peligrosos, que para los contrarios, e invocando la autoridad de Ferri, subraya que “es ingenuo poner como fundamento del procedimiento la presunción de inocencia, cuando se ha sorprendido en flagrante delito a un ladrón habitual o a un homicida ya condenado por delitos de sangre”.

No es que se confunda un problema de derecho sustantivo como lo es la peligrosidad, con otro de investigación de la verdad, típicamente formal; más bien lo que se hace es usar una regla difusa de experiencia, deducida de la anterior conducta del inculpado, que no hay razones para juzgar necesariamente distinta de la que será en lo futuro: “*qui a bu, boira*”.

Las estadísticas de criminalidad enseñan la frecuencia del fenómeno de la reincidencia y la dificultad de que quien es inocente, infrinja por primera vez el orden jurídico. Los criminalistas aseguran que se sale de la cárcel solo para regresar a poco, mientras que es fácil comportarse de modo que se esté siempre lejos de ella.⁴

Enfatiza que la admisión en juicio de las reglas de experiencia, no implica necesariamente acudir a presunciones o conexiones con las cargas procesales; por el contrario, es plausible que se prescinda de esas nociones tan discutidas y negadas en materia de proceso penal, por destacados juristas, desde Sarraceno a Bettiol, quienes

⁴ Florián, al hablar de la conveniencia de que en los sistemas de prueba tasada, la presunción de inocencia deba ser establecida y regulada expresamente, e inclusive ejerza una función preponderante, afirma que en dicha especie de sistemas, encontró campo abierto la reglamentación tanto de la presunción de inocencia como de la presunción contraria y no sólo en lo general, sino con respecto a cada uno de sus elementos, cita por ejemplo a Mascardo, quien coincidiendo con Guarneri, destaca cómo se presume bueno a alguien, y enumera los casos en que alguno no debe presumirse bueno: *Bonus non est ille praesumendus, qui rei illicitae operam dedit*; (No debe presumirse bueno, a quien realizó un acto ilícito); y *Qui semen fuit malus, semper malus prasumitur in eodem genere mali vel simili*; (quien una vez fue malo siempre se presume malo en la misma clase de males o en males semejantes.) Florián, Eugenio. *De las Pruebas Penales*, Tercera reimpresión de la tercera edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S. A., 1998, T. I, p. 390.

obtuvieron el resultado final de que no existe carga de la prueba en materia penal y como reflejo, que no hay presunciones a menos que se trate de las que impliquen una disciplina particular del caso, cuando determinados hechos se den por verificados.

La conclusión, es que incumbe a la acusación la prueba positiva del delito y en su caso, de las causas que lo excluyan porque —y aquí se apoya en Beling—: “ningún peso de prueba material grava al acusado, porque las causas de exención o de extinción del delito, no tienen “excepciones” en el sentido civil de la palabra. Por lo tanto, hay que absolver al acusado cuando sea dudoso si estaba o no en estado de legítima defensa, lo mismo que cuando sea dudoso si es o no enfermo mental o si ha matado o no a otro hombre”.

DESENLACE

Mientras el proceso dura, termina diciendo, no hay presunción en un sentido ni en otro, dominada como está la *res* por la incertidumbre, o mejor, “mientras un procedimiento está en curso, no hay ni culpable ni inocente, sino tan solo un sospechoso; sólo cuando haya recaído sentencia, se sabrá si el sospechoso es inocente o culpable”.

Al excluir toda presunción, descarta también la corriente alemana que en un clima totalitario partía de una presunción de culpabilidad, sólo por existir una acusación, intentando así resolver en agravio del acusado los casos de duda, con el aforismo “*in dubio pro societate*”, correspondiente a una doctrina aberrante, contraria al buen sentido, que ante la imposibilidad de condenar, propone no obstante que se condene, con base en un pretendido interés de la sociedad que falta por ver si quedará satisfecha con condenas dictadas a ciegas sobre posibles inocentes.

En diversa dirección, traemos a la consideración del lector, otra polémica y novedosa postura doctrinal conforme a la cual las normas que dicen regular el denominado derecho a la presunción de inocencia, no consagran un derecho, no se encuentran estructuradas como una presunción, ni protegen la inocencia del inculcado; antes bien, por su naturaleza, esos preceptos positivaban más que un

derecho subjetivo, un principio jurídico que a su vez deriva del principio de culpabilidad (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*).

Por su contenido, esos preceptos no presumen la inocencia ni protegen tal estado, sino disciplinan una regla de juicio que indica al juez como fallar en caso de duda sobre los hechos, (*in dubio pro reo*) y una regla de conducta a ser observada respecto del inculcado por todos los sujetos procesales y extra-procesales (*nulla poena sine iudicio*).

¿OPERA LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CAMPO DE LA PRUEBA?

Para responder a esta interrogante, Florián⁵, profesor emérito de Derecho y Procedimientos Penales en la Universidad de Turín, con su reconocido talento, parte de que hay un principio natural de prueba que impone la lógica, la moral y la probidad procesal, por el cual el reo no puede ser condenado ante la indemostración del hecho imputado. Este principio, impulsa, da sentido y significado a la prueba.

Empero a veces, la prueba de la imputación surge desde el comienzo clara y evidente, aunque en otras, apenas se barrunta de manera incierta, débil, oscilante y equívoca, de manera que hay que esforzarse para descubrirla y hay que establecerla lentamente.

Presumir la certeza de la acusación no puede ser el punto de partida de la investigación procesal, ya que ella se encuentra en el vértice, no en el inicio del procedimiento, aunque no es correcto dejarse llevar por generalizaciones demasiado abstractas, pues muy a menudo la presunción de inocencia puede descartarse y eliminarse, ante casos de reincidencia, confesiones o reos delatados por pruebas materiales inmediatas o denunciados por su misma captura en el momento del crimen: *deprehensio in crimine*; o bien, en ocasiones desde el principio de la investigación se presentan circunstancias indiscutibles como la existencia del hecho material, la participación en él o la ilegitimidad de la acción.

⁵ Ibidem, pp.390 y ss.

En estos casos, la presunción de inocencia está ausente por razones de hecho, no teóricas, y al contrario, hay elementos de prueba que se manifiestan desde el principio como desfavorables al acusado o por lo menos, en ellos la presunción se desvaneció rápidamente por elementos adversos.

Cuando más, puede aceptarse que esa presunción existe sólo como tendencia, no como criterio orientador, inevitable, sobre cualquier punto, en relación con cualquier elemento, de modo formal y absoluto. No hay duda, por eso, que en el sistema de prueba libre, parece inútil y peligroso admitir, a propósito de las pruebas, una institución que como la presunción de inocencia, ya no encuentra asidero, de manera que sólo puede significar, prácticamente, que para condenar debe haber prueba de la imputación, sin la cual el inculpado debe ser absuelto, o bien, que en la duda no es permitido condenar.

Florián, calificado con justicia como uno de los más grandes juristas italianos, además de filósofo, sociólogo y psicólogo, se apoya en este punto, en la *Observación* de Carrara que se titula: “En que se demuestra que el legislador debe formular sus disposiciones, de manera que el reo pueda siempre utilizar el efecto del estado de duda, para que la presunción de inocencia o de menor culpa, nunca pueda ser subvertida. Nunca puede admitirse la presunción de culpabilidad”; y en la que añade: “No se pregunta si el menor obró sin discernimiento; no, se pide que el jurado *tenga certeza del concurso del discernimiento* y que lo afirme. Y esto siempre debe ser así. ¿Y por qué así? Por la suprema razón jurídica de que las condenas deben basarse sobre lo que es *positivo y real*, y no sobre lo que es *posible*; y por la suprema razón lógica de que el *no tener la certeza* de una cosa admite la *posible verdad* de la cosa incierta y no equivale a *estar ciertos* de la cosa contraria”.

El delito siempre se manifiesta por una acción u omisión y en ocasiones por un cambio, que se realizan en el mundo exterior, siendo un principio de lógica y criterio derivados de la vida práctica, que si la conducta y el cambio no se demuestran, habrá que estimar que no se modificó el estado anterior.

Ahora bien, la presunción de inocencia no podría reducirse a eso, pues si así fuera, no correspondería a la institución de la prueba pues estaríamos hablando de un criterio de lógica. En el fondo nada se presumiría pues la acusación debe probarse, o sea, los hechos en uno u otro sentido, deben probarse en y por el proceso.

“Si fuera lícito hablar de presunciones (naturales y no legales), no sería raro que la personalidad del acusado pudiera ser tal y que los hechos pudieran presentarse con tales características, que hicieran presumir más bien el delito que la inocencia”.

Acordes con lo anterior, resulta debilitado el principio común, según el cual, aunque las pruebas no suministren claramente la solución definitiva (para la condena o para la absolución), debe pronunciarse igualmente la sentencia definitiva y absolverse. No obstante, hay que hacer estas precisiones: en el campo de las penas, no debe negarse el principio de que la condena debe reconocer pruebas adecuadas, y de que en la duda hay que absolver.

Prevención del delito a través del fortalecimiento de valores

Dr. Noel Castro Melgar*

El problema de la criminalidad no reside en la multiplicación de las cárceles, la ampliación de los castigos o en el perfeccionamiento de las leyes, sino en la educación. Cada criminal es un ciudadano carente de *valores* que son proporcionados por la educación. Procedemos de inmediato a apoyar esta afirmación.

Es por todos conocido que las cárceles del Distrito Federal y del país entero no cumplen con la readaptación de los delincuentes, sino todo lo contrario; en este sentido René González de la Vega señala: “El boom penitenciario, basado en la esperanza readaptadora, que ocupó nuestra atención en la todavía no lejana década de los setenta, es hoy un rotundo fracaso, evidenciado por el hacinamiento, la promiscuidad y la corrupción, lo que resulta más agobiante por el abuso de la prisión de parte de nuestro sistema judicial y por el carácter exclusivamente represivo de esta medida punitiva”.¹

En términos de la teoría de la asociación diferencial, a la cual se le atribuye la visión determinista del actuar humano, el criminal ciertamente no será ya aquel que es llevado al delito porque está biológica y psicológicamente necesitado, sino porque habrá aprendido, del ambiente, las técnicas, las motivaciones y los *valores* que llevan a violar la ley penal; también esto es determinismo. Siendo necesario para ello el proceso de aprendizaje, a través de la transmi-

* Defensor Público Federal.

¹ González de la Vega, René, *Política Criminológica Mexicana*. 2ª ed., México, Porrúa, 2000, p.2.

sión social de una cultura criminal, por lo que se llega a ser criminal a causa de contactos con modelos criminales o a causa del aislamiento respecto de modelos anticriminales y este aprendizaje se produce dentro de grupos con relaciones muy estrechas, como la cárcel.

Así pues, considera al hombre como prisionero del ambiente, su interés es hacia el comportamiento criminal como conducta propia de quien cubre determinadas funciones dentro de determinadas organizaciones. Como en delincuencia organizada.

Ahora bien, la cárcel no cumple con la prevención general, pues es muy difícil verificar cuál es el efecto preventivo general de la pena, pues toda comisión de un delito evidencia un fracaso de este criterio.

Así pues, el Estado en su desvelo por lograr la buena vida comunal, no agota su actividad en el quehacer de las definiciones abstractas (delitos y sanciones), sino que intenta que éstas tengan proyección histórica al hacerlas vivir en los casos concretos, determinando si una conducta engasta en alguna definición prohibitiva, para aplicar las medidas correspondientes.

No obstante, es muy difícil verificar cuál es el efecto preventivo general de la pena, pues toda comisión de un delito evidencia un fracaso de este criterio, sin que sea válida la réplica de que todo sujeto que no realizó conductas punibles pueda constituir una prueba a su favor, pues muchos hombres no la cometen por motivos diversos a la amenaza penal, así pues el delincuente habitual no se intimida y el pasional no es intimidable, por ello los aumentos desmesurados de la sanción penal exagerada no se traduce necesariamente en disminución de los índices delictivos, sino que encubren la ineficiencia de los órganos estatales de control.

No cabe duda, la punición del delito, la competencia de la política y la expansión del sistema carcelario representan modalidades de intervención tardía o *a posteriori* del Estado. En todo el mundo, la prisión tiende a perder su hegemonía, aplicándose con constancia cada vez mayor penas no custodiales como: prestación de servi-

cios a la comunidad, multa, indemnización, multa asistencial, reparación del daño, pago de cestas básicas a la víctima o instituciones filantrópicas, caución de no ofender, exilio local, mudanza de residencia, monitoreo electrónico, inhabilitación para conducir un vehículo, etcétera.²

De esta manera, las conductas delictivas no se heredan, son un producto de influencias culturales espontáneas o institucionales y la comisión de un delito es un indicador de que la acción educadora del Estado está fallando. La criminalidad y la omisión de las obligaciones ciudadanas hablan primeramente de una crisis del sistema escolar.

Por ello insisto, que la solución de fondo, sustantiva, del problema de la criminalidad no mora en la multiplicación de las cárceles, la ampliación de los castigos o en el “perfeccionamiento” de las leyes, sino en la educación. *Cada criminal es un ciudadano carente de valores.*

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que la mayoría de los delincuentes son gente que proviene de ambientes marginales, pero eso no significa que todos los que nacen o crecen en estos ambientes terminen siendo delincuentes; es decir hay mayor probabilidad en círculos donde hay desatención, precariedad –no necesariamente pobreza–, abandonos de las escuelas, familias desintegradas, violencia familiar, altos niveles de drogadicción y/o alcoholismo. Otro factor son las aspiraciones de crecimiento frente a los mercados de trabajo que no ofrecen buenas probabilidades.

Evidentemente, lo más preocupante, es que las manos vacías representan un gran problema, ya que se considera que los desempleados causan complicaciones, pues pueden provocar disturbios.³

Como podemos apreciar, se infiere una mala distribución de la riqueza, lo cual puede ser otra causa de que se presenten conductas delictivas, ya que nuestra sociedad rige su comportamiento en el éxito económico y el bienestar material, y esto representa para la

² Cfr. Barros Leal, César, *Prisión. Crepúsculo de una era*. México, Porrúa, 2000, pp. 112-113.

³ Cfr. Christie, Nils, *La industria del control del delito*, 2ª ed., Buenos Aires, Argentina, Editores del puerto, 1993, p.42.

teoría criminal de la *anomia* y de las subculturas criminales, que el desempleo puede llevar a que los individuos cometan conductas antisociales, aun cuando la mayoría de nuestra sociedad, tiene presente una determinada jerarquía de *valores* que constituyen las metas a que se aspira.

Seguramente, cambiar la perspectiva con que se observa la criminalidad permite descubrir ya no sólo el índice y la prevalencia del delito, datos que se politizan en épocas de campañas políticas. Con esta nueva mirada se descubre que el conjunto de instituciones que se ocupan de la criminalidad en México carece de una política integral para combatirla, ya que se avocan al endurecimiento del Derecho Penal.

Nuestra opinión, es en el sentido de que la criminalidad en nuestro país crece de manera directamente proporcional a la incapacidad de las instituciones de seguridad y justicia para darle respuesta de manera integral.

En definitiva, la sociedad no se debe dejar llevar por quienes no conocen, ni han entendido al pueblo mexicano, ni les importa, porque nunca han padecido, ni compadecido por él, quienes no han querido adaptarse a la realidad y partir de ella, por ello han recibido su certificación de fracaso, ya que no es posible que la gente muera de hambre y que se obligue a los estudiantes a trabajar desde temprana edad, porque aun con los salarios de ambos padres no es suficiente para sobrevivir, aunado a que el 46% de los profesionales en nuestro país no cuenta con empleo.

En este sentido podemos afirmar que la falta de oportunidades laborales, demuestra que nuestra sociedad mexicana, con su estructura social y económica en la actualidad, no ofrece a todos en igual grado las mismas posibilidades de acceder a las modalidades y medios legítimos para alcanzar las metas de éxito económico y bienestar material. En consecuencia y apoyándonos en la teoría criminal de la anomia, la desproporción que se da en los fines culturales aceptados como válidos y los medios lícitos a disposición de cada individuo para alcanzarlos es el origen de los comportamientos desviados.

Lo que queda claro en medio de esta oscuridad es que algo anda seriamente mal en la política mexicana. Por lo pronto, las campañas políticas no tienen nada que ver con las necesidades reales del pueblo, lo que se manifiesta en las diversas ramas del gobierno como lo es la falta de destreza, de sabiduría política, de simple habilidad para crear consensos, que harían falta para que funcione el país; se está gobernando por medio de ideologías y por intereses de clase, de grupo, de dinero, y de poder; no guiados por las urgentes necesidades y carencias del pueblo mexicano.

En este contexto de pérdida de identidad de incertidumbre y desconcierto, el ciudadano no sabe quién es y para qué existe.

Arribamos, finalmente, al nivel de teorización que puede insertarse en la praxis. Incorporando determinadas premisas, que tomamos de elaboraciones teóricas provenientes de diversas disciplinas y conclusiones de trabajos empíricos que nos sirven de base para determinar los principios generales que, conforme a las premisas que hemos sostenido a lo largo de este trabajo, han de orientar la interacción educativa buscando la disminución del delito, a través de una prevención sustentada en el *fortalecimiento de valores*, precisamente en los medios informales de control. Estos principios que se refieren a los métodos y contenidos educativos, a una estructura escolar básica “cargada de valor”, a una docencia que se ejerce como praxis y a una forma de didáctica que se orienta a que el estudiante se forme a partir de la producción cultural, constituyen los elementos básicos de un modelo pedagógico que responde a un interés emancipatorio.

La educación conforme a *valores* no se concibe aquí como una “disciplina” pedagógica o como una “asignatura” más, sino como parte esencial de un proceso educativo completo y como una tarea propia de todo educador que asume su quehacer de cara al futuro. Sostenemos, entonces, que no existe educación valiosa si no es educación conforme a *valores*.

¿Es posible que la educación conforme a *valores* logre mitigar o disminuir los hechos delictivos?

La escuela es, sin duda, una de las instituciones más características de la modernidad; en ella se han depositado grandes esperanzas y responsabilidades. No obstante, por ubicarse en la esfera de la objetivación por sí y en sí misma, la escuela acusa los rasgos típicos del deterioro del mundo moderno: en primer término, contribuye a la fragmentación de la persona total al provocar una profunda escisión entre la educación escolar y la vida cotidiana, entre la cultura académica y la cultura comunitaria, entre el saber público y el saber experiencial; como consecuencia de esta escisión, en una especie de esquizofrenia provocada, el estudiante juega un papel en la escuela (como educando) que abandona una vez que vuelve a su vida cotidiana. En segundo término, la escuela –tanto la pública como la privada– está sometida al juego de los intereses particulares, es aparato ideológico que contribuye a la reproducción de las relaciones sociales y ella mismo somete a ese juego a los educandos mediante mecanismos diversos entre los que destacan la competencia, el premio y el castigo y los procedimientos de selección, promoción y evaluación que, al aplicarse por igual a los desiguales, refuerzan la desdignidad.

Sabemos que la escuela ha servido no tanto a la modernidad que se perfilaba en la figura del mundo surgida en el Renacimiento, como a la modernidad que se realizó en la historia y que acusa una aguda crisis. No obstante que no ha realizado la misión que se le ha encomendado, no cabe sin más pugnar por una sociedad desescolarizada, pues la escuela cumple también –aunque de manera defectuosa y subordinada a la función de contribuir a la reproducción de las relaciones sociales– tres funciones sociales que resultan de extraordinaria importancia para la realización de las tareas en las que hemos insistido: 1) es uno de los canales de transmisión de la esfera de la objetivación por sí misma con la intención de que éstos sean incorporados a la vida cotidiana; 2) constituye el acceso más directo desde la esfera fundamental a la esfera superior, ya que gracias a la educación la persona se convierte en sujeto pertinente respecto de comunidades *epistémicas* y *sapienciales*, y, 3) es

la vía por la que indirectamente es factible introducir *valores* en la esfera intermedia, pues en la escuela se habilita a los sujetos que participan en las instituciones, virtualmente, se les prepara para realizar *valores* sociales y para examinar, criticar y transformar las estructuras institucionales a la luz de *valores*. Por ello insistimos en que cada criminal es un ciudadano *carente de valores*.

Desde esta perspectiva, la transformación de la educación escolar se vuelve una tarea urgente para prevenir el delito dentro de un proceso de dignificación de la vida humana. Uno de los puntos torales de esa transformación es la que corresponde al tema que nos ocupa: la educación conforme a *valores*, también llamada educación *valoral*.

Puesto que hemos ya establecido nuestra posición respecto del valor cabe preguntarse ahora, recurriendo a las preguntas kantianas: ¿Es posible la educación conforme a *valores*? Y en caso de que sea posible, ¿cuáles son las condiciones que la hacen posible? Para responder a la primera pregunta planteada, se hace necesario esclarecer el significado del término educación conforme a *valores*, tarea que procedemos a realizar.

Apuntamos anteriormente que la educación es, sobre todo, un proceso de carácter formativo, que incluye y supera a otros: el cultivo, la *enculturación* y la socialización; procesos todos ellos que se llevan a cabo mediante aprendizajes. Al cultivo lo entendemos como proceso que contribuye al desarrollo de la personalidad del individuo que implica que éste adquiera competencias (capacidades para resolver problemas) y determine motivos para asegurar su identidad y su reproducción, para interactuar con otros seres humanos y relacionarse con su medio natural; a la socialización la definimos como la incorporación del particular a ciertas integraciones sociales gracias a que ha internalizado ciertos órdenes normativos considerados legítimos y a los cuales tiende a estabilizar, y a la *enculturación* la entendemos como la apropiación de la cultura (los saberes y los objetos en los que éstos se concretan) por parte del particular y la adquisición de competencias que le permiten hacer uso de esa cul-

tura con la finalidad de satisfacer sus propias necesidades y contribuir a la reproducción de dicha cultura. En el ámbito escolar, estos procesos se provocan de manera deliberada y sistemática, al hacer propicio que el educando logre los aprendizajes necesarios para desarrollarse, socializarse y apropiarse de su cultura.

Sin embargo, estos procesos resultan insuficientes si lo que se pretende lograr es un sujeto realizador de *valores*. Esta insuficiencia se debe a que, por una parte, el cultivo se centra en los cambios internos del particular, sin atender a las transformaciones que éste pudiera realizar en la realidad objetiva —se trata del particular como en sí, todavía no como sujeto— y, por otra parte, aunque la socialización y la *enculturación* vinculan al particular con su medio ambiente social, éste se le presenta como algo dado, heredado de generaciones anteriores, como resultado que se le impone sin que él lo elija, como orden al que tiene que adscribirse, en fin, como el pasado que lo atrapa, que lo fija en el presente.

La formación, en cambio, significa el proceso por el que el sujeto se constituye como tal (como para sí) a partir de sus objetivaciones. Dicho de otra manera, el sujeto se forma al crear cultura, pues en ese proceso transforma la realidad y se transforma a sí mismo. Si consideramos el término cultura en sentido amplio, entonces en él incluyen el conjunto de las objetivaciones genéricas (los lenguajes y sus reglas, los objetos y reglas de uso, las costumbres, los órdenes institucionales, las integraciones sociales, las teorías, la producción escrita, las obras de arte, las normas jurídicas, las normas religiosas, las formas de interacción y sus reglas, etc.), y por lo tanto también quedan incluidas las cualidades que la praxis del sujeto imprime en los objetos, en las interacciones, en las regulaciones de estas interacciones, en los saberes y sus materializaciones y en la personalidad misma del sujeto; es decir, los *valores*. La formación implica la adquisición de competencias para plantearse problemas (y no sólo para resolver problemas conforme a ciertos esquemas aprendidos), para enfrentar situaciones inéditas y para participar de manera intencional, reflexiva, crítica y creativa en la

preservación y generación y transformación de la cultura, así como en la organización, desarrollo, crítica y transformación de los órdenes normativos sociales. La formación coloca al individuo en un presente en movimiento, al que ha de dar sentido con vistas al futuro.

Tampoco podemos ignorar que los procesos educativos se ven fuertemente mediatizados en la actualidad, por los medios de comunicación masiva, pues éstos tienen un fuerte influjo en la vida social.

Lo que se traduce en que el tiempo libre en nuestra cultura, es, en realidad, casi inexistente. El tiempo que pasamos produciendo dinero o atendiendo a nuestras necesidades básicas es usado para gastar el dinero ganado, o para concebir cómo gastarlo. Más no tardamos en apagar la computadora en el trabajo que en prender la radio en el automóvil o llegar a casa y encender el televisor. El “tiempo libre”, ha sido conquistado por la cultura del entretenimiento.

Lo anterior no sólo demuestra la falta de interés por parte de nuestros gobernantes para hacer prevalecer nuestra cultura, defenderla, sino dejan abierta la puerta para una cultura de consumo, y esto es así porque el gobierno, a cambio del apoyo que le brindan los medios de comunicación para defender sus políticas y consolidar su legitimidad, les permiten la transmisión indiscriminada de programas que, contrariamente al espíritu de nuestro Derecho, presentan el uso de armas de fuego como el mejor camino para dirimir controversias; pues el modo en que se desarrolla la política en nuestro país, tiende a una complejidad de estructuras artificiales una “jungla de ideas” e intereses sin control en donde se pierde todo intento de claridad y toda coherencia de rumbos. Lo cual es un error si lo entendemos como la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad o simplemente la ignorancia.⁴ Y esto es así ya que la situación económica, cultural, étnica y social del país, la falta de preparación y profesionalidad de muchos de nuestros jueces, ministerios públicos, policías, deviene como sombría realidad.⁵

La política y la economía se han desintegrado de la vida colec-

⁴Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Error en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina Rubinzulculzoni Editores, 2004, p. 13.

tiva, de la Nación y están llenos de falsos profetas que nos quieren hacer creer que la técnica puede prescindir de la sabiduría y que la justicia puede prescindir de la rectitud y el amor.

Son muchas las veredas por las que la política y derecho se asocian. Sólo en la política encuentra el derecho sustento y vialidad y sólo en el derecho, encuentra la política rumbo y ritmo, por ello, ya se ha afirmado, política sin derecho, es como navegar sin brújula y derecho sin política es como navegar sin agua.⁶

La educación *valoral* como un proceso de socialización será medular para lograr un cambio. En la educación escolar no se ha puesto suficiente cuidado en hacer conscientes y deliberados esos procesos de socialización, y menos aún en que los contenidos de las redes de interacciones correspondan a los *valores* y normas que supuestamente se prefieren. Tampoco se ha puesto atención suficiente en el proceso de cultivo que implica la educación conforme a *valores*, pues la educación escolar actual se centra en el desarrollo intelectual del educando y en la transmisión de ciencia y tecnología.

En consecuencia, la educación seguirá avanzando de forma errática, sino se precisa lo que la nación quiere lograr con ella. No hay precisión en los fines educativos, aunque todos suponemos que están definidos en el artículo tercero constitucional y en la Ley General de Educación; sin embargo, varios estudios y sondeos demuestran que las normas jurídicas que regulan la educación, incluyendo el texto constitucional, no son conocidos por los maestros, así pues tenemos, que la educación es una empresa que camina a ciegas.

Podemos decir que el ciudadano debe ser solidario, justo y democrático, *valores* contenidos en la ley. Y, cuando se quiere subsanar la carencia de la educación *valoral*, ésta se limita a la transmisión de información que se refiere a *valores* y que se espera que el estudiante repita mecánicamente.

Con base en las argumentaciones que hemos aportado, consideramos a la educación *valoral* como un proceso que necesariamen-

⁵ Cfr. Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La presunción de inocencia*. México, Porrúa, 2003, p.XIX.

⁶ Cfr. González de la Vega, René, *La lucha contra el delito*, México, Porrúa, 2000, p.2.

te incluye: el cultivo, la socialización, la *enculturación* y la formación. En consecuencia, el término educación conforme a los *valores*, tal como los estamos empleando, no connota simplemente una información referida a *valores* que se transmite al educando, sino una educación en, sobre, para y por *valores*. Por ello el que la sociedad participe en la gestión del sistema escolar es un principio democrático.

Como socialización, la educación conforme a *valores* o educación valoral consiste en la internalización por parte del educando, de normas legítimas que implican *valores*, que generan en él disposiciones (cognoscitivas y afectivas) favorables a éstos. Como se trata de órdenes normativos que se le imponen al sujeto, la socialización se lleva a cabo por la vía de la interacción maestro-alumno, alumno-alumno conforme a ciertos órdenes regulativos prevalecientes en el ámbito escolar, que es deseable que posean una fuerte *carga valoral*, para prevenir el delito.

Como *enculturación*, la educación *valoral* consiste en la “transmisión de saberes” referidos a *valores* (Moral, Derecho, Ciencia Política, Religión, Arte, etc.). Se trata propiamente de transmisión de información, pues ni el conocimiento ni los *valores* pueden, en sentido estricto, transmitirse. Esa información es la expresión de creencias que pueden ser aceptadas dependiendo de su contenido y de sus pretensiones de validez y que se presentan con la intención de suscitar actitudes favorables o desfavorables. Como *enculturación*, la educación *valoral* es fundamentalmente educación sobre *valores*.

Como cultivo, la educación *valoral* consiste, por una parte, en un desarrollo, es decir, en un proceso que conduce al sujeto de un estadio inferior a otro superior de construcción de estructuras intelectuales y morales; como resultado de estos procesos, el sujeto adquiere ciertos hábitos, habilidades y competencias que son necesarios para preferir y realizar *valores*. En consecuencia, la educación *valoral* en este nivel es educación para los *valores*.

Como formación, la educación *valoral* consiste en promover intencionadamente, que el educando se objetive mediante una praxis que, por orientarse a realizar *valores* como la justicia que es el

valor aglutinante de los demás y es el fin del Derecho. Al fin y al cabo el Derecho en sí mismo es un juicio de *valor* que persigue la organización de la vida de los hombres buscando un ideal de justicia, los seres humanos en general y los juristas en particular, han dedicado parte de sus esfuerzos a la búsqueda de la justicia y no se ha encontrado una solución definitiva. No puede existir porque la justicia es en sí misma como virtud y como valor es inalcanzable y lo único que se puede hacer, a través de las leyes, es aproximarse lo más posible.

Cuando opera una gran injusticia o ausencia de libertad, los primeros *valores* a defender serían precisamente éstos: justicia y libertad. Mientras que donde los problemas se centran principalmente en el desorden o la inseguridad física o jurídica, el valor socialmente demandado es la seguridad.

Valor de dignidad: La base de reconocimiento de derechos y deberes. Es la necesidad de promover progresos de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Dentro de los derechos fundamentales se encuentra la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Valor de seguridad: La seguridad se reclama frente al desorden, esto frente a la situación que no da a cada cosa el lugar que le corresponde, de hecho el orden y la seguridad se consideran *valores* de la coexistencia de las personas. Y la cooperación y la solidaridad se sitúan en la coexistencia de los seres en cuanto viven en sociedad.

Por otro lado, la seguridad se reclama hoy en día como uno de los *valores* indiscutibles del ordenamiento jurídico. La seguridad jurídica se establece como un *valor* específico que se perfila como la condición de la realización de los otros *valores*. También se muestra como la razón que fundamenta el ejercicio de los derechos y el desarrollo de los principios en un ámbito de paz, orden y certeza.

Valor de solidaridad: En primer lugar no es sinónimo de dignidad. Se refiere a la aceptación de *valores comunes* por los que se

quiere luchar en conjunto. Surgió en la Edad Antigua y Media como algo más parecido a la amistad que una obligación jurídica, pero paulatinamente este ideal fue asumiéndose por los poderes políticos hasta transformarlo en norma jurídica. De la misma manera, gradualmente la solidaridad se empieza a ver como un deber del Estado.

Valor de libertad: Se manifiesta como una situación personal de ausencia de ataduras que conlleva la facultad o posibilidad de actuar de acuerdo con nuestra voluntad, asumiendo las responsabilidades que ello conlleva y por eso sólo actúa con libertad el ser racional. Porque sólo el ser humano es capaz de valorar el alcance de sus actos y de decidir, en función de ello, el camino que quiere seguir. Pero esta libertad, no puede ser total, absoluta, por ello la misma sociedad debe imponer límites a cada ser humano con la finalidad de poder alcanzar y garantizar la de todos, logrando la paz, la justicia, la seguridad, el orden y el bien común. La libertad depende de distribuir dónde se ubiquen doctrinas y movimientos políticos,⁷ por lo que se requiere de ciertos hábitos, habilidades y competencias.

Es gracias a ese movimiento de objetivación que el educando se forma como sujeto. En este nivel, la educación *valoral* es educación por los *valores*. George Lakoff, en su libro *Moral Politics*, describe cómo la actitud de los ciudadanos americanos, en relación con su posición como liberales o conservadores, se da en función de cómo se conforman los *valores* aprendidos en su educación temprana.⁸

Si entendemos a la educación *valoral* o educación conforme a *valores* como la conjunción de los procesos a los que hemos aludido y que tienen en su base el aprendizaje, no cabe entonces pensar en su imposibilidad. Si la delincuencia se aprende, al menos es lo que sostiene la teoría de la asociación diferencial, al señalar que el criminal, ciertamente, no será ya aquel que es llevado al delito porque

⁷Cfr. Bobbio, Roberto, *Derecha e izquierda*, Trad. Alesandra Prione. Santillana, Madrid, Taurus, 1995, p.162.

⁸ Cfr. Lakoff, George, *Moral politics. What Conservatives Know that Liberals Don't*. The University Chicago Press, USA., 1966, p 13.

está biológica y psicológicamente necesitado, sino porque habrá aprendido del ambiente las técnicas, las motivaciones y los *valores* que llevan a violentar la ley penal, luego entonces, los *valores* mencionados no tendrán ninguna dificultad para ello. En efecto, dichos procesos tienen lugar en la realidad, frecuentemente indiferenciados, y si hablamos de ellos es porque han sido diferenciados y recortados como objeto de estudio en el ámbito de diversas disciplinas (la Antropología, la Lingüística, la Sociología, Psicología, Filosofía y Pedagogía), mediante la aplicación de categorías. La educación conforme a *valores* resulta entonces del entramado de procesos complejos e interdependientes que denominamos: socialización, *enculturación*, cultivo y formación.

Así pues, el fortalecimiento de *valores* debe hacerse en las tres modalidades de la educación:

Educación formal: abarca el sistema escolarizado como tal.

Educación no formal: comprende “toda actividad educativa organizada, sistemática, impartida fuera del marco del sistema formal, para suministrar determinados tipos de aprendizaje a subgrupos concretos de la población, tanto adultos como niños”.⁹

Educación informal: supone un proceso permanente “por el que cada persona adquiere y acumula conocimientos, habilidades, actitudes y criterios a través de las experiencias cotidianas y de su realización con el medio.”¹⁰

De esta forma se frenaría la comisión de los delitos, pues todo Derecho pretende ser algo en lo cual encarnen determinadas ideas de *valor* y si partimos de que la vida se hace a sí misma, pues no se encuentra ya hecha, ni predeterminada, porque “la vida no nos es dada hecha”, es tarea. Así, hagámosla poniendo en práctica aquellos *valores* que nos identifican como seres racionales, que buscamos la armonía dentro de nuestro contorno.

Busquemos una verdadera cohesión, ya que el consenso es el que hace que una familia, una tribu, un pueblo, una nación sobre-

⁹ Coombs, Philip H. *La crisis mundial de la educación*. Madrid, Santillana, Siglo XXI, 1985, p.43.

¹⁰ *Ibidem*, p. 47.

vivan; en consecuencia, lo más importante es la voluntad de sus miembros de seguir perteneciendo a ese grupo, en tal tesitura, los *valores* son tan esenciales para mantener esa cohesión, esto es así, porque se encuentra comprobado que el orden ético, ayuda a resolver los conflictos que derivan de las fuerzas sociales. Sólo hay que dirigirlo a través de una política criminal sustentada en los *valores*.

Así pues, podemos concluir que si el delito se origina por una defectuosa integración cultural, es decir los individuos que están predispuestos a delinquir, pertenecen a los grupos socialmente marginados, discriminados en el acceso a los medios lícitos, entonces la mejor política criminal es la educación basada en el *fortalecimiento de valores* como la honestidad, “pobre, pero honrado”, como reza el refrán popular y coincidiendo con la teoría criminal de *funcionalismo de la anomia*.

Para llevar a cabo este tipo de prevención basado en el fortalecimiento de los *valores*, es fundamental la participación de la sociedad en su conjunto, ya que no es exclusiva de la policía, la justicia, o las cárceles; el problema es de todos y para ello los ciudadanos deben estar informados para poder opinar participando así en los programas preventivos. En las colonias deben identificarse los delitos más comunes y los delincuentes.

Verdaderamente existe una *crisis de valores* en la sociedad actual, principalmente en aquellas zonas geográficas compuestas de gentes con diversas costumbres, con *sistemas de valores*, ello es así, porque se reflejan en las estadísticas de los delitos cometidos en dicha demarcación. Además de que los *valores* no son transmitidos adecuadamente a las nuevas generaciones.

Aunado a lo anterior, como estrategia para prevenir el delito, *fortaleciendo los valores* en la población en donde se refleja de manera alarmante la comisión de éstos, se debe contar con una gran organización social para conseguir un fin común, para ello es necesario enseñarle antes de cualquier cosa los verdaderos preceptos de la moral, los cuales tendrán que adaptarse a las realidades conforme a la evolución de la humanidad, pues la conducta que hoy es con-

vencionalismo social, mañana puede ser Derecho, ya que esto depende de la sanción y del grupo que en su momento la sancione, pues no se trata de invertir más dinero en la educación ni de copiar los preceptos éticos prácticos, cotidianos, de las políticas utilizadas en otros países como la de Estados Unidos de Norteamérica, *v. gr. Tolerancia cero*, ya que existe una diversidad cultural, económica, educativa, que separa a las dos naciones. Con razón, Díaz Aranda, refiere entre otras cosas, que en la doctrina mexicana es frecuente encontrar citas y argumentos provenientes principalmente de la literatura europea, ello se debe a los lazos históricos y culturales que nos unen con el viejo continente desde 1521. No obstante, el reconocimiento de la influencia y el valor de dicha doctrina, no constituye un pronunciamiento a favor de su seguimiento y aplicación ciega en nuestro país.¹¹

Dicho de otra manera, las tareas que se plantean y que van estrechamente ligadas consisten en que el particular se configure como sujeto ético, que la sociedad se organice de manera democrática y que los sujetos interactúen en comunidades e instituciones justas. Los análisis de lo que significan como *valores sociales* la justicia, la dignidad, la seguridad, la solidaridad y la libertad, realizados por autores de distintas ideologías y diversos enfoques disciplinarios, han dado contenido a una gran cantidad de obras, muchas de ellas de excelente calidad. No pretendo emprender una tarea semejante en unas pocas líneas, sino sólo dilucidar la forma en la que la educación puede contribuir a la prevención del delito.

Esto no es empresa fácil, ya que realmente existen zonas en la Ciudad de México, hundidas en la pobreza, marginación y carentes de servicios públicos; ha faltado una verdadera, equitativa y democrática distribución de la riqueza para dedicar más recursos económicos a programas sociales, lo que acontece en la actualidad en virtud de que la severa crisis económica que aqueja a nuestro país ha dejado a un lado las políticas sociales para mejor invertir en los aparatos

¹¹ Cfr. Aranda Díaz, Enrique, *Derecho Penal*. México, Porrúa, 2003, p.XVII.

de control y de seguridad; así pues, el Estado para frenar el delito forma más instituciones policíacas, en lugar de invertir en una verdadera política criminal basada en fomentar en una forma agresiva los valores, para prevenirlo. Sin embargo, el Estado sólo aplica la *mano dura* contra los delincuentes, realizando reformas judiciales para incrementar las penas, aplicando entonces teorías de intimidación: la pena debe perseguir el fin de la prevención general, esto es contener a los delincuentes potenciales en la comisión de delitos.

Por ello, en las tareas por realizar, incluimos también las que se orientan a lograr una *transformación profunda* de las instituciones, las estructuras políticas y las integraciones sociales con vista a evitar la escisión de lo público y lo privado. Esa transformación es también una revolución, pero en un ámbito distinto al de la vida cotidiana. Estas tareas demandan esfuerzos de las generaciones presentes y futuras, pero no parten de cero pues se fundan en lo que han realizado muchos hombres y mujeres en el pasado. Esos esfuerzos se han traducido en avances extraordinarios, pero también ha habido retrocesos a posiciones anteriores.

Control constitucional

*José del Carmen Constantino Avendaño**

Sumario: 1. Concepto de constitución. 2. Supremacía constitucional. 3. Concepto de control constitucional. 4. Sistemas de Control Constitucional. 4.1. Control difuso o “americano”. 4.2. Control concentrado o “europeo”. 4.3. Control mixto.

La importancia de abordar este tema estriba en que no podemos entender la materia penal si no es a partir de los preceptos constitucionales que la sustentan, y por ende, afirmar que esos derechos están por encima de cualquier otro que se le contraponga, establecido en leyes secundarias (sustantivas o adjetivas). Es pues de suma trascendencia explicar qué es la constitución, la supremacía constitucional, y los sistemas de control constitucional, para así estar en condiciones de entender; por ejemplo, que los derechos del reo plasmados en el artículo 20, inciso A), de la Constitución Federal, son de mayor jerarquía jurídica que cualquier otro, incluso que lo contradiga, plasmado en leyes que emanan de la propia Constitución. El entendimiento del tema, desde luego, servirá para que la defensa en materia penal se enfoque primero desde el punto de vista constitucional y después en las leyes sustantivas, ello en aras de contar con una defensa adecuada como lo existe la propia Carta Magna.

* Defensor Público Federal.

1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

La palabra “constitución” proviene del latín “constitutio-onis” y presenta diversos significados, entre los que interesan los siguientes: “acción y efecto de constituir”, “esencia y calidades de una cosa que la constituyen como es y la diferencian de las demás”, “forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado”, y “ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política”.¹

Para Ferdinand Lasalle², la constitución es la suma de los factores reales de poder —“fuerza activo y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son”—, que al adquirir expresión escrita se convierten en derecho.

El tratadista Ricardo Guastini, define a la “constitución”, como: “...El término “Constitución” es usado en el lenguaje jurídico (y político) con una multiplicidad de significados (cada uno de los cuales presenta muy diversos matices). No es el lugar de hacer un inventario completo. Será suficiente distinguir los cuatro significados principales, que son los siguientes: a) en una primera acepción, “Constitución” denota todo ordenamiento político de tipo “liberal”; b) en una segunda acepción, “Constitución” denota un cierto conjunto de normas jurídicas: grosso modo, el conjunto de normas —en algún sentido fundamentales— que caracterizan e identifican todo ordenamiento; c) en una tercera acepción, “Constitución” denota —simplemente— un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente), y d) en una cuarta acepción, en fin, “Constitución” denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea, de un peculiar régimen jurídico.”³

Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, definen a la

¹ Voz “Constitución”, en Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, t a/g, 22ª Ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 632.

² La Salle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 8ª Ed., México, Colofón, 1997, pp. 11 y 19

³ Guastini, Ricardo, “Teoría de la Constitución”, *Ensayos Escogidos*, compilador Miguel Carbonell, Ed. Porrúa, México 2002, pp. 93-94.

Constitución, como: “...la manera en que están arreglados u organizados los principios y los órganos públicos de un Estado cualquiera. La Constitución, por ende, es la ley fundamental de dicho Estado, piedra de toque del orden jurídico e instrumento que define el ser político de un país. Los pueblos encuentran en la Constitución el fundamento de su propia existencia y el símbolo que los guía en su porvenir como nación.”⁴

Finalmente, en la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que “la Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado”⁵

En el libro *Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano*, se define a la constitución como: “...la norma fundamental del Estado, base y justificación de la validez de toda la producción legislativa, e indicadora de la realidad político-social en un momento histórico determinado.”⁶

2. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

En la Real Academia Española se define la palabra “supremacía” como “grado supremo en cualquier línea”, así como “preeminencia, superioridad jerárquica”.⁷

De los conceptos de constitución abordados, se arriba a la conclusión de que todos los tratadistas coinciden en señalar que la “Constitución” es el documento fundamental de una nación o país, es el acta de nacimiento de un país que se precie de ser liberal, o el conjunto de normas jurídicas que estructuran al Estado (órganos de poder), en el que se reconocen los derechos de los ciudadanos. Son las normas jurídicas más importantes de un país, que están por encima de todas, porque no existe otra que no emerja o dimane de ella.

⁴ Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y comparado*, 2ª, Ed., Porrúa, México 2001, p. 51.

⁵ Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Vol. 39, Primera Parte, p. 22

⁶ *Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª Ed., México, 2005, p.25.

⁷ Real Academia Española, voz “supremacía”, op. cit., p 2112.

En nuestro país, no escapamos a esta premisa, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, es la ley fundamental, de ahí parten o surgen todas las demás leyes, así incluso está reconocido en la propia constitución en el artículo 133, en donde se señala que la Constitución, y otras leyes y tratados, son la “Ley Suprema de toda la Unión”, en la inteligencia que en la cúspide de esa pirámide desde luego está la “Constitución”. Hablamos pues de un sistema jurídico que reconoce la supremacía de la Constitución.

Carlos Arellano García⁸, al respecto señala: “En una situación de carácter comparativo entre normas constitucionales y normas legales ordinarias, corresponde a las primeras un grado jerárquico superior. Para que no haya lugar a duda acerca de esta afirmación preliminar, conviene recordar el texto, ya analizado del artículo 133 constitucional: “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 superioridad de la Constitución respecto de las leyes del Congreso de la Unión deriva de la circunstancia de que las leyes deben emanar de ella. En consecuencia, si contradicen lo dispuesto en la Constitución no tienen el carácter de Ley Suprema. En lo que hace a las leyes procedentes de las Legislaturas de los Estados, éstas no pueden contradecir la Constitución, ni tampoco deben contravenir lo establecido en las leyes federales. A nuestro modo de ver, conforme a lo expuesto en el capítulo en que nos ocupamos detalladamente, del artículo 133 constitucional, la última parte del transcrito artículo 133, establece un control automático que pueden realizar los jueces de cada Estado, pero, el control jurisdiccional a través del juicio de amparo está sujeto a los lineamientos de los artículos 103 y 107 constitucionales pero, dentro del supuesto ya admitido de que la

⁸ Arellano García, Carlos, “El Juicio de Amparo”, 8ª Ed., Porrúa, México 2003, p. 580

Constitución tiene un rango mayor frente a las leyes federales y locales. Según lo antes expuesto, las leyes del Congreso de la Unión y las leyes de las legislaturas locales no deberán contravenir las disposiciones constitucionales. Tal es el deber jurídico que ha de acatarse. Sin embargo, de hecho puede acontecer que haya desacatamiento a esa obligación. Ante el supuesto de incumplimiento habrá de obtener la efectividad de la norma que fija la supremacía constitucional y ello se consigue a través del juicio de amparo, previsto y regulado por los artículos 103 y 107 constitucionales.”

En conclusión, la supremacía constitucional se puede definir como la cualidad que tiene la constitución de ser norma que funda y da validez a la totalidad del ordenamiento jurídico de un país determinado.

3. CONCEPTO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Empero, por el simple hecho de que la Constitución sea la ley suprema del país, no presupone que todas las normas y actos del poder público están apegadas a dicha Constitución, pueden contrariarla o contradecirla; en ese caso, en la propia carta fundamental, se establecen mecanismos jurídicos para someter a esas normas o actos del poder público, al orden constitucional, lo que significa que pueden ser anuladas por una determinación de uno de los órganos del Poder Judicial de la Federación; ejemplo de esos mecanismos jurídicos son: el juicio de amparo contra ley, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales. Se trata pues de un control constitucional.

Es decir, el ejercicio del control de constitucionalidad supone, de manera necesaria, que la norma existe y el objeto de dicho control es determinar la legalidad de la norma y, con ello, reconocer su validez, o en caso contrario, nulificarla.

El ministro jubilado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ulises Schmill Ordóñez⁹, hace las siguientes anotaciones: “...el

⁹ Schmill Ordóñez, Ulises. Citado por Rodolfo Vázquez (compilador), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Distribuciones Fontorama, S.A., tercera reimpresión, México 2003, pp. 288-89.

control de la constitucionalidad es una institución esencial en la estructura de los órdenes jurídicos modernos, sobre todo si se toma en cuenta lo que podría decirse de las normas constitucionales si no tuvieran la garantía objetiva de la anulación de la norma, general o individual, que fuera irregular y si no existiera la posibilidad de sancionar a la autoridad estatal que omitiera el cumplimiento de una norma irregular.

Dice Kelsen¹⁰: “Una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria. Aunque en general no se tenga conciencia de ello –porque una teoría jurídica dominada por la política no permite esa toma de conciencia– una constitución en la cual los actos inconstitucionales y, en particular, las leyes inconstitucionales sigan conservando su validez –al no ser posible anularlos por su inconstitucionalidad– equivale, desde el punto de vista propiamente jurídico a poco más que unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria”. La institución del control de la constitucionalidad convierte a las normas constitucionales en verdaderas normas coactivas, con la plenitud de su fuerza obligatoria desplegada ostensiblemente y ajustándolas claramente a la característica esencial del derecho, que lo distingue de todas las otras especies de normatividad que los académicos han encontrado: su coactividad...”, agrega el aludido autor: “...la institución del control de la constitucionalidad es una pieza indispensable y necesaria en el engranaje normativo de un Estado federal. Como hemos visto, la esencia de la Constitución de un Estado federal consiste en la división de competencias entre el orden subordinado de la Federación y el de los órdenes de los Estados locales. Todo acto que salga fuera de los límites competenciales establecidos por la Constitución a un órgano federal o local, puede constituir una violación de alguna norma constitucional. Carecería de sentido igualmente esta división de competencias, si los órganos federales o locales no pudieran ser anu-

¹⁰ Cfr. Kelsen, Hans., “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Debates 1988, p. 150 .

lados por un tribunal independiente que estableciera con objetividad y validez jurídica el o los límites de los ámbitos competenciales de la Federación y de los Estados locales”; y concluye con el siguiente razonamiento: “La defensa de la Constitución por medio de la institución del control de la regularidad constitucional es un medio civilizado y racional para la instauración de la paz social y la eliminación de la violencia descentralizada, que caracteriza a las situaciones sociales donde la legitimidad y la creencia en la validez del derecho se han deteriorado o destruido.”

Como bien lo señala Schmill Ordóñez, para que una constitución sea verdaderamente una constitución, debe necesariamente contener la institución de su propia defensa, esto es, deben instituir una garantía objetiva de anulación de la ley o acto del poder público que siendo irregular o contrario a la constitución lo emite, y desde luego, establecer las sanciones a la autoridad estatal por transgredir los dispositivos constitucionales.

Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona¹¹, también señalan: “...podemos afirmar que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales”; y concluyen: “...la defensa de la Constitución, aun desde la apreciación formal y de carácter positivo que hemos adoptado, tiene por objeto no sólo el mantenimiento de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política, para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica, de acuerdo con la terminología de Karl Loewenstein, es decir, que resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado razonable de eficacia y de proyección hacia el futuro, ya que no sería posible ni deseable realizar el intento de proteger un simple conjunto de manifestaciones declaratorias.”

¹¹ Op. Cit., pp. 176-177.

En resumen, el control constitucional tiende a garantizar la supremacía constitucional y a evitar que las autoridades actúen fuera de los principios y lineamientos previstos en la constitución. Es decir, tiene como objetivo proteger los órdenes jurídicos, de modo que por conducto de los medios previstos en la propia ley, debe estudiarse todo tipo de violaciones a la constitución federal, porque todo acto de autoridad debe sujetarse a este control para que nada sea un impedimento para que la constitución esté por encima de toda norma jurídica.

4. SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Junto con la añeja forma de protección constitucional consolidada en Estados Unidos de Norteamérica, a partir de la resolución del caso *Marbury vs. Madison* (1803), en el mundo occidental contemporáneo pueden descubrirse otras vías para asegurar la constitucionalidad de las leyes y los actos de las autoridades. Aparte del llamado control “difuso” o “americano” de control constitucional, existe el denominado control “concentrado” o “europeo”, así como uno mixto, cuyo nombre claramente responde a que en él se conjugan las características esenciales de los sistemas señalados en primer lugar.

Medios de control, que de una u otra manera encontramos su antecedente en Europa.

Enrique Rabell García¹², en su artículo “La Inconstitucionalidad de Leyes en México”, en lo relativo al desarrollo histórico del control constitucional, dice:

“...Históricamente la defensa de la Constitución se encomendó a los mismos poderes que ejercían las funciones de gobierno. Tanto en Grecia antigua como en Roma, la defensa orgánica la realizaban los órganos de gobierno, tal fue el caso de los magistrados,

¹² La actualidad de la defensa de la constitución. *Memoria del Coloquio Internacional en celebración del Sesquicentenario del Acta de Reformas Constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª Ed., México 1997, pp. 213 a 216.

las asambleas, el senado o los jefes de estado, quienes resolvían los conflictos sin acudir a otra instancia o árbitro. Cabe mencionar que el hecho de que no existiera un control definitivo o ajeno a tales poderes, ocasionaba innumerables crisis políticas que se resolvían por medios extrajurídicos.

Los orígenes de un verdadero derecho procesal constitucional los encontramos en dos sistemas políticos diferentes. En Inglaterra, como consecuencia de la evolución del *common law*, los jueces adquirieron la capacidad de realizar un auténtico estudio, interpretación y fallo correspondiente de aquellas normas y actos públicos contrarios al orden constitucional de ese país. Esta atribución judicial se desprendió en gran medida cuando los barones le exigieron al rey Juan la promulgación de la carta magna en el siglo XIII.

El funcionamiento y sostén de este sistema se basa en la institución jurídica del *stare decisis*, en la cual los fallos o sentencias anteriores de los jueces constituyen un antecedente y regla obligatoria para los siguientes casos similares.

Al decir de Rabasa, el *common law*, o derecho común en Inglaterra “se formó y desenvolvió sobre dos principios capitales; la seguridad personal y la propiedad”. Sus normas se extendieron y se impusieron a la autoridad real, quien debía acatarlas, por lo que de esta guisa la libertad y propiedad en Inglaterra se erigieron ya en derechos individuales políticos, oponibles al poder de las autoridades, o, como asienta Rabasa, “el *common law* se impuso en la conducta de la vida pública, marcando un límite a la autoridad real que no podía traspasarlo sin provocar rebeldía y hostilidad”. En conclusión, podemos decir que en Inglaterra existía, en virtud del *common law*, una supremacía consuetudinaria respecto del poder del monarca y en general de cualquier autoridad inferior, cuyo contenido eran la seguridad personal y la propiedad.

La evolución histórica y política de este sistema ocasionó el perfeccionamiento del control constitucional mediante la promulgación de diversas leyes fundamentales, tal fue el caso del *Bill of Rights* o el *Instrument of Government*, por citar algunos ejem-

plos. De esta forma los diferentes ordenamientos constitucionales consagraron definitivamente los principios de legalidad y del debido proceso legal, los cuales representan la base de todo sistema de protección de los derechos fundamentales del hombre frente a la autoridad.

En segundo término se encuentra la figura de la justicia mayor en las Cortes de Aragón. Tal personaje contaba con la facultad de anular aquellos actos del rey contrarios al orden constitucional del reino.

Ambos sistemas jurídicos, en virtud de proceder de diferentes fuentes históricas, ocasionaron trayectorias y tipos diferentes de control constitucional. El sistema inglés obedece a un sistema consuetudinario, el cual tiene por fundamento la costumbre y los fallos o jurisprudencia de los jueces que crean precedentes. El segundo sistema se conformó a partir de la evolución del sistema jurídico romano, el cual tiene por fundamento un sistema escrito y definido en cuanto a funciones públicas.

Aunado a la anterior tradición jurídica, encontramos como antecedente político fundamental los documentos políticos emanados de la Revolución Francesa. Al concluir este movimiento social el Poder Constituyente francés, ante el auge de las teorías de soberanía popular, consideró que no podía dejarse a un poder ajeno al control popular la importante misión de velar por los intereses constitucionales. Posición que se justificó en aquel entonces por los excesos y complicidad del Poder Judicial en los asuntos en que intervenía la Corona o las familias aristocráticas frente al pueblo.

De este movimiento histórico se originó la escisión del control constitucional en atención al tipo de órgano –político o judicial– que ejerce esta función. De aquí en adelante las constituciones van a ir adecuando a su trayectoria política particular uno de estos dos sistemas con diferentes formas de aplicación.

El Movimiento de Independencia de las 13 colonias inglesas aportó también su grano de arena. El resultado de este movimiento fue la síntesis de los dos sistemas jurídicos imperantes. Por un lado,

los norteamericanos continuaron con los principales lineamientos del Poder Judicial inglés en relación con las amplias facultades políticas y judiciales de los jueces y el valor de la jurisprudencia. Del otro lado, como producto de su evolución histórica y temor frente a las potencias extranjeras, los americanos adoptaron una Constitución escrita, en la cual se definía con precisión la división de poderes. De esta combinación nació el control difuso de constitucionalidad en un sistema escrito. Este tipo de control otorga a todos los jueces la facultad para anular los actos y normas contrarios a la Constitución. El fundamento de esta tesis se desprendió del fallo del Juez Marshall, que estableció la doctrina de la supremacía constitucional frente a las leyes secundarias y actos de autoridad.

Además de este panorama universal, es importante resaltar la aportación de México al crear el juicio de amparo, el cual unificó la tradición jurídica romana con el sistema americano para crear un sistema auténtico y depurado para resguardar los valores fundamentales del hombre.

El último antecedente histórico lo encontramos en la doctrina jurídica de Kelsen, así como su influencia en la Constitución austriaca de 1920. En ésta se estableció y reguló la defensa de la Constitución mediante un sistema que concentra en un órgano judicial con máxima jerarquía y autoridad, la función de emitir las decisiones más importantes en cuanto a normas y actos contrarios al pacto fundamental...”

Así la historia nos enseña, que básicamente existen tres sistemas de control constitucional, el difuso, concentrado y mixto; este último es el imperante en México, que para mejor comprensión se definirán enseguida.

4.1 CONTROL DIFUSO O “AMERICANO”

En el cuaderno *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, se anota que: “...Este sistema se conoce también como “americano”, porque comenzó a practicarse en los Estados Unidos de América, donde subsiste. Por otra parte, sus orígenes

no figuran en el resultado de la actividad jurisdiccional, sino en la doctrina. Entre octubre de 1787 y mayo de 1788, en 3 periódicos de Nueva York publicó un total de 77 artículos por parte de tres autores –Alexander Hamilton, John Jay y James Madison–, quienes se limitaron a comentar la estructura y el contenido de la Constitución recién creada. La reunión de esos artículos –junto con otros ocho– en forma de libro apareció bajo el título de *El Federalista*.

A Alexander Hamilton le correspondió hacer los comentarios relativos a las funciones de los tribunales. Defendió que éstos pudieran declarar nulos los actos de las legislaturas, bajo el argumento de que el poder del pueblo, que se había traducido en la formación misma de la Constitución, prevalece sobre las actividades tanto del Poder Legislativo como del Judicial. Según Hamilton, la voluntad de los legisladores no pueden ir en contra de la del pueblo; es decir, la expedición de una ley contraria a la Constitución es, al mismo tiempo, contraria a la voluntad del popular. Por tanto, como en la propia Carta Fundamental se había establecido su supremacía –artículo 6º, sección segunda–, los jueces debían preferirla a cualquier otra ley, con tal de no menoscabar las aspiraciones del pueblo.

Estas consideraciones merecieron algunas críticas, en el sentido de que permitir que los jueces anularan los actos de los legisladores redundaba en una superioridad jerárquica del Poder Judicial respecto del Legislativo. No obstante, en contra de la crítica se adujo que no podía darse el dominio de los jueces, pues la voluntad popular se encontraba por encima de cualquiera de los poderes. En realidad, la judicatura no hacía otra cosa que proteger la voluntad del pueblo, reflejada en la Constitución.

Formalmente, el control difuso nació con el fallo recaído al caso *Marbury vs. Madison*. John Marshall, presidente de la Corte a la sazón y encargado de redactar la sentencia, dejó en claro que el deber del Juez estadounidense consistía en preferir la Constitución a cualquier otra ley, dado que aquélla controlaba todos los actos del Legislativo. Permitir la eficacia de una norma inconforme con el texto del que debía haber prevenido, implicaba la destrucción del

principio de la supremacía constitucional y, en consecuencia, la imposición de cotos a las libertades civiles. Así, al estudiar un caso concreto que involucraba una ley afectada de inconstitucionalidad, los jueces debían abstenerse de aplicarla.

Ésos fueron los antecedentes del sistema difuso, que se ha extendido por casi toda América a lo largo del tiempo y cuyas características no han variado en lo absoluto. Se trata de un tipo de control que deja en manos de cualquier juez, sin importar el fuero al que pertenezca, la regularidad constitucional de las leyes. En otras palabras, todo juez puede y —debe—, ante un caso concreto que verse sobre la materia, inaplicar una ley inconstitucional, y fallar mediante una sentencia con efectos relativos, es decir, vinculantes sólo para las partes en conflicto. En síntesis, es un tipo de control difuso, incidental, especial y declarativo.

Es difuso, en oposición a “concentrado”, porque la competencia para conocer de la constitucionalidad de una ley o un acto de autoridad pertenece a todos los jueces sin excepción. En cuanto a su carácter incidental, obedece a que el problema de inconstitucionalidad se desprende de una controversia relativa a cualquier materia, que es la que en principio ocupa al juez. Por último, es especial porque los efectos de las sentencias alcanzan sólo a las partes, y declarativos en tanto que se limita a clarificar una situación jurídica controvertida.

A propósito de los efectos relativos —Inter Partes— de las sentencias, debe hacerse mención de la importancia que en los sistemas del *common law* —tal como el estadounidense— tiene la doctrina del *stare decisis* —obligatoriedad del precedente—, por cuya causa todos los tribunales quedan vinculados por una declaración de inconstitucionalidad hecha por un tribunal superior. Esta circunstancia conduce a que, aun cuando una declaración de inconstitucionalidad haya tenido, en un primer momento, efectos sólo para las contendientes, con el paso del tiempo, en virtud de su invocación en otros asuntos similares, adquiere eficacia general. Sin embargo, ningún juez está obligado a considerar determinado pre-

cedente para fundar sus propios razonamientos, de ahí que aquél pueda ser superado por otros que, a su vez, produzca efectos hacia el futuro en los planos temporal y espacial.

La presencia de este sistema en América Latina obedece a la influencia de la Constitución estadounidense en los países que poco a poco lograron su independencia y buscaron organizarse en Estados donde impera el respeto a las libertades individuales, esto es, donde existiera una forma plenamente democrática de gobierno. De Canadá a Argentina se advierte la práctica de este tipo de control, si bien en varios territorios se ha notado el interés en adoptar el sistema concentrado, o en acostumbrarse a uno mixto, donde el control concentrado y el difuso coexisten.”¹³

En conclusión, el tratadista Carlos Arellano García¹⁴, nos dice: “Desde la época de Hamilton, se consideró como medio eficaz para hacer efectiva la supremacía Constitucional frente a la actuación legislativa de los poderes constituidos, federal y locales, el desempeño de la función jurisdiccional controladora. Al efecto, sostenía este forjador del sistema constitucional norteamericano, que habría de inspirar el sistema nuestro: “El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de legislaturas con fundamento en que son contradictorios a la Constitución ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa. No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la afirmación que todo acto de una autoridad delegada, contraria a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contra-

¹³ Cuaderno: *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 1ª Ed., México, 2003, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁴ Arellano García, Carlos, *El Juicio de Amparo*, 8ª Ed., Porrúa, México 2003, pp. 580-581.

rio a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante... los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su calidad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerado por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay discrepancia debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores, entre otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria...” En nuestro medio mexicano, el amparo, medio de control de la constitucionalidad de los actos de toda autoridad, no puede tener, y, no tiene, limitación alguna frente al Poder Legislativo Federal o frente a los Poderes Legislativos de las entidades federativas. Por tanto, funciona como una institución que opera para dejar sin efectos la ley inconstitucional, aunque, se limita a proteger únicamente a quien pidió amparo contra la ley. La ley no se deroga para evitar que los poderes se desequilibren y que el Poder Judicial se vuelva superior al Legislativo, solamente se deja sin efectos la ley, frente al gobernado que ejerció la acción de amparo.”

4.2 CONTROL CONCENTRADO O “EUROPEO”

Los rasgos de este sistema son diametralmente opuestos a los del difuso, incluso en lo relativo a su origen. La determinación del papel de los jueces en la sociedad no derivó de Constitución alguna, sino de ideas filosóficas que acarrearían movimientos sociales de relevancia para el curso de la historia europea. De modo particular, el pensamiento de Rousseau y Montesquieu trajo consigo el estallido de la Revolución Francesa, cuya persecución de la igualdad, libertad y la fraternidad se basó en los intereses de la voluntad de todo pueblo. Como se aceptaba la preeminencia del órgano legislativo, único depositario de la voluntad general, en ningún momento se

contempló la posibilidad de que los jueces cuestionaran las leyes; a ellos les correspondía aplicarlas, no criticarlas. Recuérdesse que, para Montesquieu: “los jueces de la nación no son (...) más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.”¹⁵ De hecho, en la Constitución francesa de 1799 se encargó a un Senado Conservador –*sénat conservateur*– el control de la constitucionalidad de las leyes.

Esta tendencia a impedir el control difuso se concretó en 1920, gracias a la expedición de la Constitución Austriaca, proyectada por Hans Kelsen, en la que se previó la instalación de un Tribunal Constitucional abocado a resolver, de modo exclusivo –concentrado–, las cuestiones de inconstitucionalidad, de manera principal y a través de sentencias con efectos *erga omnes*. Por haber nacido en Austria, este sistema también se conoce como “austriaco” o también denominado “kelseniano”.

Ciertamente, el control concentrado no toma en cuenta la jurisdicción ordinaria para efectos de la defensa constitucional. De esta se encarga un solo órgano con integración y funciones específicas, que además no forma parte de ninguno de los poderes. Es de notar que en este sistema, a diferencia del “americano”, sí existe un contencioso constitucional. Mientras que en el control difuso se produce con independencia del tipo de conflicto sometido al conocimiento de un juzgador, en el sistema concentrado el asunto debe ser del orden constitucional. Asimismo, es abstracto, dado que los casos a resolver por el Tribunal Constitucional no entrañan la existencia de una controversia jurídica entre dos partes. De hecho, el tribunal se limita a declarar, con efectos generales, si una ley se adecua o no a los postulados de la Ley Suprema, previo estudio de una cuestión de inconstitucionalidad que sólo puede ser promovida por órganos políticos.

Con base en lo anterior, este sistema puede calificarse de concentrado, principal, general y constitutivo. Su naturaleza concen-

¹⁵ Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, trad. Mercedes Blánquez y Pedro de la Vega, Ediciones Altaya, S.A., Barcelona, España 1987, p. 120.

trada radica, como se ha notado, en que es un solo órgano al que le corresponde determinar si una ley o un acto son o no constitucionales. Por otra parte, es principal en tanto que el punto a dirimir no se desprende de una controversia, sino que es la controversia misma. En tercer término, la generalidad responde al alcance de los fallos, que pueden generar no una simple inaplicación, sino la desaparición de una ley del orden normativo, circunstancia válida para la generalidad de las personas que se ubican bajo los supuestos de aplicación de la ley desaparecida. Finalmente, se trata de un control constitutivo porque da lugar a sentencias constitutivas, que fijan una nueva situación de derecho, distinta de la previa y con efectos para el futuro.

A partir de 1920, la creación de tribunales constitucionales se extendió por muchos países de Europa, tales como Alemania, Italia, España y Portugal. No obstante, esos órganos también han sido bien recibidos en países orientales y de América Latina, territorio este último donde han llegado a crearse bajo formas que no incluyen todas las características que presentan en otros países. A manera de ejemplo, en Costa Rica no existe propiamente un Tribunal Constitucional, sino una Sala de lo Constitucional que integra la Corte Suprema de Justicia –dentro del Poder Judicial–, pero cuyas funciones son específicamente de control concentrado y abstracto.¹⁶

4.3 CONTROL MIXTO

Particularmente en los países de América Latina se ha desarrollado un modelo de control constitucional que participa de las características de los sistemas concentrado y difuso. El control mixto entraña la combinación del control abstracto de la constitucionalidad a cargo de un órgano supremo –una Corte Suprema o Suprema Corte–, con la facultad de todos los jueces de no aplicar las leyes que estimen inconstitucionales.

¹⁶ Cfr. Hernández Valle, Rubén, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional* 3ª Ed., Porrúa, México, t. III, pp. 2239-2258.

Así, al tiempo que hay un órgano que desde la cúspide del Poder Judicial ejerce funciones de control abstracto y concentrado, el resto de los tribunales tiene competencia para realizar un examen incidental y difuso, que llega a conducirlos a inaplicar una ley determinada por estar viciada de inconstitucionalidad. Este fenómeno se percibe en países como Colombia, Venezuela y México. Hay que advertir, sin embargo, que en México no todos los juzgadores pueden estimar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, en virtud del sistema de competencia aplicable a la impartición de justicia, relativo a que el examen de cuestiones de constitucionalidad es privativo de los tribunales federales de amparo. De lo anterior se sigue que tanto los juzgadores locales como los pertenecientes a otro poder —el Ejecutivo, en concreto—, están jurídicamente imposibilitados para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes. A este respecto, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, destacó:

“CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. Del artículo 133 de la Carta Magna, se deriva el principio de supremacía constitucional, según el cual una norma secundaria contraria a la ley suprema, no tiene posibilidad de existencia dentro del orden jurídico. Asimismo, se desprende de dicho numeral, el llamado control difuso del Código Político que implica el que todo juzgador, federal o local, tiene el indeclinable deber de preferir la ley de leyes a cualquier otra aplicación de normas secundarias que la contraríen; es decir, toda vez que la Constitución es la ley suprema, ningún precepto puede contradecirla y como a los juzgadores les corresponde interpretar las leyes para decir el derecho, a la luz de ese numeral cimero, éstos tienen el inexcusable deber de juzgar de conformidad o inconformidad de la ley secundaria con la fundamental, para aplicar o no aquélla, según que al código político le sea o no contraria. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes, no ha sido aceptado por la doctrina jurisprudencial. Los Tribunales de Amparo se han orientado por sostener que, en nuestro régimen de derecho debe estarse al sistema

de competencias que nos rige, según el cual sólo el Poder Judicial de la Federación puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad y no tiene intervención alguna la justicia local en la defensa jurisdiccional de la Constitución aun en el caso del artículo 133 de la misma, en relación con el 128 del propio ordenamiento, que impone a los juzgadores la obligación de preferir a la Ley Suprema, cuando la ley del estado o local la contraría, ya que, de acuerdo con los artículos 103 de la ley suprema y primero de la Ley de Amparo, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, es de la competencia exclusiva de los Tribunales Federales de Amparo, y los tribunales locales carecen en absoluto de competencia para decidir controversias suscitadas con ese motivo. Ahora bien, aun cuando el Tribunal Fiscal de la Federación no sea un tribunal local, sin embargo, también carece de competencia para decidir sobre cuestiones constitucionales, ya que es un tribunal sólo de legalidad, en los términos del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, por lo que, de conformidad con el artículo 104 del precepto cimero, sólo compete al Poder Judicial Federal juzgar de las controversias que surjan contra los actos de los demás Poderes de la Unión y si bien el mismo precepto prevé la existencia de Tribunales Administrativos, pero cuyas resoluciones o sentencias pueden ser revisadas, en último extremo, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, iría contra la división de poderes que establece el artículo 49 constitucional, que el Tribunal de Anulación en México tuviese competencia para conocer de la constitucionalidad de una ley expedida por el Poder Legislativo, ya que el Poder Ejecutivo, a través de “su tribunal”, estaría juzgando actos emitidos por el Poder Legislativo. En estas condiciones, no le asiste razón a la quejosa en el sentido de que, en los términos del artículo 133 multicitado, el Tribunal Contencioso Administrativo debió examinar el concepto de nulidad donde planteaba el argumento relativo a la “ineficacia” de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal por carecer del refrendo de los Secretarios de Estado, a que se refiere el artículo 92 de la Carta Magna ya que el

Tribunal Fiscal carece de competencia para pronunciarse sobre tales cuestionamientos porque el argumento de mérito no es, en absoluto, de contenido meramente legal, aun cuando el requisito del refrendo también se encuentre contemplado en una ley ordinaria, sino que alude a la constitucionalidad de dicha ley, pues si se sostuviera que la misma es “ineficaz” por carecer del refrendo, como pretende la quejosa, la consecuencia sería su no aplicabilidad en el caso concreto por ser contraria a la Ley Suprema, cuestionamiento que, lógicamente, es de naturaleza constitucional, sobre el cual el Tribunal Contencioso Administrativo no puede pronunciarse.”¹⁷

Efectivamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación está facultada, con independencia del control abstracto con que cuenta gracias a su conocimiento de la acción de inconstitucionalidad, para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley e inaplicarla a un caso concreto sometido a su consideración. Concomitantemente, los tribunales y juzgados de amparo tienen competencia para hacer lo mismo, en la inteligencia que ellos no deben analizar en abstracto la posible inconstitucionalidad de una ley.

Un sector de la doctrina ha propuesto la existencia de otro modelo de control constitucional, denominado “dual” o “paralelo”, que consiste en la coexistencia de dos modelos de control en un solo sistema jurídico, sin mezclarse ni desaparecer, y cuyas características fundamentales son que el control difuso es exclusivo del Poder Judicial, mientras que el concentrado le corresponde al Tribunal Constitucional, que constituye una jurisdicción aparte.

¹⁷ Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. III, Segunda Parte-1, enero a junio de 1989, p. 288 CD-ROM IUS: 228,225.

La desaparición de la inviolabilidad del domicilio o la legalización del abuso del poder

“Divinarum atque humanarum rerum notitia,
justi adque, injusti scienti”¹

(Ulpiano define a la Jurisprudencia como “el conocimiento de las cosas humanas y divinas, la ciencia de lo justo y lo injusto”).

José Raymundo Cornejo Olvera*

La finalidad del presente trabajo es hacer una breve reflexión sobre la tesis jurisprudencial 21/2007 de la Primera Sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación intitulada: “*INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA*”, a fin de demostrar que a través de la aplicación de la misma tesis ya referida, nos encontramos ante la desaparición de la inviolabilidad del domicilio o la legalización del abuso del poder del mismo Estado, pero empecemos primero a definir qué es la jurisprudencia, si vemos su significado etimológico de origen latino, nos encontramos que *jurisprudencia* deriva del *jus* y *prudencia* dando la idea del conocimiento del derecho, esto es de una manera sabia y propia del conocedor.² En otros idiomas se traduce como *jurisprudencia* en portugués,

* Defensor Público Federal.

¹ Diccionario jurídico Espasa, Siglo XXI, 2º Edición, Madrid, 1991, p. 556.

² Rosales Guerrero, Emmanuel, *Estudio sistemático de la Jurisprudencia*, Suprema Corte de justicia de la Nación, México, 2005. p. 44.

jurisprudence en inglés y francés (aunque obviamente se pronuncia diferente), *giurisprudenza* en italiano y *jurisprudenz* en alemán.³

Podemos entender a la prudencia como una virtud subjetiva que permite al hombre aquello que debe evitar, noción que trasladada al derecho, bien puede entenderse como la virtud para distinguir entre lo justo y lo injusto⁴, podría afirmar que la jurisprudencia no es la ciencia de la sabiduría del derecho, sino más bien es la ciencia con la que poder distinguir la justicia de la injusticia, con lo que entramos a un terreno altamente peligroso al emitirse juicio de valores y rebasa más allá del presente opúsculo el tratar tan sólo de con *prudencia* definir a la justicia. Aterrizando a nuestra realidad y como el eminente maestro y ex ministro Arturo Serrano Robles tiene a bien definir a la jurisprudencia como:

“El conjunto de reglas o normas que la autoridad jurisdiccional que cuenta con atribuciones al respecto, deriva de la interpretación de determinadas prevenciones del derecho positivo, que precisan el contenido que debe atribuirse y el alcance que debe darse a éstas, y que, al ser reiteradas cierto número de veces en sentido uniforme no contrariado, son obligatorias para quien debe decidir casos concretos regidos por aquellas prevenciones”.⁵

Nos encontramos entonces, que la jurisprudencia es un criterio de carácter judicial el cual de manera forzosa y como presupuesto debe interpretar la ley, esto es, desentrañar el contenido de la norma y que por medio de esos fallos consecutivos tiene la fuerza obligatoria de observancia de acuerdo a los artículos 192, 193 y 193 bis de la Ley de Amparo.

En nuestro país, se considera a la jurisprudencia judicial como la interpretación de la ley, firme, reiterada y de observancia obligatoria, que emana de las jurisprudencias por nuestro Máximo Tribunal, ya sea funcionando en Pleno o por Salas y por los tribunales colegiados de Circuito. El párrafo quinto del artículo 94 de nuestra

³ Ibidem p. 46.

⁴ Ibidem p. 47.

⁵ Ibidem p. 50.

Carta Magna determina que la ley (refiriéndose a la ley de Amparo) fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de las leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.⁶

A tramos pausados y aun con diferencias encontradas la doctrina en términos generales ha reconocido que la jurisprudencia es una fuente del derecho, es más, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, le ha reconocido ese carácter, al considerar que la jurisprudencia emerge de la fuente viva que implica el análisis reiterado de las disposiciones legales vigentes, en función de su aplicación a los casos concretos analizados y precisamente de que es fuente del derecho, dimana su obligatoriedad (SJF 6ª época, Vol. CXXIX, tercera parte, p. 28)⁷. La jurisprudencia es una fuente material del derecho, ya que cuenta con los atributos de generalidad, impersonalidad, abstracción y obligatoriedad que caracteriza a la Ley. Con seguridad podemos afirmar y de manera general que gracias a la jurisprudencia se crea una mayor seguridad jurídica, ya que las partes pueden plantear su estrategia y proponer sus medios de prueba con la ventaja de conocer como fue resuelta una controversia con base en casos anteriores, esto significa que se puede prever un fallo judicial, por otro lado, esto representa un riesgo, ya que como lo señala en su obra *Sistema de derecho Procesal Civil*, tomo III, el afamado procesalista italiano Francesco Carnelutti critica los sistemas de instauración de criterios obligatorios que llevan a la Uniformidad de la jurisprudencia al señalar:

“La llamada uniformidad de la jurisprudencia sirve precisamente a la certeza del derecho, pero, cuánto sufre con ello la justicia, el peligro está en que adormezca, sino extinga, la continua indagación de los jueces que día tras día, a través de los caminos de la interpretación afina las

⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo I-O, ed. Porrúa, 10ª Edición, México, 1997. p. 1892.

⁷ Idem.

*normas vigentes, haciéndolas siempre más idóneas para su función, el milagro del Código Napoleónico que subsiste en su estructura fundamental desde hace más de un siglo no se debe sólo a la bondad, sino a esta labor diaria que lo mantiene en vida. Lo cierto que esas incertidumbres y contrastes de la jurisprudencia, contra los que los indoctos lanzan su inbelle telum, son como los poros a través de los que el derecho respira la justicia y cuando por el fetichismo de la uniformidad de los jueces se recuentan en las soluciones adquiridas y el conjunto de máximas adquiere en la práctica el valor de un código desmesurado, se cierra la vía normal a la renovación del derecho”.*⁸

Un viejo adagio dice que el Poder Ejecutivo tiene la espada, el Poder legislativo tiene la bolsa y el Poder Judicial sólo cuenta con su prudencia y yo añadiría su buen juicio, *su buena prudentia*, esto viene a colación ya que es de suma importancia destacar que contra dichos fallos o resoluciones de los tribunales del Poder Judicial de la Federación no se admite recurso alguno y aquí nos encontramos ante una delicadísima cuestión, ya que si bien es cierto que en la actualidad sería repugnante la sola idea de un juez autómatas y que de manera mecánica resuelva los conflictos que se le presentan, es decir al sentar jurisprudencia el juez particulariza un derecho previo y que se encuentra controvertido y le da cierto tinte de innovación y evolución del derecho, también lo es que es preocupante que esas jurisprudencias o fallos se aparten del correcto camino de la *prudentia* y se extravíen en tortuosos laberintos y como medidas emergentes y a fin de control social y sirvan para restringir garantías individuales en lugar de buscar la protección de las mismas.

El artículo 16 Constitucional en lo referente a los requisitos para la correcta realización de los cateos señala:

“En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al

⁸ Op.cit., 2.

concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.”

Existen varias y valiosas garantías consignadas en este párrafo, ya que partiendo de la idea que todo hombre en su domicilio es el equivalente a ser rey en su propio castillo, nos percatamos de que la primer garantía estriba en que el acto de cateo, que es el registro o inspección de sitios o lugares con el fin de descubrir ciertos objetos para evidenciar determinadas circunstancias relacionadas con ilícitos, dicha orden de cateo sólo podrá emanar de una autoridad judicial, en cuanto a su forma siempre debe constar por escrito, ya que si es verbal nos encontramos ante una violación de garantías individuales; la segunda garantía es que esa orden de cateo no podrá ser general o indeterminada en la búsqueda, registro o inspección; debe versar sobre elementos concretamente señalados en dicha orden de cateo y practicarse en determinado y cierto lugar, en caso de que dicha orden lleve aparejado un mandamiento de aprehensión o captura se deberá expresamente señalar a la persona que deba ser detenida; una tercera garantía la encontramos en la obligación de la autoridad que ejecuta la orden de cateo de levantar un acta circunstanciada detallando todos los hechos sucedidos en el desarrollo del cateo y en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado y solamente, se repite solamente, ante la ausencia de éste o ante su negativa la autoridad podrá designar a dos testigos a fin de que firmen dicha acta circunstanciada.⁹ Es tan amplia esta garantía que la misma no sólo se limita al domicilio de las personas, sino a lugares públicos ya que, a manera de ejemplo, un establecimiento comercial, bodega, tienda, lugares de esa naturaleza no son lugares públicos, sino que son lugares abiertos al público, que como cualquier otro objeto están protegidos por las garantías que al efecto establecen los artículos 14 y 16 constitucionales y que por ende, para realizar la diligencia deberían contar con orden escrita de au-

⁹ Cornejo Olvera, José Raymundo, *La reforma al artículo 16 Constitucional*, Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, UNAM, México, 1995. p. 83.

toridad competente. Sirven de apoyo a lo anterior las siguientes jurisprudencias:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO.

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: XIX, Febrero de 2004

Tesis: XXIII.1o.20 P

Página: 994

“CATEO DE NEGOCIOS ABIERTOS AL PÚBLICO. RESULTA ILEGAL Y CARECE DE VALOR PROBATORIO CUANDO SE PRACTICA SIN SUJETARSE A LOS REQUISITOS QUE EXIGE EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. El artículo 16 constitucional en su primer párrafo ordena que: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”; de donde se advierte que este precepto garantiza a los individuos tanto su seguridad personal como real; la primera, referida a la persona como en los casos de aprehensiones, cateos y visitas domiciliarias; y la segunda, a los bienes que aquélla posee. Por tanto, la persona, su familia, su domicilio y sus papeles o posesiones no pueden ser objeto de pesquisas, cateos, registros o secuestros sin observar los requisitos contenidos en el artículo 16 constitucional; esto, a fin de asegurar la legalidad de los actos de autoridad o de sus agentes, proteger la libertad individual y garantizar la certeza jurídica, pues no se trata de proteger la impunidad o de impedir que la autoridad persiga los delitos o castigue a los delincuentes, sino de asegurar que las autoridades siempre actúen con apego a las leyes y a la propia Constitución, para que éstas sean instrumentos efectivos de paz y de seguridad social y no opresores omnímodos de los individuos. Así, la exigencia de una orden escrita de cateo sirve justamente a estas altas funciones, ya que el cateo ha sido definido como el “registro y allanamiento de un domicilio particular por la autoridad, con el propósito de buscar personas u objetos que están relacionados con un delito”, pero de esta defini-

ción básica no se sigue que sólo la casa habitación del individuo tenga protección constitucional si se tiene en cuenta que los titulares de la inviolabilidad domiciliaria son toda persona, física o moral, pública o privada. En este contexto, el concepto domicilio no sólo comprende el sitio o lugar en que el individuo tenga establecido su hogar, sino también el sitio o lugar donde tenga su despacho, oficina, bodega, almacenes, etc., y en tratándose de personas morales privadas el sitio o lugar donde tienen establecida su administración, incluyendo las sucursales o agencias con que cuenten. Otro tanto ocurre con la residencia o despacho de cualquiera de los Poderes Federales o de los Estados, que no pueden ser cateados sin que previamente la autoridad judicial recabe la autorización de sus titulares a quienes esté encomendado velar por la inviolabilidad del recinto donde sesionan. Así también los negocios que prestan servicios o bienes al público, tales como cines, lavanderías, tiendas de autoservicio o mercados, restaurantes, permiten el acceso al público, pero este acceso libre no significa más que eso, o sea, tener entrada a esos lugares y pasar a ellos si no tienen restricciones que impliquen que se trate de espacios reservados. En consecuencia, para que la autoridad o sus agentes allanen y registren los espacios restringidos o reservados del domicilio de una negociación abierta al público, necesariamente deberán contar, para ese efecto, con una orden escrita de autoridad competente que funde y motive la acción legal del procedimiento, ya que de lo contrario la intromisión arbitraria al negocio de un particular para realizar un registro general del lugar en la búsqueda de un delito deviene inconstitucional, pues aparece realizada al margen de la autoridad competente, fuera de todo procedimiento y sin algún fundamento jurídico, por lo que los Jueces no deben concederles valor probatorio alguno”.

Amparo directo 627/2002. 10 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura. Secretaria: Angélica Cancino Mancinas.

Amparo directo 283/2003. 21 de noviembre de 2003. Mayoría de votos. Disidente: José Benito Martínez. Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura. Secretario: Francisco Uribe Ortega.

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIX, Febrero de 2004

Tesis: XXIII.1o.21 P

Página: 1052

“DOMICILIO, INVOLABILIDAD DEL. ESTA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PROTEGE TANTO LA CASA HABITACIÓN COMO LAS NEGOCIACIONES ABIERTAS AL PÚBLICO, POR LO QUE CUALQUIER INTROMISIÓN ARBITRARIA A ÉSTAS ES ILEGAL Y, POR ENDE, CARENTE DE VALOR PROBATORIO. El artículo 16 constitucional en sus párrafos primero y octavo señala los requisitos que toda autoridad debe observar para allanar y registrar el domicilio, posesiones y propiedades de los particulares; por tanto, cualquier intromisión arbitraria a la vida privada de los hogares u otros sitios privados, inclusive las negociaciones abiertas al público, debe considerarse ilegal y los Jueces deben negarle eficacia probatoria, pues acorde con el dispositivo constitucional en cita, así lo sanciona el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales”.

Amparo directo 627/2002. 10 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura. Secretaria: Angélica Cancino Mancinas.

Amparo directo 283/2003. 21 de noviembre de 2003. Mayoría de votos. Disidente: José Benito Banda Martínez. Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura. Secretario: Francisco Uribe Ortega.

Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Agosto de 2001

Tesis: XII.3o.4 P

Página: 1210

‘CATEO SIN ORDEN DE AUTORIDAD COMPETENTE O

SIN LOS REQUISITOS LEGALES. NULIFICA EL RESULTADO DEL MISMO Y DE LAS ACTUACIONES QUE DE ÉL EMANEN. Si la irrupción en el domicilio del quejoso se practicó sin observarse las exigencias establecidas en el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el texto de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el nueve de enero de mil novecientos noventa y uno, argumentando únicamente que éste les dio autorización para introducirse, localizando en el interior marihuana, así como diversas armas, por imperativo del precepto legal invocado, la diligencia así practicada carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar. Ello es así, ya que de acuerdo al Diario de Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, se determinó que la reforma anteriormente aludida tuvo como propósito fundamental asegurar el imperio de las garantías individuales que en materia penal establece la Constitución en su artículo 16, al ir más allá en el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer que si no se cumplen las formalidades que ahí se establecen, el cateo así realizado carecerá de todo valor probatorio; por ello, el resultado de tal operativo debe correr la misma suerte, y al carecer de eficacia convictiva, jurídicamente no es posible administrarlo a las imputaciones hechas por los agentes aprehensores, al igual que el aseguramiento del enervante, armas y demás objetos, al provenir todo esto de un acto que conforme a la ley carece de todo valor probatorio; como una consecuencia necesaria de esto, debe concluirse que resultan totalmente inconducentes para justificar o, cuando menos, generar la presunción fundada, de que la marihuana, armas de fuego y demás objetos asegurados fueron encontrados en el domicilio del agraviado, así como que éste los mantenía dolosamente bajo su radio de acción y disponibilidad, pues en este sentido los medios probatorios en comento no aportan dato alguno. En ese orden de ideas, aun cuando pudiera existir confesión del inculpado, si de conformidad con los artículos 279 y 285 del Código Federal de Procedimientos Penales, para que la misma pudiera adquirir valor probatorio pleno, debe administrarse con otros medios de convicción que la robustezcan, ésta constituye un indicio aislado, ya que tanto el parte informativo antes aludido, como las imputaciones hechas

en contra de los quejosos resultan ineficaces para acreditar, en términos de lo establecido por el ordinal 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, la existencia de los elementos del cuerpo de los delitos contra la salud, en la modalidad de posesión de marihuana, y acopio de armas de fuego del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales’.

Amparo directo 592/99. 7 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: José Octavio Rodarte Ibarra. Secretario: Fernando Sustaita Rojas.

Por otro lado el artículo 61 del Código Adjetivo Penal Federal preceptúa:

“Cuando en la averiguación previa el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente, o si no lo hubiere al del orden común, a solicitar por escrito la diligencia, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y los objetos que se buscan o han de asegurarse a lo que únicamente debe limitarse la diligencia.

Al concluir el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia.

Cuando no se cumplan estos requisitos, la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar.”

Ahora bien, la exposición de motivos del proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales se desprende que:

“...Se consideró necesario establecer con mayor precisión terminológica, la conducta que tiene que verificarse en relación a las órdenes de cateo, ya que siendo excepción legal para irrumpir en el domicilio, se buscó que la redacción fuera concreta y precisa, agregándose que se punirá por las leyes cualquier exceso.

“Las ordenes de cateo tienen que ser expedidas solamente por la autoridad judicial y sujetarse a los requisitos Constitucionales y legales; cuando no se satisfacen esas exigencias constitucionales ni las previstas en las leyes procesales, los servidores públicos incurrir en responsabilidad y su conducta se puede tipificar como delito.

“Se suelen llevar “cateos” irregulares, violándose la privacidad de los hogares y de otros sitios de carácter privado y rara vez se persigue este delito y se castiga a los responsables de este abuso. A lo anterior se agrega que la diligencia viciada de arbitrariedad, al formar parte de una averiguación previa, es tomada en cuenta por el Juez cuando se ejercita la acción penal y en la mayoría de los casos se le concede valor probatorio”

Todo lo anterior demuestra que la intención del legislador fue proteger a las personas en su domicilio, en su vida privada, de cualquier intromisión y abuso arbitrario por parte de la autoridad y se delega en los Jueces la salvaguarda y protección de dicho bien jurídico tutelado de manera Constitucional, más aun, al nulificar los efectos de dicha orden de cateo y restarle valor probatorio a lo actuado en la misma si no se cumplen cabalmente los mismos, de nueva cuenta el artículo 16 Constitucional garantiza la seguridad personal de las personas al disponer:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal procedimiento...”

Es obvio que aparte de garantizar la libertad personal, se busca proteger la familia, domicilio, papeles o posesiones de las personas y evitar que sean objeto de pesquisas, cateos, registros o secuestros sin observar los principios de legalidad, esto aunado a que el artículo 14 Constitucional establece la obligación de las autoridades a observar las formalidades esenciales del procedimiento para que pueda ser privado de sus derechos, en atención a todo lo anterior la valoración jurídica por parte del Juzgador debe hacerse atendiendo al principio de legalidad, y no sería válido que el Juez o Tribunal otorgue valor probatorio alguno a pruebas obtenidas por medios ilegales, y aquí nos adentramos en la teoría de la *prueba ilícita*, considerando como prueba ilícita aquella que se encuentra afectada de nulidad ya que fue obtenida por medio de una conducta dolosa o con infracción a normas jurídicas, ya sean Constitucionales o legales, como en el tema que nos ocupa cuando se deben invalidar los hallazgos de los cateos cuando los mismos no cumplen con los requisitos de ley.

El origen de la teoría de la prueba ilícita parte de la doctrina americana de “*los frutos del árbol envenenado*”¹⁰. Por medio de esta teoría, se prohíbe de forma absoluta la utilización de la prueba que se obtuvo de forma ilícita, así como de todo aquello que se deriva de la misma, es decir, la prueba ilícita inicial no sólo está afectada en sí misma, sino que afecta a todos los frutos o consecuencias derivados de la misma, por lo que deben excluirse todos aquellos elementos de prueba en contra del acusado y que hayan sido obtenidos, de manera directa o indirecta en franca violación a las garantías individuales del procesado o cuando no se hayan llevado correctamente las formalidades esenciales del procedimiento, es importante señalar que doctrinariamente se ha señalado que sí se puede tomar en cuenta y bajo determinadas circunstancias la prueba ilícita pro reo, ahora esta teoría ya va en camino de ser una realidad ya que como se desprende del artículo 31 del proyecto de Ley Federal de Justicia para Adolescentes, señala en dicho numeral que los elementos de prueba no tendrán valor en los siguientes supuestos: a) Si han sido obtenidos por un medio ilícito; y b) Si no son incorporados al proceso, conforme a las disposiciones de la Ley. Por lo tanto la valoración jurídica también debe sujetarse a la legalidad, y se recalca que no es posible que el juzgador otorgue valor probatorio a pruebas obtenidas con violación de garantías individuales o con infracción a disposiciones legales, ya que ello sería tanto como convalidar pruebas ilegales. Pensar lo contrario implicaría convalidar cualquier intromisión de agentes policíacos que, sin orden de autoridad competente, decidan ingresar a cualquier edificio a realizar pesquisas con el pretexto de investigar la posible comisión de cualquier delito, lo cual, además de ilegal por disposición expresa de los artículos 61 y 284 del Código Federal de Procedimientos Penales, pugna con la las garantías de inviolabilidad del domicilio y de la prohibición de los actos de molestia en las propiedades y posesiones que tutelan los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna. En concordancia a la teoría de la prueba ilícita sirve la siguiente jurisprudencia:

¹⁰ Instituto de la Judicatura Federal, *Cursos de capacitación y certificación en Justicia para adolescentes, lineamientos generales del Examen de certificación y síntesis del curso*, México, 2007. p.168.

Séptima Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 121-126 Sexta Parte

Página: 280

ACTOS VICIADOS, FRUTOS DE. *Si un acto o diligencia de la autoridad está viciado y resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él, o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal, ya que de hacerlo, por una parte alentarían prácticas viciosas, cuyos frutos serían aprovechables por quienes las realizan y, por otra parte, los tribunales se harían en alguna forma partícipes de tal conducta irregular, al otorgar a tales actos valor legal.*

O dicho de otra manera y según las reglas procesales de exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas, no puede darse valor legal en juicio a probanzas obtenidas con violación al debido proceso legal, en esa virtud, resultaría contrario a tal regla considerar las actuaciones y probanzas realizadas con motivo de un cateo efectuado sin cumplir con los requisitos constitucionales. En virtud de su importancia me permito transcribir una pequeña parte del voto disidente del Ministro JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 75/2004-PS. Y en referencia a la validez de los actos y pruebas en los cateos:

“Además que de darles valor a tales actos, sería tanto como convalidar de manera parcial el cateo realizado en dicha forma en beneficio de la autoridad, toda vez que si bien se declararía carente de valor probatorio el cateo, lo cierto es que las pruebas en él encontradas, mismas que derivan de tal diligencia, podrían ser consideradas en contra de quien fue molestado en su domicilio.

En esas condiciones, se dejaría en plena libertad a la autoridad para practicar cateos que no reúnan los requisitos constitucionales, pues de todos modos, los objetos que se encontraran en el mismo, tendrían valor probatorio; ello también equivaldría a desatender los requisitos que el

artículo 16 constitucional en su octavo párrafo establece para las órdenes de cateo, en donde se señala que la diligencia respectiva debe limitarse a lo indicado en la orden con relación al lugar que ha de catearse, así como a los objetos que se buscan, pues cualquier objeto encontrado en el mismo, podría ser considerado por la autoridad, violándose con ello la privacidad del domicilio.

Puede concluirse que las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecerán de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia de la intromisión de la autoridad policial a un domicilio en caso de flagrancia, tendrán eficacia probatoria.”

Sentado todo lo anterior, entrare a una reflexión y crítica de la tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la letra dice: TESIS JURISPRUDENCIAL 21/2007.INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA. Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado –como garante de los bienes de la sociedad– debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los

medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria.

Contradicción de tesis 75/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 17 de enero de 2007. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Por lo que con base en la anterior tesis de jurisprudencia nos encontramos ante dos supuestos: a) Si se realiza un cateo que no cumpla con los requisitos contemplados en el artículo 16 Constitucional, las pruebas que se obtengan del mismo no tendrán validez alguna; y b) Pero por otro lado, las pruebas que se obtengan a través

de la intromisión de la autoridad policial en un domicilio en caso de flagrancia, tendrán eficacia probatoria.

Ante esta situación es obvio que en determinado momento la autoridad puede caer en la tentación de obviar los requisitos y trámites para realizar un cateo y ya sin preocuparse de observar las formalidades esenciales del procedimiento, puede validamente justificar la irrupción en un domicilio, sin mandamiento legal alguno, aduciendo la existencia de la comisión de un delito en “fragancia”, lo que equivale ante esta situación en un total estado de indefensión y que prácticamente nadie se encuentra a salvo ni en la intimidad de su domicilio. Cabe destacar que la votación de la presente tesis jurisprudencial emitida por la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal fue muy cerrada, al ser aprobada por tres votos a favor y dos en contra.

Pero no todo es oscuridad en el tema que nos ocupa, el presente trabajo sería un tanto fútil si no brindase alguna luz que tendiese a dar esperanza; a manera de ejemplo, me permito citar en lo conducente y en esencia un extracto de la sentencia de amparo directo penal 58/2007 dictada por el Primer Tribunal Colegiado en materia Penal y Administrativa del Quinto Circuito de fecha 14 de marzo del 2007, que en síntesis y en lo que interesa señala:

“De lo anterior se concluye, que no obstante que el Agente del Ministerio Público actuante le correspondía designar testigos que intervinieran en la diligencia de cateo, por no haberlos nombrado el hoy quejoso, sin embargo, su designación recayó en los dos agentes de Policía Municipal que estaban comisionados en la Agencia del Narcomenudeo que intervinieron activamente en la citada diligencia, como así lo reconocieron los mismos en sus declaraciones testimoniales rendidas ante el juez de la causa.

Tal circunstancia resulta violatoria de las garantías de legalidad y seguridad jurídica tuteladas por los artículos 14 y 16 constitucionales, ya que los testigos designados por la autoridad que practica la diligencia, al buscar los objetos relacionados con la posible comisión de un ilícito, dejaron de tener el carácter de testigos, para convertirse en auxiliares del diligenciante, es decir se convierten en personas que ejecutan el cateo y no en testigos de lo que sucede al practicarse, perdiendo la imparcialidad

en que deben conducirse. Lo anterior, partiendo del hecho de que un testigo es una persona ajena a las partes, que declara sobre los hechos relatados que fueron de su conocimiento, el testigo en los cateos a que se refiere al artículo 16 Constitucional es aquel que da fe de lo que sucedió en él, pero no participa activamente en su realización con actos de búsqueda o detención, es decir, si la ley prevé en primer término el derecho del ocupante del lugar cateado a designar sus testigos, resultaría ilógico que los mismos a su vez participaran en la citada búsqueda y en su caso detención del probable responsable que pudiera ser quien lo designó, en ese mismo orden de ideas debe sostenerse que la actuación de los testigos por parte de la autoridad debe recaer en personas que no tienen una participación activa en la diligencia, sino que su función es dar fe de los hechos que acontecieron en la misma... lo anterior tiene apoyo en la tesis de jurisprudencia 22/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación:

**CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIO-
LABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA
AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PRE-
VISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO
CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN
OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA,
CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATO-
RIA.** Con la finalidad de tutelar efectivamente la persona, familia, domici-
lio, papeles y posesiones de los gobernados, el Constituyente estableció en el
artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
que las órdenes de cateo única y exclusivamente puede expedirlas la autori-
dad judicial cumpliendo los siguientes requisitos: a) que conste por escrito;
b) que exprese el lugar que ha de inspeccionarse; c) que precise la materia de
la inspección; d) que se levante un acta circunstanciada en presencia de dos
testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o
negativa, por la autoridad que practique la diligencia. En ese sentido, el
artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales, en observancia a
la garantía de inviolabilidad del domicilio, establece que si no se cumple con
alguno de los requisitos del octavo párrafo del citado precepto constitucional,

la diligencia carece de valor probatorio. Por tanto, las pruebas obtenidas con vulneración a dicha garantía, esto es, los objetos y personas que se localicen, su aprehensión en el domicilio registrado y las demás pruebas que sean consecuencia directa de las obtenidas en la forma referida, así como el acta circunstanciada de la propia diligencia, carecen de eficacia probatoria. En efecto, las actuaciones y probanzas cuyo origen sea un cateo que no cumpla con los requisitos constitucionales y por tanto, sin valor probatorio en términos del señalado artículo 61, carecen de existencia legal, pues de no haberse realizado el cateo, tales actos no hubieran existido.

Así pues, como el contenido de la diligencia de cateo y las pruebas que de ella derivaron fueron elementos sustanciales para la emisión de la sentencia de condena y las mismas carecen de validez, por lo que, procede conceder la protección constitucional solicitada, para el efecto de que el tribunal responsable deje insubsistente el fallo reclamado y en su lugar emita otro, en el que atendiendo a las consideraciones de esta ejecutoria, resuelva lo que en derecho corresponda”.

CONCLUSIÓN

Considero que la tesis jurisprudencial 21/2007 de la Primera Sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación intitulada: “INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA”, es una interpretación restringida y me permitiría decir apartada de las garantías individuales señaladas en el artículo 16 de nuestra Carta Magna; por el contrario las garantías individuales deben interpretarse siempre de manera amplia y generosa y no de forma rigorista; apoya a mi dicho la siguiente tesis de jurisprudencia: *Tesis aislada, consultable en la página 39, Tomo 62 Sexta Parte, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito con número de registro 255,644, que a la letra dice:*

GARANTÍAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS. *Las garantías constitucionales no deben tomarse como un catálogo rígido,*

invariante y limitativo de derechos concedidos a los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales de amparo en forma rigorista, porque ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías. Más bien debe estimarse que se trata de principios o lineamientos vivos y sujetos a la evolución de las necesidades sociales, dentro del espíritu que animó al Constituyente al establecerlos. De lo contrario, se desvirtuaría la función esencial de las garantías constitucionales y del juicio de amparo, al entenderlas y aplicarlas en forma que hiciera sentir opresión a los gobernados, y limitación en la defensa de sus derechos, en vez de hacer sentir el ambiente de derecho y libertad que con dichas garantías se pretendió establecer en el país. No sería posible aplicar en la actual complejidad política, económica y social de un medio cambiante, rigorismos literales de normas que contienen principios e ideas generales, pero que no pudieron siempre prever necesariamente las consecuencias de dichos principios.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 597/73. Cámara Nacional de la Industria de Transformación. 11 de febrero de 1974. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Todo lo anterior abre la puerta para “legalizar” mayores abusos del poder en detrimento de las garantías individuales del gobernado, y por ende desaparece la inviolabilidad y privacidad del domicilio, ante esto, la autoridad investigadora puede obviar las solicitudes de cateo y sin cumplir los requisitos de los mismos, irrumpir en cualquier domicilio bajo el amparo de dicha tesis jurisprudencial. Pero dentro del lado positivo, la tesis jurisprudencial 22/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación, usando la *prudencia*, empieza a dar la pauta para aplicar la teoría de la prueba ilícita cuando dichos cateos se hagan sin observar los requisitos constitucionales señalados o ante una intromisión del domicilio sin datos ciertos o válidos que la justifiquen. Será entonces deber, de nosotros, como Defensores Públicos Federales, estar atentos y hacer valer en su momento procesal oportuno y en los casos correspondientes la inobservancia de las formalidades de los cateos o la falta

de datos ciertos y válidos en las intromisiones del domicilio, solicitar la ilicitud y origen viciado de los medios de prueba que se hayan obtenidos a través de la vía Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Arellano García, Carlos, *Práctica Forense del Juicio de Amparo*, ed. Porrúa, 9ª edición, México, 1995.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, ed. Porrúa, 30ª edición, México, 1992.

Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales del Derecho Penal*, ed. Porrúa, México, 1988.

Cornejo Olvera, José Raymundo, *La reforma al artículo 16 Constitucional*, Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho, UNAM, México, 1995.

Diccionario jurídico Espasa, Siglo XXI, 2º Edición, Madrid, 1991.

González Oropeza, Manuel, *La jurisprudencia: su conocimiento y su forma de reportarla*, Suprema Corte de justicia de la Nación, México, 2005.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo I-O, ed. Porrúa, 10º Edición, México, 1997.

Instituto de la Judicatura Federal, *Cursos de capacitación y certificación en Justicia para adolescentes, lineamientos generales del Examen de certificación y síntesis del curso*, México, 2007.

Rosales Guerrero, Emmanuel, *Estudio sistemático de la Jurisprudencia*, Suprema Corte de justicia de la Nación, México, 2005.

Legislación Consultada.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. Porrúa, México, 2007.

Código Federal de Procedimientos Penales, ed. Sista, México, 2007.

Código Penal Federal, ed. Sista, México, 2007.

Créditos fiscales por retorno extemporáneo de vehículos fronterizos: su defensa legal

“Todo lo miró y todo lo notó Don Quijote, y juzgó de lo visto...”.
Miguel de Cervantes.

Héctor H. Covarrubias Flores*

I. IDEA PRELIMINAR

La Ley Aduanera autoriza la internación de vehículos fronterizos al interior del país por un periodo *hasta* de ciento ochenta días actualmente, otorgando el permiso respectivo vigente para un año, lo que significa que se pueden ejercer de manera continua o por periodos, con la obligación de que el gobernado retorne a la franja fronteriza el vehículo en tiempo y forma legal.¹

Cabe señalar que para que proceda la autorización del permiso de internación temporal al resto del territorio nacional de un vehículo fronterizo es requisito *sine qua non* que el gobernado acredite ser residente fronterizo y que el vehículo haya sido importado al amparo del pedimento de importación; además, se debe pagar los derechos por el permiso de internación, así como, permitir que se levante acta de embargo en la vía administrativa² del automóvil fronterizo, con el objeto de garantizar el pago de los créditos fiscales que se pudieran derivar por la omisión de retornar el vehículo o retor-

* Asesor Jurídico Federal.

¹ Vid. Artículo 62, fracción II, inciso B), último párrafo de la Ley Aduanera.

² En los términos del artículo 141, fracción V, del Código Fiscal de la Federación.

narlo fuera del plazo autorizado. Dicho permiso se tramita en la administración de la aduana que corresponda, verbigracia: Tijuana o Mexicali, Baja California.

II. CONCEPTO DE PERMISO

Se entiende por permiso a la licencia, autorización o consentimiento para hacer algo.³ Voces autorizadas señalan que el permiso es el acto administrativo por el cual la administración remueve obstáculos para que el particular realice una actividad, pues preexiste un derecho, por tanto, no se trata de un privilegio. Ejemplo: importación y exportación de mercancías.⁴

El jurista Miguel Acosta Romero, a propósito del permiso, refiere que es el consentimiento que otorga quien tiene potestad también para hacerlo, es el acto administrativo por medio del cual se otorga por un órgano de la administración, a un particular, la facultad o derecho para realizar una conducta o para hacer alguna cosa; agrega que el permiso es el documento formal por escrito donde se hace constar el acto administrativo, refiere también que son actos de aprobación donde el régimen administrativo otorga un visto bueno o da su consentimiento a determinados actos o procedimientos de los particulares. Puntualiza que en el permiso se reconoce al particular un derecho preestablecido, cuyo ejercicio está sujeto a modalidades y limitaciones, con fines de seguridad y de orden público.⁵

Rafael I. Martínez Morales, en su libro de derecho administrativo, también hace referencia a los actos de aprobación, agrupando a los permisos, licencias y autorizaciones; aportando, que constituyen un medio de control sobre actos de autoridades administrativas, por lo que se producen con posterioridad al acto controlado y confieren validez o eficacia al acto original y por tanto lo perfeccionan. Surte

³ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. VI, 27ª ed., Ed. Eliasta, p. 215.

⁴ Martínez Morales, Rafael I. *Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Administrativo*, T. III, 2ª ed., Ed. Oxford, p. 181.

⁵ Cfr. Acosta Romero, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo*, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997, pp. 1027 a 1030.

sus efectos jurídicos en el momento de la aprobación y tienen la posibilidad de condicionar su aceptación.⁶

Respecto al tema que nos ocupa, el referente al *permiso de internación temporal de autos fronterizos al interior del país*, es aquel que va dirigido exclusivamente a los particulares que habitan o residen en la zona fronteriza⁷, que a través de las autoridades aduaneras, se les permite internarse al resto del país, para conducir un vehículo de procedencia extranjera, previamente importado en forma definitiva a la franja fronteriza.

III. MARCO JURÍDICO

Los permisos de internación temporal de vehículos fronterizos los otorga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de las Aduanas, que tienen facultades exclusivas de la entrada y salida de mercancías al territorio nacional, de conformidad con el artículo 3, de la Ley Aduanera, a mayor precisión léase, los incisos A) y B), siguientes.

A) ART. 62, FRACCIÓN II, INCISO B), ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY ADUANERA

Establece el artículo que a los vehículos importados, destinados a permanecer definitivamente en la franja o región fronteriza, se les podrá autorizar la internación temporal al resto del país, por un plazo máximo hasta de ciento ochenta días naturales, en un periodo de doce meses, contados a partir de la primera internación temporal. Señala que los vehículos internados temporalmente no podrán prestar el servicio de autotransporte de carga, pasajeros o turismo. Precisa que sólo pueden ser conducidos por el propietario del vehículo, su cónyuge, sus hijos, padres o hermanos, o por cualquier otra persona, siempre que en este último caso el importador se encuen-

⁶ Martínez Morales, Rafael I. *Derecho Administrativo*, 3ª ed., Ed. Harla, México, 1996, pp. 269 al 271.

⁷ Zona fronteriza: "Se considera franja o región fronteriza el territorio que se localiza entre la línea divisoria internacional y la línea paralela, ubicada a una distancia de veinte kilómetros hacia el interior del país." Vid. Acosta Roca, Felipe. *Trámites y documentos en materia aduanera*, segunda ed., Ed. ISEF, México, 2003, p. 233.

tre en el vehículo. Por último, cuando el propietario sea una persona moral, deberá ser conducido por una persona que tenga relación laboral con el propietario.

B) ART. 178, DEL REGLAMENTO DE LA LEY ADUANERA

El precepto a análisis establece los requisitos para que residentes que hubiesen importado vehículos a la franja fronteriza, puedan internarlos al resto del territorio nacional. Por lo que se debe acreditar que el vehículo se encuentra importado en forma definitiva a la franja o región fronteriza, que el solicitante del permiso acredite ser residente en la frontera, garantizar mediante embargo en la vía administrativa el pago de los créditos fiscales que pudiesen causarse por exceder los plazos autorizados para el retorno del vehículo, pagar los derechos por el permiso y presentar declaración bajo protesta de decir verdad que el interesado se compromete a retornar el automotor dentro del plazo autorizado.

IV. PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Es usual o costumbre que el gobernado o particular que obtiene un permiso para internar un vehículo fronterizo de procedencia extranjera al interior del país, por ignorancia, negligencia, descompostura del automotor, accidente carretero que deja inservible el mueble, o en algunos casos con dolo y mala fe, no retorna el vehículo a la frontera norte, confiado en que no se le sancionará por dicha omisión, se olvida que vivimos en un estado de derecho, donde la autoridad como el gobernado tenemos derechos y obligaciones. En este caso, la autoridad aduanera con facultades regladas, emite liquidación por infringir la Ley Aduanera y Ley de Comercio Exterior.

En esta tesitura, una vez transcurrido el plazo legal, por el que se le otorgó el permiso al particular, y sin existir constancia de su retorno en los archivos de la autoridad fiscal, la Aduana determina créditos fiscales por cometer infracciones relacionadas con el destino de las mercancías, concretamente exceder el plazo concedido para el retorno de las mercancías internadas temporalmente o no se

haya llevado a cabo el retorno a la zona fronteriza de la internación temporal de vehículos, prevista en el artículo 182, fracción II, de la Ley Aduanera.

Derivado de lo anterior, se decreta que pasa a propiedad del fisco federal el vehículo no retornado, pero ante la imposibilidad material de embargarlo, se cobra el valor del mismo. Se determina el pago causado del impuesto al valor agregado, así como al pago del impuesto sobre automóviles nuevos. Es importante analizar que el cobro de las referidas contribuciones, sea sólo la parte proporcional, ya que dichos impuestos ya fueron cubiertos al momento de la importación del vehículo a la franja fronteriza, por lo que solo se paga la diferencia por internarlo definitivamente al interior del país.⁸

Una vez que la Aduana notifica la resolución administrativa al particular imponiéndole diversos créditos fiscales, por la omisión de retornar el vehículo a la franja fronteriza o fuera del plazo establecido; el contribuyente tiene diversos medios de defensa que puede hacer valer, para recurrir o impugnar la liquidación, por afectar su esfera jurídica, buscando que se declare que el oficio liquidatorio es ilegal, o se declare la nulidad lisa y llana del mismo, es decir, si el acto administrativo se declara jurídicamente nulo, el mismo, será invalidado y no se presumirá legítimo ni ejecutable.

V. MEDIOS DE DEFENSA

A) RECURSO DE REVOCACIÓN

El recurso administrativo puede servir para eliminar un acto no conforme a derecho y puede ser interpuesto por quien haya sufrido perjuicio a causa del acto jurídico administrativo.

En función del principio de legalidad que obliga a la autoridad a hacer sólo lo que la ley le permite, la propia ley le otorga el poder de revocar el acto realizado por ella.⁹

⁸ Vid. Artículos 51, 52, 64, 80, 176, fracciones I y II, 178, fracciones I y II, y 183-A, último párrafo, Ley Aduanera, 1, 2, y 3, Ley de Impuestos sobre Automóviles Nuevos, 1, fracción IV, 2, 24, fracción I, 26, 27 y 28, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

⁹ Cfr. Sánchez Pichardo, Alberto C., *Los Medios de Impugnación en Materia Administrativa*, quinta ed., Ed. Porrúa, México, 2004, pp. 119-120.

Este recurso, es optativo, es decir, se puede agotar o acudir inmediatamente al juicio de nulidad o contencioso administrativo; se interpone ante la Administración Local Jurídica, del Servicio de Administración Tributaria (SAT), de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), de la localidad o en las oficinas más cercanas al domicilio del contribuyente. Se tiene cuarenta y cinco días hábiles, para su interposición, contados a partir del día siguiente de aquel en que surte efectos la notificación.¹⁰

Es recomendable la interposición del recurso de revocación, ya que con la sola presentación de dicho escrito, las autoridades fiscales, suspenden el procedimiento administrativo de ejecución, por un plazo de cinco meses, contados a partir de la fecha en que se interpuso el medio de defensa, en este tenor el particular goza de todo ese tiempo para exhibir garantía, si así conviene a sus intereses, de conformidad con el segundo párrafo, del artículo 144, del Código Fiscal de la Federación.

B) JUICIO FEDERAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Lo que se busca con el juicio de nulidad, como también se le conoce, la anulación del acto de autoridad, aunque la función del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es reconocer la legalidad o la de declarar la nulidad de actos o procedimientos, que puede ser para efectos restitutorios, o para reponer el procedimiento.

La mayoría de los abogados expertos en la materia, consideran acudir inmediatamente al juicio federal contencioso administrativo, sin agotar el recurso de revocación, ya que se tiene la idea, que quien resuelve, actúa como juez y parte, como es el caso de las Administraciones Locales Jurídicas del SAT.

En mi opinión, es cuestión de estrategia jurídica, se tiene que determinar la conveniencia del recurso de revocación o del juicio de nulidad; por lo que se tiene que tomar en cuenta: ¿qué es lo que

¹⁰ Vid. Artículos 116, 117, fracción I, inciso c), 120, 121 y 135, del Código Fiscal de la Federación, 22, fracción XVII y 24, fracción II, del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria, y 203, de la Ley Aduanera.

se busca, retardar el procedimiento o una impartición de justicia pronta, *si se le puede llamar así?*, ¿con qué pruebas se cuenta: se tienen las idóneas para que el Administrador Local Jurídico declare ilegal la resolución recurrida o no?, ¿el Tribunal ya emitió criterio anteriormente o se apegó a la jurisprudencia sobre el asunto a tratar y resolverá en el sentido pretendido?

En esta tesitura, si se opta por la presentación de la demanda de nulidad, se debe tener en cuenta la temporalidad, también en esta instancia, se tienen cuarenta y cinco días hábiles por regla general, para la presentación de la demanda, contados a partir del día siguiente en que surte efectos la notificación, para acudir a la Sala Regional que corresponda del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.¹¹

C) AMPARO

Con relación a las resoluciones liquidatorias que emite la Aduana, a propósito de no retornar en tiempo y forma legal el vehículo fronterizo, por el cual se pidió permiso para su internación temporal al resto del país, se recomienda agotar los medios de defensa ordinarios como lo es el recurso de revocación o juicio de nulidad, precedentemente comentados, antes de acudir a la demanda de garantías, ya que en caso contrario se sobreseerá la demanda de amparo por no agotar el principio de definitividad.

Es de explorado derecho que el amparo es un juicio extraordinario, por lo que a él puede acudirse sólo cuando previamente se haya agotado el recurso previsto por la ley ordinaria y que sea idóneo para modificar, revocar o anular el acto que vaya a reclamarse. En lo anterior descansa el principio de definitividad que rige el juicio de garantías, que hace procedente el juicio únicamente respecto de los actos definitivos, que no sean susceptibles de modificación o de invalidación por recurso ordinario alguno.¹²

¹¹ Vid. Artículos 13, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, y 31, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

¹² Artículos 107, fracciones III, inciso a), y IV constitucionales y 73 fracciones XIII, XIV y XV de la Ley de Amparo.

V. AGRAVIOS O CONCEPTOS DE IMPUGNACIÓN AD HOC

En el presente trabajo se exponen diversos argumentos legales (agravios o conceptos de impugnación) de manera enunciativa mas no limitativa que el gobernado puede hacer valer, en el medio de defensa que interponga, en los que se busca demostrar que las resoluciones administrativas que imponen créditos fiscales por no retornar en tiempo y forma legal un vehículo fronterizo a la franja norte, son ilegales.

A) RETORNO ESPONTÁNEO DEL VEHÍCULO FRONTERIZO

Es ilegal la resolución administrativa, contenida en el oficio número 325-SAT-A6-2.3-05223, signada por el Administrador de la Aduana en Mexicali, Baja California, en la que se señala que no se retornó a la región fronteriza el vehículo marca *Nissan*, *Altima*, modelo 1993, tipo sedan, serie número *1N4BU31FXPC143442*, con placas número *BAG1939*; que se violentó el artículo 62, fracción II, inciso b), último párrafo, de la Ley Aduanera, que establece que se podrá autorizar la internación temporal de un vehículo al resto del país, por un plazo improrrogable de cuatro meses, dentro de un periodo de doce y el artículo 182, fracción II, de la Ley Aduanera, señala que se comete infracción el excederse en el plazo concedido para el retorno a la franja fronteriza o no se lleve a cabo el retorno, de las internaciones temporales de vehículos. Por lo que se pretende cobrar impuesto al comercio exterior; impuesto al valor agregado; multa prevista en el artículo 178, fracción II, de la Ley Aduanera, que se relaciona con el precepto legal 176, fracciones I y II, de la referida ley, que establece infracciones por introducir al país mercancía omitiendo el pago parcial o total del impuesto al comercio exterior y sin autorización; multa por la omisión de pagar el impuesto al valor agregado; el valor del vehículo, conforme a lo establecido en el artículo 183-A, último párrafo, de la Ley Aduanera que establece que cuando existe imposibilidad material para que las mercancías pasen a propiedad del fisco federal, el infractor deberá pagar el importe de su valor comercial en el territorio nacional al momento de la aplicación de sanciones; y la multa conforme al artículo 183, fracción

II, de la Ley Aduanera, que establece una multa de \$500.00 a \$750.00, por cada periodo de quince días o fracción que transcurra desde la fecha en que se venció el plazo hasta que se efectúe el retorno de la mercancía importada.

Cabe señalar que la resolución que se recurre fue notificada legalmente el día veinte de agosto del dos mil seis, como se desprende del acta de notificación que se exhibe como prueba. Y el vehículo precedentemente descrito por el cual se me sanciona fue retornado a la zona norte del país, el once de julio del dos mil seis, como se prueba con el certificado de retorno de dicha fecha, con número de folio 4399879, por lo que a todas luces el automotor fue retornado de manera espontánea, antes de que la autoridad aduanera notificará la resolución liquidatoria, que surge a la vida jurídica al momento que tiene conocimiento el gobernado, por lo cual no ha lugar a sanción alguna y deberá quedar sin efectos legales la resolución que se impugna, así como los créditos fiscales que ampara, conforme a lo establecido en el artículo 183, fracción II, último párrafo, de la Ley Aduanera que establece textualmente: “No se aplicará la multa a que se refiere el párrafo anterior, a las personas que retorne en forma espontánea los vehículos importados o internados temporalmente.” Asimismo, el artículo 73, primer párrafo, del Código Fiscal de la Federación, de aplicación a la materia, señala que no se impondrán multas cuando se cumplan en forma espontánea las obligaciones fiscales.

En consecuencia, es procedente declarar ilegal la resolución administrativa recurrida en revocación, por la razón de que los hechos se apreciaron en forma equivocada, conforme a lo establecido en el artículo 132 y 133, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación. Sirve de apoyo a lo anterior la tesis de jurisprudencia, con registro número 184612, localización:

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito,

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVII, Marzo de 2003, Página: 1534, Tesis: I.4o.A. J/21,

Materia(s): Administrativa.

Rubro: NULIDAD LISA Y LLANA PREVISTA EN EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS.

Texto: Conforme al artículo 239 del Código Fiscal de la Federación, las sentencias definitivas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que declaren la nulidad pueden ser de manera lisa y llana cuando ocurra alguno de los dos supuestos de ilegalidad previstos en las fracciones I y IV del artículo 238 del código invocado, lo que se actualiza, en el primer caso, cuando existe incompetencia de la autoridad que dicta u ordena la resolución impugnada o tramita el procedimiento del que deriva y, en el segundo, cuando los hechos que motivaron el acto no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien, se dictó en contravención de las disposiciones aplicables o dejó de aplicar las debidas, lo que implica el fondo o sustancia del contenido de la resolución impugnada. En ambos casos se requiere, en principio, que la Sala Fiscal realice el examen de fondo de la controversia. Es así que, de actualizarse tales supuestos, la nulidad debe declararse en forma lisa y llana, lo que impide cualquier actuación posterior de la autoridad en razón de la profundidad o trascendencia de la materia sobre la cual incide el vicio casado y que determina, en igual forma, un contexto específico sobre el que existirá cosa juzgada que no puede volver a ser discutida.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

B) IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE RETORNAR EL VEHÍCULO A TIEMPO Y FORMA LEGAL

Según señala el considerado único de la resolución impugnada, con relación con el capítulo de liquidación, recargos, multas y resolutivos, que en lo conducente se determina que se violentó lo dispuesto por el artículo 62, fracción II, inciso b), último párrafo, de la Ley Aduanera, y que tal omisión encuadra en el supuesto de infracción previsto en el numeral 182, fracción II, de la precitada Ley, al no

retornar a esta región fronteriza el vehículo marca Toyota, modelo 1995, línea Corolla, tipo sedan, serie número JT2AE82E1F3268357, placas BCS1711; y que en consecuencia se determinó un crédito fiscal en el que se liquidan impuestos al comercio exterior y al valor agregado, multa por la omisión de dichos impuestos, así como el cobro del vehículo.

La referida resolución liquidatoria resulta ilegal e improcedente por el hecho de que el recurrente sufrió un percance automovilístico en el interior del país, con el vehículo fronterizo con permiso de internación temporal precedentemente citado, en fecha tres de abril del dos mil seis, en vísperas de su vencimiento, que fue el treinta de abril del dos mil seis, lo que ocasionó la imposibilidad material de retornarlo en tiempo y forma legal. Manifiesto bajo protesta de decir verdad, que se hizo del conocimiento inmediato a las autoridades competentes, como lo acredito con el reporte de accidente y la denuncia presentada ante la Procuraduría General de Justicia del Estado de Coahuila en la misma fecha; asimismo, con el escrito de fecha seis de abril del dos mil seis, mediante el cual solicité al Administrador Local Jurídico de Torreón, Coahuila, una prórroga para retornar el vehículo toda vez que por el accidente sufrido era necesario reparar la maquina del automotor para estar en condiciones de regresarlo a la zona norte del país, es el caso que mediante oficio 325-SAT-05-III-856, notificado el diecinueve de enero del dos mil siete, se me otorga permiso para retornar el vehículo en examen, con un plazo de cinco días hábiles, retornándolo en tiempo y forma legal como lo decreto el Administrador Local Jurídico del SAT, en Torreón, Coahuila.

Así las cosas, es un hecho notorio que incurrí en infracciones administrativas en materia aduanera, de manera involuntaria, a causa de fuerza mayor o de caso fortuito, siendo de explorado derecho que cualquiera situación precitada exime de responsabilidad a la persona que haya cometido alguna infracción involuntariamente, por no existir dolo o mala fe al configurarse la misma.

El jurista mexicano Rafael de Pina, en su *diccionario de derecho*,

define a la fuerza mayor y al caso fortuito de la siguiente manera: por fuerza mayor se entiende al: *“acontecimiento ajeno a la conducta del deudor y producida al margen de la misma con fuerza incontrastable, liberando al obligado de la responsabilidad del incumplimiento de la obligación”* y por caso fortuito entiende al: *“Acontecimiento que no ha podido ser previsto, pero que, aunque lo hubiera sido, no habría podido evitarse”*.¹³

Como puede formar convicción plena esta H. Administración Local Jurídica de Mexicali, B.C., no ha lugar a sanción alguna por las razones expuestas y como se desprende de las propias constancias que exhibo como pruebas, a las cuales debe dárseles valor probatorio pleno en términos del artículo 130, párrafo tercero, del Código Fiscal de la Federación, por ubicarme en el supuesto del primer párrafo, del artículo 73, del Código Fiscal de la Federación, que establece que no se impondrán multas cuando se haya incurrido en infracción a causa de fuerza mayor o de caso fortuito, máxime que ya se cumplió con la obligación de retornar el vehículo a la franja fronteriza como me lo señalo el Administrador Local Jurídico del SAT, en Torreón, Coahuila, en el tiempo y forma legal autorizado. En consecuencia debe declararse dejar sin efectos legales la resolución impugnada, de conformidad con lo establecido en los artículos 132 y 133, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación, por ser lo procedente en derecho.

C) NACIONALIZACIÓN DEL VEHÍCULO FRONTERIZO

Es fuente de agravio el considerando único de la resolución contenida en el oficio número 326-SAT-A6-2.3-05573, emitida por el Subadministrador de Aduana de Mexicali, en fecha 26 de mayo del año 2006, en la cual se pretende sancionar al suscrito por no haber retornado a la región fronteriza el vehículo marca Ford, línea Explorer, modelo 1997, tipo vagoneta, serie número 1FMDU32X7RUA58933, con placas BAL4337, conforme a la Ley Aduanera vigente.

¹³ Vid. páginas 148 y 296, del referido *Diccionario*, publicado por Editorial Porrúa, en México, en 1996.

En fecha veinticinco de enero del dos mil seis, el vehículo de mi propiedad precedentemente citado fue regularizado a través del proceso de nacionalización, como lo acredito con el pedimento número 06 20 3556 6111658, tramitado con sustento en la regla de carácter general en materia de comercio exterior 2.6.23, rubro B, numeral 3, inciso a), segundo párrafo, subinciso 1), 2) y 3), y decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 22 de agosto del año 2005, documento público que se aporta como prueba, y debe dársele valor probatorio pleno de conformidad con lo establecido en el artículo 130, del Código Fiscal de la Federación. Por lo que es evidente que la situación jurídica del vehículo ha cambiado, y con la nacionalización, puede circular libremente en todo el país, sin tener la obligación legal de retornarlo a la franja fronteriza, como cuando sólo se contaba con el permiso de internación temporal al interior del país.

La resolución que en esta vía se combate resulta ilegal, toda vez que la autoridad está apreciando los hechos en forma equivocada, lo que redundaría en que se me han impuesto sanciones completamente improcedentes, como lo es pretender que nuevamente se liquiden las contribuciones al comercio exterior, al valor agregado y sus accesorios, cuando la importación definitiva del vehículo se llevó a cabo en el mes de enero del dos mil seis y la resolución que finca el crédito fiscal se emitió en el mes de mayo de dos mil seis, es decir, en forma posterior a que tuvo verificativo la importación definitiva del mismo, por lo que es evidente que ya se pagaron los impuestos que exigen su pago. Por lo que es obvio que no existe causa generadora del crédito fiscal, toda vez que los hechos que la motivan no sucedieron o fueron distintos a los que sirvieron de sustento para el fincamiento del crédito fiscal impugnado, lo que implica que se aplicó indebidamente el artículo 182 fracción II de la Ley Aduanera, pues no es cierto que hubiese incurrido en la infracción que prevé dicho dispositivo legal.

En conclusión, se surte la causal de ilegalidad prevista por la fracción III del artículo 38 y la fracción IV del artículo 51 de la Ley

Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, por lo que se debe dejar sin efectos la resolución impugnada de manera lisa y llana.

D) RESOLUCIÓN ILEGAL PORQUE YA SE CUBRIÓ EL IMPUESTO AL COMERCIO EXTERIOR Y AL VALOR AGREGADO

ACTOS VICIADOS, FRUTOS DE.- Si un acto o diligencia de la autoridad está viciado y resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él, o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal, ya que de hacerlo, por una parte alentarían prácticas viciosas, cuyos frutos serían aprovechables por quienes las realizan y, por otra parte, los tribunales se harían en alguna forma partícipes de tal conducta irregular, al otorgar a tales actos valor legal. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

VI. MEDIOS DE DEFENSA QUE NO CREAN INSTANCIA

En el supuesto de que el gobernado haya consentido el acto, con el ánimo de que no se quede en estado de indefensión e inseguridad jurídica, puede promover ante la Aduana revisión discrecional de la resolución liquidatoria, cuando sea notoria la ilegalidad de la misma, se podrá modificar en beneficio del contribuyente, sólo se tiene que demostrar que fue emitida por subordinado jerárquicamente.¹⁴

Otra opción es solicitar la procedencia de condonación de multas, ante la administración local Jurídica del SAT, la cual apreciará discrecionalmente las circunstancias del caso y los motivos que tuvo la autoridad para imponer la sanción; en este supuesto cabe suspender el procedimiento administrativo de ejecución, si se pide y se garantiza el interés fiscal; sólo procede la condonación de las multas, cuando hayan quedado firmes.¹⁵

Por último se tiene la posibilidad de solicitar a la autoridad fis-

¹⁴ Vid. Artículo 36, del Código Fiscal de la Federación.

¹⁵ Vid. Artículo 74, del Código Fiscal de la Federación.

cal, la cancelación de los créditos fiscales por insolvencia del deudor, esto procede cuando el contribuyente no tenga bienes embargables para cubrir el adeudo al fisco, cabe señalar que la cancelación de los créditos no lo libera de su pago.¹⁶

Ante estos medios de defensa, sólo procede el amparo indirecto, por desacato al derecho de petición, sólo para que se dé contestación por escrito al gobernado, de conformidad con los artículos 8 y 35, fracción V, de nuestra máxima Constitución.

¹⁶ Vid. Artículo 146-A, del Código Fiscal de la federación.

Artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal. ¿Excusa absolutoria o excluyente del delito?

*José de Jesús Esqueda Díaz**

Reza un principio lógico que: “El ser de las cosas se identifica por su denominación, pero si ésta es errónea, no cambia su ser”.

Por ejemplo, se dice que el amparo es un recurso, pero en realidad es un juicio.

También se habla de incidentes cuando en realidad son verdaderos juicios, como el incidente excluyente de dominio.

O también se habla del “incidente de reconocimiento de inocencia”, cuando en realidad es un juicio.

Se llama también ordinaria y legalmente incidentes a los juicios donde se exige la responsabilidad civil a terceros proveniente de una causa penal.

Se denomina también a varios juicios de nulidad como meros incidentes de nulidad.

A verdaderas acciones, a veces se les llama excepciones.

Se ha dado en llamar juicios a procedimientos meramente arbitrales.

Y hasta se llaman garantías individuales a lo que en realidad sólo son derechos fundamentales reconocidos, pero su reconocimiento constitucional no es garantía de nada, pues ésta se podría hacer efectiva sólo a través del juicio de amparo.

De ahí que no porque hasta ahora se le haya llamado “excusa absolutoria” a la hipótesis prevista en el artículo 199, primer párrafo,

* Defensor Público Federal.

del Código Penal Federal, deba tenerse como tal, atendiendo a su sintaxis, sin haber desentrañado su esencia. Porque el simple enunciado de “no se le aplicará pena alguna” que hace ese dispositivo legal, no define esa situación como una mera “excusa absolutoria”, pues me parece un método muy superficial para conocer el espíritu de la norma.

Regularmente se tiene por cierto que la hipótesis que prevé el artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal, comprende una mera excusa absolutoria, sin reparar en que se trata en realidad de una excluyente del delito. Se dice casi en forma generalizada (porque sí hay excepciones) por los juzgadores que hay delito, responsable del mismo (delincuente), pero simplemente no se aplica pena alguna.

No debe soslayarse que el Estado Mexicano ha llegado a considerar al farmacodependiente como un enfermo, cuya enfermedad sin duda es física y mental, un verdadero discapacitado, quien no merece ser tratado como delincuente, y así vemos y escuchamos propaganda oficial en ese sentido en los medios de comunicación; sin embargo, a muchos farmacodependientes, quienes poseen el narcótico necesario sólo para su consumo personal, se les procesa penalmente y en la sentencia condenatoria se dice que opera esa “excusa absolutoria”, que amerita sólo la no imposición de pena alguna.

Al efecto, la Ley General de Salud considera ante todo como una enfermedad mental a la farmacodependencia, y establece:

“ARTICULO 74.- La atención de las enfermedades mentales comprende:

I.- La atención de personas con padecimientos mentales, la rehabilitación psiquiátrica de enfermos mentales crónicos, deficientes mentales, alcohólicos y personas que usen habitualmente estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y

II.- La organización, operación y supervisión de instituciones dedicadas al estudio, tratamiento y rehabilitación de enfermos mentales.

ARTÍCULO 191.- La Secretaría de Salud y el Consejo de Salubridad General, en el ámbito de sus respectivas competencias, se

coordinarán para la ejecución del programa contra la farmacodependencia, a través de las siguientes acciones:

I.- La prevención y el tratamiento de la farmacodependencia y, en su caso, la rehabilitación de los farmacodependientes; II.- La educación sobre los efectos del uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras susceptibles de producir dependencia, así como sus consecuencias en las relaciones sociales, y III.- La educación e instrucción a la familia y a la comunidad sobre la forma de reconocer los síntomas de la farmacodependencia y adoptar las medidas oportunas para su prevención y tratamiento.”

Por su lado, por conducto de la Secretaría de Salud el Gobierno Federal, a través de la CONADIC, y en coherencia con la Ley General de Salud y el artículo 4° constitucional, promociona en los medios masivos de comunicación que el ser farmacodependiente no es un delito, sino una enfermedad, y proporciona ayuda en el teléfono 01 800 9002000, por lo que sin duda se reitera el trato digno que deben tener los farmacodependientes y su no discriminación.

Además, la Secretaría de Salud hace precisiones oficiales en el mismo sentido (en la página web de Internet de la Secretaría de Salud), localizables con el título: “Programa de Acción: Adicciones, *Farmacodependencia*”, en forma por demás extensa.

De la misma manera, el Congreso de la Unión ha corroborado una y otra vez la concepción social del farmacodependiente, y para muestra debemos observar lo que se dijo en el proceso legislativo de reforma del artículo 73 fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en 2005, en donde, en concreto, en el Dictamen de la Cámara de Diputados (página 10 de la versión en Internet):

“Para complementar las reformas anteriores, por su parte, el Código penal Federal también se pretende reformar en dos de sus artículos relativos a los delitos contra la salud. Estas reformas, aunadas a la propuesta de adición de los artículos donde se establecen excusas absolutorias a conductas, atendiendo en todo momento a la finalidad del agente respecto del destino del narcótico, pretenden preservar la idea de nuestra

legislación que considera al adicto como un enfermo y no como un infractor o delincuente, situación de gran importancia, sobre todo en tratándose de menores de edad". (énfasis añadido)

Por su parte, el 13 de diciembre de 2006, en el Comunicado de Prensa número 95/2006, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se establece que la ministra Sánchez Cordero fungió como oradora principal en la ceremonia de reconocimiento a la doctora María Elena Medina Mora como La Mujer del Año 2006, y dijo:

"Las adicciones son, hoy en día, uno de los mayores retos a solucionar de las sociedades modernas y de los Estados, no sólo en los terrenos de lo psicológico y de salud pública, sino en todos los campos, incluso en algunos que pudieran pensarse ajenos al mismo, como el derecho, la ciencia política, la sociología y la economía, afirmó la ministra Olga Sánchez Cordero.

Al pronunciarse el discurso oficial durante la entrega del reconocimiento La Mujer del Año 2006 a la psicóloga e intelectual María Elena Medina Mora, la ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló que el grave problema de las adicciones es de dimensiones inimaginables, que comprenden, incluso, el de las relaciones internacionales, cuyos efectos impactan y ponen en riesgo a la humanidad entera.

Pero, afirmó, hay un aspecto que particularmente destaca por su importancia en el desarrollo profesional de la galardonada, la doctora medina Mora, su investigación por el individuo adicto. 'La homenajeadada tiene una brillante trayectoria intelectual, académica y profesional', abundó.

'La persona que sufre un problema de adicción no elige ser adicto, sino que padece esta enfermedad con manifestaciones antisociales que dificultan su detección. El adicto generalmente es egoísta, egocentrista, rencoroso, hostil, manipulador, mentiroso y se aísla con frecuencia del mundo exterior', apuntó.

Es incapaz, agregó, de aceptar responsabilidades y se crea sus propios problemas, con lo cual las funciones mentales y emocionales se ven seriamente trastornadas.

La ministra Sánchez Cordero explicó que como la conciencia y la

capacidad de amar están seriamente afectadas por el consumo de drogas, el vivir en muchos casos se reduce, como afirma la doctora Medina Mora, a un 'nivel animal', en el que los individuos pasan años tratando de ponerse de acuerdo con su enfermedad y sustituyendo unas drogas por otras.

Dijo que la drogadicción se compone de un conjunto de síntomas que son reveladores de un drama angustioso que tiene que ver con el sentido mismo de la existencia, con la verdad del hombre y con su dignidad.

Precisamente por ello, destacó el mérito de homenajear a una persona como la psicóloga Medina Mora, porque dejando atrás todo, ha dedicado su vida a darle sentido a otras vidas, comentó.

La ministra de la SCJN subrayó que con el trabajo e investigación de la doctora Medina Mora, a través de su participación en diversos programas vinculados al campo de las adicciones, nos ha hecho ver que dejar todo por alguien que lo ha perdido todo, es un mérito que merece ser reconocido. 'Es, a mi parecer, toda una enseñanza', destacó.

Puntualizó que el reconocimiento a la Mujer del Año 2006 también deviene de los méritos que la psicóloga Medina Mora ha realizado en la investigación y la academia en el campo de las adicciones, pues ha llevado a cabo una importante cantidad de estancias de investigación en múltiples universidades, principalmente en los Estados Unidos de América.

El mayor mérito de María Elena Medina Mora es hacernos volver nuestra mirada a la esencia de nuestra humanidad: la persona, concluyó."

Considero entonces que hay un doble discurso oficial, que como tal es insostenible en un país que se precie de practicar una vida democrática, en donde el derecho supremo es conocer e informar la verdad y ser tratado con dignidad, ya que por un lado se reconoce lo grave de la enfermedad de la farmacodependencia; y por el otro, se le condena y trata jurisdiccionalmente como un delincuente o responsable de delito cuando posee la droga necesaria sólo para su consumo personal.

De alguna manera la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha profundizado en el tema, y para muestra un botón:

Sexta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN Página: 175, Tesis: 316, Jurisprudencia, Materia(s): Penal, Rubro: SALUD, DELITO CONTRA LA. COMPRA Y POSESIÓN. INEXISTENCIA DEL DELITO. TOXICÓMANOS. Texto: “Si conforme a lo dispuesto por los artículos 524 y 525 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público no debe consignar o, de haberlo hecho ya, deberá desistirse de la acción penal en contra del toxicómano que compre o posea drogas enervantes sólo en la cantidad racionalmente necesaria para su consumo; debe concluirse que en tal caso no existe delito y que el drogadicto sólo debe quedar sujeto al tratamiento médico que le apliquen las autoridades administrativas de salubridad y asistencia; en tal concepto, aunque el representante social dejare de cumplir con las obligaciones que las citadas disposiciones legales le imponen, el juez natural deberá hacer efectiva la esencia fundamental de esos preceptos.” (énfasis añadido)

Considero que la esencia fundamental de esos artículos 524 y 525 es la misma que tiene el artículo 199 en comento.

Nuestra Carta Magna establece en su artículo 4º, tercer párrafo: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.”

Nótese que la protección comprende la salud mental como física, pues no se hace distinción constitucionalmente, e incluye sin duda el trato digno y adecuado para la rehabilitación y reinserción en la familia, la sociedad y en el campo laboral. Por lo que todo el Estado mexicano está obligado a velar por el respeto a ese derecho, y a que se recupere el enfermo reinsertándole a la vida social de manera plena y adecuada. De tal manera que no puede sostenerse válidamente que el condenar como delincuente al enfermo por poseer el narcótico necesario sólo para su consumo personal sea adecuado, cuando es irracional el pretender que actúe de otra manera. La etiquetación como delincuente a un enfermo no le ayuda en nada, y antes bien le impide una reinserción en la vida familiar, social y laboral; es un ataque oficial abusivo a su situación de enfermo crónico; una forma sutil, pero nefasta, de discriminación.

Internacionalmente también se ha considerado al farmacodependiente como un enfermo mental y físico, como un discapacitado, que no merece ser discriminado o tratado en forma indigna, como puede apreciarse del corpus juris del derecho internacional siguiente:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana; Bogotá, Colombia, 1948), que en lo conducente dice:

“Derechos

Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar...Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.” (énfasis agregado)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, que en lo atinente dice:

“Artículo 12

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental... (énfasis añadido)

...2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

...c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.

Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el deci-

moctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, que en lo atinente dice:

“Preámbulo

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre... por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros...

...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... (énfasis añadido)

...Artículo 10

Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. (énfasis del autor)

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho...

...d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole...” (énfasis añadido)

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, establece al respecto:

“Reafirmando la fe en los derechos humanos y las libertades

fundamentales y en los principios de paz, dignidad y valor de la persona humana, y de justicia social proclamados en la Carta,...

Artículo 2

El progreso social y el desarrollo en lo social se fundan en el respeto de la dignidad y el valor de la persona humana y deben asegurar la promoción de los derechos humanos y la justicia social...

...Artículo 5

El progreso y el desarrollo en lo social exigen el pleno aprovechamiento de los recursos humanos, lo que entraña en particular:

...d) La garantía a los sectores menos favorecidos o marginales de la población de iguales oportunidades para su avance social y económico a fin de lograr una sociedad efectivamente integrada.

PARTE II: OBJETIVOS

El progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse a la continua elevación del nivel de vida tanto material como espiritual de todos los miembros de la sociedad, dentro del respeto y del cumplimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, mediante el logro de los objetivos principales siguientes:

...d) El logro de los más altos niveles de salud y la protección de servicios de protección sanitaria para toda la población.

...Artículo 11

...c) La protección de los derechos y la garantía del bienestar de los niños, ancianos e impedidos; la protección de las personas física o mentalmente desfavorecidas...

...Artículo 13

...b) El establecimiento de un equilibrio armonioso entre el progreso científico, tecnológico y material y el adelanto intelectual, espiritual, cultural y moral de la humanidad.” (énfasis agregado)

El farmacodependiente es un enfermo mental y físico, pero sobre todo, lo primero. Así lo establecen en lo conducente los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 47/119, de 17 de diciembre de 1991:

“El ejercicio de los derechos enunciados en los presentes Principios sólo podrá estar sujeto a las limitaciones previstas en la ley que sean necesarias para proteger la salud o la seguridad de la persona de que se trate o de otras personas, o para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de terceros.

Principio 1

Libertades fundamentales y derechos básicos

1. Todas las personas tienen derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental, que será parte del sistema de asistencia sanitaria y social.

2. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental, o que estén siendo atendidas por esa causa, serán tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana.

3. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental, o que están siendo atendidas por esa causa, tienen derecho a la protección contra la explotación económica, sexual, o de otra índole, el maltrato físico o de otra índole y el trato degradante.

4. No habrá discriminación por motivo de enfermedad mental. Por ‘discriminación’ se entenderá cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad...

5. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la declaración de los derechos de los impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

...Principio 4

...1. La determinación de que una persona padece una enfermedad mental se formulará con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente.

...5. Ninguna persona o autoridad clasificará a una persona como enferma mental o indicará de otro modo que padece una enfermedad mental salvo para fines directamente relacionados con la enfermedad mental o con las consecuencias de ésta.

...Principio 8

Normas de la atención

1. Todo paciente tendrá derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud y será atendido y tratado con arreglo a las mismas normas aplicables a los demás enfermos.

2. Se protegerá a todo paciente de cualesquiera daños, incluida la administración injustificada de medicamentos, los malos tratos por parte de otros pacientes, del personal o de otras personas u otros actos que causen ansiedad mental o molestias físicas.

...Principio 9

Tratamiento

1. Todo paciente *tendrá derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador posible* que corresponda a sus necesidades de salud y a la de proteger la seguridad física de terceros.” (énfasis propio)

El farmacodependiente, como enfermo físico y mental, es también un discapacitado, que no debe ser discriminado, provocando menoscabo en el ejercicio de sus derechos laborales, familiares y de trato social digno, por sólo poseer el satisfactor de su enfermedad sea o no ilícita la droga, y se tenga o no receta médica, pues la enfermedad de que se trata no hace esas distinciones, y quien la padece no se espanta ni deja de consumir drogas por el solo hecho de que haya una amenaza o un peligro, pues ni el conocimiento de la posibilidad de muerte le inhibe en su compulsión adictiva.

El enfermo farmacodependiente es una víctima del delito, del delito del narcotráfico, con cuya punibilidad se pretende protegerle tanto como a los farmacodependientes o consumidores potenciales; como también es víctima de una sociedad que brinda todas las circunstancias para que surja la necesidad adictiva, en donde abunda el doble discurso y falta el respeto de valores, como la desigualdad en muchas formas.

Al efecto, son aplicables las siguientes disposiciones de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra Personas con Discapacidad, adoptada en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete de junio de 1999, en el vigésimo noveno periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

1. Discapacidad

El término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a. El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.” (énfasis agregado)

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales establece un trato especial para los farmacodependientes desde hace mucho tiempo (como se establece en la jurisprudencia 316 precitada y tan ignorada por todo mundo), y al efecto dice:

“Artículo 523. Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de que una persona ha hecho uso indebido de estupefacientes o psicotrópicos, al iniciar su averiguación, se pondrá inmediatamente en relación con la autoridad sanitaria federal correspondiente, para determinar la intervención que ésta deba tener.

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 como 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 inculpado 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, ejercerá acción penal.”

Luego entonces, a un enfermo farmacodependiente no es racionalmente exigible otra conducta, por no poderse determinar a actuar conforme a derecho, al poseer la droga necesaria para su estricto consumo personal. Y ello da origen a la causa excluyente del delito prevista en la fracción IX, del artículo 15, del Código Penal Federal, como a la protección de los artículos 1º, 4º, 14, 16 y 17 constitucionales. No hay delito en este caso concreto, porque no puede haber delito en donde más bien se debe hacer efectivo el derecho supremo a la protección de la salud, física y mental, mereciendo un trato digno que permita realmente su reintegración social, familiar y laboral.

No es válido constitucionalmente, en pleno apego al respeto a sus derechos humanos, especialmente los relativos a la protección integral de la salud; la no discriminación; trato infamante o indebido; el que se considere al farmacodependiente un delincuente por el solo hecho de poseer los narcóticos satisfactores de su necesidad adictiva; por la enfermedad física y mental de la farmacodependencia, pues racionalmente no puede exigírsele otra conducta, y la protección a su salud debe ser integral y proporcional a la gravedad de la enfermedad.

Y en nada contribuye ese proceder jurisdiccional a la rehabilitación social del farmacodependiente (obligación constitucional –e internacional, por supuesto– de hacerla efectiva), pues se le etiqueta injustamente como delincuente (responsable de un delito) y en ello va implícito un rechazo, o ataque abusivo, social y oficial discriminatorio.

En consecuencia, debe entenderse que el artículo 199, primer

párrafo del Código Penal Federal establece una excusa absolutoria y algo más: una implícita excluyente del delito o de responsabilidad.

Suponiendo que incluso no existiera expresamente esa disposición del artículo 199 del Código Penal Federal.

¿Acaso no podría establecerse la existencia de una causa excluyente del delito, ante los derechos supremos que tiene el enfermo farmacodependiente, y la invalidez de la exigencia de una conducta diferente?

Recordemos también que para ser responsable del delito se requiere querer infringir la ley. Lo cual no acontece con un enfermo farmacodependiente quien sólo posee narcóticos para su estricto consumo personal, y del que el legislador ha entendido que el daño real se lo hace él mismo, como víctima social de esas sustancias y circunstancias. El farmacodependiente no posee narcóticos para su estricto consumo personal pensando en violentar la ley, sino pensando en satisfacer su enfermedad, física y mental, “no elige ser adicto” y sus “funciones mentales y emocionales se ven seriamente trastornadas”, como lo indicó con acierto y humanismo la ministra Sánchez Cordero (como se apuntó arriba). Aunque lamentablemente muchos farmacodependientes sí viven inmersos en un miedo constante a la autoridad, pues saben que, a pesar de sus circunstancias, es inminente su detención y maltrato por la posesión de narcóticos para su consumo personal.

Así lo considera también Demetrio Sodi en su libro titulado *Excluyentes de responsabilidad*, Ediciones Jurídicas, página 17: “La responsabilidad nace de la voluntad de infringir la ley...”

Es decir, del dolo o la culpa nacen de la voluntad de infringir la ley. Y en este caso concreto faltaría siempre el elemento volitivo del dolo, pues el farmacodependiente que posee narcóticos para su estricto consumo personal, jamás desea violar la ley, pues es un enfermo que requiere poseer droga para satisfacer su farmacodependencia, y se le da legalmente un trato diferenciado, con respecto a quienes poseen drogas para otro fin, precisamente porque todo indica que poseía droga sólo para su consumo personal, y por una necesidad de

su propia enfermedad. Por lo que esa conducta no puede ser ilícita. Y aunque hasta ahora se le ha dicho oficialmente en las instituciones policiacas, en las agencias del Ministerio Público y en los tribunales que es delincuente, y hasta ha llegado a creerlo él mismo; no por eso es ni debe ser un delincuente, y esa situación debe cambiar y ser coherente.

Tiene aplicación por analogía la tesis siguiente:

Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Febrero de 1993, Página: 226, que dice: “CONTRA LA SALUD. DELITO DE, AUSENCIA DE DOLO, TRATÁNDOSE DE LA POSESIÓN DE PSICOTRÓPICOS. La posesión de pastillas psicotrópicas, adquiridas sin receta médica no puede constituir una conducta ilícita, cuando en el sumario se acredite que esas pastillas están destinadas a satisfacer un tratamiento médico al que se encontraba sometido el quejoso, ya que en la especie lo que importa es la finalidad de las mismas y no la adquisición de esos psicotrópicos, pues al ser el delito contra la salud de peligro y no de resultado, debe tomarse en cuenta que al poseer el acusado los psicotrópicos como resultado de un tratamiento médico, su proceder no lesiona el bien jurídico tutelado por el numeral 197, fracción V, del Código Penal Federal, como es la salud pública; consecuentemente la conducta desplegada por el activo se traduce en una simple posesión (artículo 194, último párrafo del Código Penal Federal), toda vez que no existió dolo respecto de la posesión, sino simple y llanamente llevó a cabo la satisfacción de una necesidad de orden médico.”

Se reitera, considero que no es acertado establecer que una situación jurídica es propia y exclusivamente una mera excusa absolutoria, sólo porque literalmente se prescinde de pena, pues antes que nada debe verse lo que lleva intrínseco, su esencia, como este caso del artículo 199 en cita, que comprende también una causa excluyente del delito.

¿Cómo puede tener la suficiente tranquilidad y aliciente para rehabilitarse el enfermo farmacodependiente cuando ha sido trata-

do como simple delincuente, al ser condenado jurisdiccionalmente? ¿Cómo se protege su derecho a la salud integral, si se le condena por el Estado como delincuente, por poseer los narcóticos necesarios sólo para su consumo personal? Pues haciendo lo necesario para la rehabilitación integral del enfermo.

¿Por qué no se atreve el Estado Mexicano a llamar delincuentes a los menores de edad? Justamente porque trata de protegerseles, procurando crearles condiciones adecuadas para su reinserción social, familiar y laboral.

¿Por qué no se termina de admitir que nuestros paisanos que emigran a Estados Unidos de Norteamérica sin la documentación respectiva son delincuentes? Pues porque no deben ser considerados así, ya que hay una necesidad de mano de obra en aquel país, y una necesidad de trabajo digno en nuestros connacionales, y es denigrante el darles un trato de delincuentes cuando sólo buscan trabajo y mejor forma de vida, que el Estado mexicano no ha podido brindarles.

Por lo que, si el Estado mexicano no ha garantizado la protección de la salud de alguien, no puede válidamente procesarle ni condenarle penalmente después, ni permitir su estigmatización o etiquetación (discriminación) de ningún tipo (consideración al enfermo como delincuente) cuando sólo posee el satisfactor de su necesidad (enfermedad) para su propio consumo personal. No es válido el dar un trato diferente al farmacodependiente en relación con otros enfermos quienes poseen la medicina o narcóticos (lícitos o ilícitos, con receta o sin ella) para su padecimiento.

La autoridad actúa incorrectamente cuando encuentra a un farmacodependiente poseyendo los narcóticos necesarios sólo para su consumo personal, y así lo establece ella misma, pero lo considera delincuente, ya que al momento de tomar posesión de su encargo juró solemnemente guardar la Constitución, y ésta precisa en su artículo 130, noveno párrafo, que: “la simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo

establece la ley”; por lo que si se juró respetar la Constitución, que exige la protección de la salud, el trato digno y ambiente adecuado a todo ser humano según sus características peculiares, hay una injusticia oficial si el Estado no ha hecho lo adecuado y suficiente para hacer efectivos esos derechos, máxime cuando existe un compromiso internacional que no se cumple. No es digno el condenar a quien se debe proteger.

I ndebida convalidación de actuaciones por la autoridad ministerial federal, de las practicadas por el Ministerio Público del fuero común en investigaciones de delitos de carácter federal

Ibán García Galindo*

¿Puede un Ministerio Público del fuero común y su policía ministerial, investigar delitos exclusivamente de carácter federal e integrar la indagatoria, para que su homólogo del fuero federal a su vez, solamente convalide las actuaciones para ejercitar acción penal?

Veamos:

El delito es el acto típico y antijurídico previsto como tal en las leyes penales; su persecución incumbe, exclusivamente, al Ministerio Público, en el sentido de que el Juez está impedido para dar curso a una denuncia, querella o acusación de una persona, si no se ejercita la acción penal correspondiente, cuyo titular es la institución mencionada según lo dispone el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así, únicamente el Ministerio Público y la Policía Judicial (o investigadora) que de él dependa, pueden perseguir los delitos, o sea, desplegar la función investigadora de éstos y de sus autores tendiente a determinar la probable responsabilidad del indiciado o inculpado.

Y si bien la investigación es el camino o la realización de todas aquellas diligencias necesarias para descubrir algo o llegar a la verdad, también lo es que esa función investigadora, muy a pesar de ser un monopolio (por ley) de la institución del Ministerio Público, se

* Defensor Público Federal.

rige por reglas de competencia, como es la federal y la local o del orden común.

En efecto, mucho se ha dicho que el Ministerio Público es uno y puede actuar como tal, sin embargo las esferas de aplicación de sus funciones se encuentran bien determinadas por sus leyes normativas o reglamentarias, las cuales rigen su actuar y delimitan sus alcances como parte de las garantías de seguridad jurídica de los gobernados y del propio Estado.

En el ámbito de competencia, encontramos supuestos específicos para la investigación ministerial, éstos son:

a) Hechos relacionados con delitos del orden o fuero común (robo, homicidio, violación, etcétera).

b) Hechos relacionados con delitos de competencia estatal y federal, a su vez (como es el robo a mano armada o con arma de fuego).

c) Conductas o delitos del orden federal (portación de arma de fuego, posesión y/o comercio de narcóticos).

La persecución de un ilícito exclusivamente del orden común, compete a la autoridad ministerial del Estado que corresponda, así lo determinan las leyes o reglamentos de cada una de las entidades federativas. *Verbi gratia*, el robo u homicidio cometido a un particular, previstos por el Código Penal del Estado, en este caso el de Jalisco para hacer una referencia.

En algunos supuestos, como precisamos en el inciso b), los hechos por investigarse exigirán la competencia estatal como también federal, basta señalar el robo cometido a un particular (fuero común) pero al valerse al activo del delito de un arma de fuego se surte la competencia federal, y en estos casos indiscutiblemente, al ser detenido el sujeto será puesto a disposición de la autoridad ministerial, digamos del orden local, y ésta practicará todas aquellas diligencias para acreditar el delito de “robo” (cuerpo del delito) y acreditar la probable responsabilidad del indiciado, además de dar vista al similar de la Federación y remitirle copias certificadas de las actuaciones practicadas, caso en el cual el Ministerio Público de la

Federación fundada y acertadamente en términos de lo dispuesto por el artículo 145 del Código Federal de Procedimientos Penales “convalidará” las diligencias desahogadas por su homólogo estatal, pues este último actuó en plenitud al investigar un delito de su competencia y que necesariamente, se vincula a otro del fuero federal y cuya investigación de uno importa al otro inevitablemente.

Al respecto, el primer párrafo del artículo 145, del Código Federal de Procedimientos Penales, señala:

“Las diligencias de policía judicial y las practicadas por los tribunales del orden común que pasen al conocimiento de los federales, no se repetirán por éstos para que tengan validez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 440.”

Ahora bien, algunas hipótesis sólo darán pauta a la competencia federal, como el simple hecho de portar un arma de fuego, poseer o comerciar con algún narcótico o claro, un homicidio o lesiones cometidas en contra de un servidor público federal en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, supuestos todos ellos, en los que únicamente tendrá facultad de investigar el Ministerio Público de la Federación y la Policía Federal de Investigación bajo el mando de aquél. Y en estos casos, precisamente la autoridad ministerial del orden local, está exenta de investigar; y para el supuesto de que la persona sea detenida en flagrancia, pues cualquier persona puede detenerla (de acuerdo al artículo 16 de la Constitución General de la República) y ponerla a disposición de la autoridad inmediata, y ésta con la misma prontitud al Ministerio Público, el representante social estatal debe dar aviso a su similar de la Federación y remitir los datos así como a los detenidos de manera inmediata.

Para mejor apreciación, sobre decir que la facultad o competencia de investigar los delitos (hechos) de carácter federal, le corresponde a la Procuraduría General de la República y al personal que lo conforma, quien podrá valerse de auxiliares.

En este orden de ideas, el artículo 4, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece que corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I. Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende:

A) En la averiguación previa:

a) Recibir denuncias o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito;

b) Investigar los delitos del orden federal, así como los delitos del fuero común respecto de los cuales ejercite la facultad de atracción, conforme a las normas aplicables con la ayuda de los auxiliares a que se refiere el artículo 20 de esta Ley, y otras autoridades, tanto federales como del Distrito Federal y de los Estados integrantes de la Federación, en los términos de las disposiciones aplicables y de los convenios de colaboración e instrumentos que al efecto se celebren;

c) Practicar las diligencias necesarias para la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, así como para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados;

d) Ordenar la detención y, en su caso, retener a los probables responsables de la comisión de delitos, en los términos previstos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

...”

La propia Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República señala, en su artículo 20, que son auxiliares “*Directos*” del Ministerio Público de la Federación: a) La policía federal investigadora; y b) Los servicios periciales; y como auxiliares “*Suplementarios*”: a) La Policía Federal Preventiva; b) Los agentes del Ministerio Público del fuero común, de las policías en el Distrito Federal, en los Estados integrantes de la Federación y en los Municipios, así como los peritos, en las instituciones de procuración de justicia de las entidades federativas, en términos de las disposiciones legales aplicables y los acuerdos respectivos; entre otros.

También precisa que el Ministerio Público de la Federación ordenará la actividad de los auxiliares suplementarios en lo que corresponda exclusivamente a las actuaciones que practiquen en auxilio de la Institución.

Por su parte, el artículo 25 del mismo ordenamiento reglamentario, en síntesis, precisa que, sujetándose a las disposiciones constituciones y legales aplicables, cuando los agentes del Ministerio Público del fuero común auxilien al Ministerio Público de la Federación, recibirán denuncias y querellas por delitos federales, practicarán las diligencias de averiguación previa que sean urgentes, resolverán sobre la detención o libertad del inculcado, bajo caución o con las reservas de ley, y enviarán sin dilación alguna el expediente y el detenido, en su caso, al Ministerio Público de la Federación.

Además, los auxiliares del Ministerio Público de la Federación deberán, bajo su responsabilidad, dar aviso de inmediato a éste, en todos los casos sobre los asuntos en que intervengan con ese carácter, haciendo de su conocimiento los elementos que conozcan con motivo de su intervención, así lo dispone el diverso ordinal 26 de la Ley Orgánica referida.

Como se desprende, entonces, sólo a petición de la autoridad ministerial federal, el Ministerio Público del fuero común podrá practicar diligencias en auxilio de su similar de la Federación.

En sí, observamos algunas circunstancias de suma importancia, entre éstas destaca el hecho de corresponder exclusivamente al Ministerio Público de la Federación perseguir los delitos de carácter federal, pues los delitos estatales se perseguirán por dicha institución del Estado que corresponda; en sus atribuciones, el Ministerio Público de la Federación cuenta con auxiliares suplementarios, como sería el Ministerio Público del fuero local, quien adquiere ciertas obligaciones al conocer de manera provisional sobre delitos de índole federal en auxilio de la Federación; además, el fiscal del estado debe informar al federal, sobre el conocimiento de hechos de naturaleza federal, y en auxilio practicará sólo las diligencias urgentes para enviar sin dilación o de manera inmediata el expediente y detenidos.

Conforme a ello, los delitos deben perseguirse en vía de investigación, para lograr en su caso, el ejercicio de la acción penal, lo

cual se entiende como el poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción penal, para el conocimiento de una determinada relación de derecho penal y obtener su definición por sentencia.

Sin embargo, esa facultad de investigar para lograr ejercer acción penal, exige las reglas y limitaciones (entre ellas la de competencia) establecidas en los ordenamientos federales y locales, y aquí precisamente, es cuando advertimos en la práctica un problema usual en el ámbito jurídico, pues en particular, las autoridades ministeriales del Estado (de Jalisco, por hacer una referencia) inician averiguaciones previas con motivo de denuncias presentadas en ocasiones de manera anónima y desde un principio saben que se refieren o relacionan con delitos de carácter federal, todo ello sin avisar al Ministerio Público de la Federación, pues ordenan, *motu proprio*, a la policía ministerial a su cargo investigar los supuestos hechos denunciados, y cuyo resultado trae como consecuencia la detención de personas a quienes por ejemplo al revisarlas las encontraron en posesión de narcóticos o señalan los policías, haber presenciado entre ellas una conducta ilícita, bien puede ser presumiblemente comercio (venta) de narcóticos, por decir algo.

Ahora bien, el problema de ninguna manera estriba en la detención de los sujetos o implicados en los hechos investigados, pues como lo indicamos con anterioridad, en casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público (párrafo cuarto del artículo 16 Constitucional). En el entendido real de que por delito flagrante o *in fraganti* se entiende todo hecho delictivo cuya ejecución es sorprendida en el preciso momento de estarse realizando o en el supuesto de que autor sea perseguido inmediatamente después de cometerlo. Además es importante enfatizar que el aprehensor tiene la obligación de entregar al detenido sin demora a la autoridad inmediata, cualquiera que ésta sea.

El problema de ello es precisamente la indebida investigación de la autoridad incompetente (por ser delitos reservados a otra com-

petencia), que valiéndose de argucias como el señalar pertenecer a un área de la Procuraduría General de Justicia del Estado, específicamente la Coordinación para el combate a la corrupción de menores, realiza investigaciones de actividades relacionadas con narcóticos y más allá, resulta la trasgresión a las reglas del procedimiento penal federal, claro, con la ayuda de los órganos jurisdiccionales de Distrito, que dan plena validez a las actuaciones practicadas por la autoridad ministerial del orden común, pues indica fueron convalidadas por el fiscal federal.

Para ello, conviene reiterar las funciones encomendadas y las obligaciones del Ministerio Público del fuero común y las del orden federal, pues como se desprende de párrafos precedentes, a la Procuraduría General de la República le compete única y exclusivamente la investigación de delitos de competencia federal, y por otro lado, en estos supuestos señalados, tampoco hay relación de competencias entre ambos fueros, como serían delitos tanto de naturaleza estatal como federal; por el contrario, el propio fiscal del estado indica recibir denuncia de posibles conductas relacionadas con narcóticos (por ejemplo) y ello de entrada, le imposibilita proceder a la investigación de los hechos, pues como lo establece la propia ley, debe informar al Ministerio Público de la Federación sobre dicha denuncia en espera de instrucciones, y en caso de ponerle a su disposición de detenidos, remitirlos sin demora al representante social de la Federación.

En este sentido, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 126, establece lo siguiente: “Cuando una autoridad auxiliar del Ministerio Público practique con ese carácter diligencias de averiguación previa, remitirá a éste, dentro de los tres días de haberlas concluido, el acta o actas levantadas y todo lo que con ellas se relacione. Si hubiese detenidos, la remisión se hará sin demora y se observará lo previsto en los artículos 193 y 194.”

Así, nada justifica que el Ministerio Público del fuero común ordene o lleve a cabo investigaciones sobre delitos fuera de su competencia; sin embargo, para el caso de hacerlo y que como resultado

le fueran puestas a su disposición persona o personas relacionadas con hechos o delitos de ámbito federal, debe abstenerse de integrar la indagatoria (como actualmente acontece) en su totalidad, es decir además de recibir en testimonio a los aprehensores, tomar el atesto de los testigos de cargo (si los hubiere) quienes por cierto y de forma dudosa, testifican de manera tan clara como incrédula sobre los hechos imputados al probable responsable, y por supuesto, también se declara al propio indiciado con la asistencia de un defensor de oficio del orden local.

Entonces, el fiscal de la Federación una vez que recibe todas las diligencias practicadas por su similar del fuero común, se concreta en “convalidar” las actuaciones y proceder, en muchas ocasiones, solamente a ejercer la acción penal correspondiente.

De tal suerte que dicha convalidación es indebida pues el fiscal del orden local ni tenía facultad para investigar hechos fuera de su competencia, ni debía desahogar todas las diligencias tendientes a la comprobación del cuerpo del delito y probable responsabilidad del indiciado, pues debe concretarse a recibir la versión de los aprehensores como denuncia de hechos materia de la indagatoria, pero en cuanto a la recepción de los testimonios de aquellos testigos de cargo y la propia declaración o confesión del indiciado debe recibirla el Ministerio Público de la Federación, pues conforme al artículo 126 del Código Federal de Procedimientos Penales, el fiscal del fuero común, al existir detenidos, remitirá sin demora a los implicados al similar federal para que éste sea quien integre la averiguación y se evite que únicamente, se dedique a convalidar actuaciones realizadas por autoridad incompetente.

Por otra parte, hemos de recordar que a la autoridad ministerial del orden local, como auxiliar del representante social federal, al iniciar una averiguación previa practicará exclusivamente las diligencias consideradas de urgencia cuya connotación se traduce en evitar que se pierda la posibilidad de practicarlas la autoridad competente (federal), pero en el caso, el acto de integrar la indagatoria por completo (declaración de testigos de cargo y del indiciado, dic-

támenes, etc.) queda por completo fuera del supuesto de urgencia señalado.

Además, la validación de diligencias practicadas por autoridades del orden común, tiene por fin evitar la repetición de actuaciones en la fase de indagatoria que, dada la naturaleza de la prueba sea imposible repetirla o practicarla ante la autoridad federal (competente), y precisamente a eso lo denominamos como “de urgencia” (de ningún modo tienen tal carácter las declaraciones o confesiones de los implicados un hecho ilícito), así lo estableció el Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito, en su tesis con el siguiente rubro y datos de localización:

Registro No. 183448

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XVIII, Agosto de 2003

Página: 1802

Tesis: III.1o.P58 P

Tesis Aislada

Materia(s). Penal

“PROCEDIMIENTOS PENALES. EL ARTÍCULO 145 DEL CÓDIGO FEDERAL RELATIVO, QUE PREVÉ LA CONVALIDACIÓN DE ACTUACIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL O DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN COMÚN, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIONES IX Y X, CUARTO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Lo dispuesto en el artículo 145 del Código Federal de Procedimientos Penales, en modo alguno veda, restringe, se opone, limita o prohíbe el ejercicio del derecho de defensa a que se refieren las fracciones IX y X, cuarto párrafo, del apartado A, del artículo 20 constitucional, en relación con lo preceptuado en el inciso c), fracción III del artículo 128 del código adjetivo penal federal, pues el que tengan validez las actuaciones practicadas por una autoridad

incompetente (Policía Judicial o tribunales del orden común) como lo establece dicho numeral, no implica que ante esa autoridad no se pueda ejercer la garantía de defensa adecuada o, en su caso, se ejercite ante la que se estime competente, esto obviamente conforme a las condiciones, requisitos y con los límites que la propia legislación procesal penal establece. Máxime que la validación de diligencias de Policía Judicial y las practicadas por los tribunales del orden común, entendidas éstas como las actuaciones que se celebren ya sea durante la averiguación previa o en las etapas que corresponde conocer al órgano judicial, tiene como fin primordial el evitar la repetición de actuaciones en la fase de indagatoria en que, por un lado, la misma naturaleza de la prueba pudiera hacer imposible su repetición, *verbi gratia*, la inspección en el lugar en que acaeció un hecho ilícito; la peritación respecto de objetos o sustancias que se puedan agotar o consumir; la recepción de testimonios en aquellos casos de delitos violentos en los que el testificante con posterioridad esté imposibilitado para declarar, etcétera; y por el otro, la ociosidad que resultaría de su repetición, como sería el allegarse a la averiguación previa informes de diversas autoridades; emisión de dictámenes por peritos oficiales (en medicina legal, como en el caso de una autopsia), entre otros.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito.

Amparo directo 380/2001. 7 de diciembre de 2001. Unanimidad de votos, Ponente: Arturo Cedillo Orozco. Secretaria: Lorena Oliva Becerra.

Ahora bien, dicho criterio es compartido en cuanto precisa aquello que puede ser materia de convalidación, pero de ningún modo se comparte el criterio sostenido de que “NO SE TRANSGREDE EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIONES IX Y X, CUARTO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, pues el sólo hecho de analizar en qué consiste la defensa adecuada, es suficiente para oponerse a tal aseveración del Tribunal Federal.

En este orden, así como la autoridad ministerial tiene su competencia para investigar, también la adecuada defensa participa de

esta competencia, pues el artículo primero de la Ley Federal de Defensoría Pública, refiere que dicha Ley tiene por objeto regular la prestación del servicio de defensoría pública en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en los términos que la misma establece. Además señala que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.

La misma Ley Federal de Defensoría Pública, en su artículo 4, dice:

“Los servicios de defensoría pública se prestarán a través de:

I. Defensores Públicos, en los asuntos del orden penal federal, desde la averiguación previa hasta la ejecución de las penas; y

II...”

Por lo tanto, la adecuada defensa consiste en algo más que nombrarle al indiciado a un defensor, sino que éste realice todas las gestiones propias e inherentes a su cargo para garantizar la defensa adecuada, y en materia penal federal sólo los Defensores Públicos Federales, quienes concursan ante la Defensoría Pública Federal para aspirar a tales cargos, pueden preservar dicha garantía constitucional, pues por disposición legal, son los encargados de garantizar la defensa adecuada en materia penal federal.

En cuanto a los alcances de la defensa adecuada, sirve de apoyo la tesis señalada a continuación:

DEFENSA ADECUADA, ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20 APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, que aquélla se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público. Lo ante-

rior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal puede ser concebida como un mero requisito formal, y para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación requiere de la participación efectiva en el procedimiento por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social. Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión rendida ante el Ministerio Público o juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la “asistencia” no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor. T.J. 23/2006

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

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

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

Amparo directo en revisión 1908/2005. 30 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

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

En conclusión:

¿Puede un Ministerio Público del fuero común y su policía ministerial, investigar delitos exclusivamente de carácter federal e integrar la indagatoria, para que su homólogo del fuero federal a su vez, solamente convalide las actuaciones para ejercitar acción penal?

En sana interpretación de los preceptos legales transcritos y razonamientos indicados en párrafos precedentes, se considera ilegal e infundado el hecho de que el fiscal de la Federación “convalide” todas las actuaciones practicadas por su similar del fuero común, en cuanto se refiere a investigación de delitos de competencia federal; pues se viola la división de facultades previstas en las leyes, esto es, la competencia para conocer de determinados delitos según el “fuero” y también porque, lleva a cabo todas las indagaciones y diligencias, sin tener carácter de urgentes, para justificar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, con la finalidad de integrar la indagatoria para remitirla al fiscal federal, quien sólo se limitará a convalidar las mismas para ejercer acción penal ante los tribunales federales.

Breves reflexiones sobre los mecanismos jurídicos para lograr el cumplimiento de las sentencias de amparo

*Adrián Guiza Ezkauriatza**

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación persigue un doble propósito: por un lado constituye un esfuerzo para identificar nítidamente los mecanismos jurídicos disponibles para lograr el cabal cumplimiento de las sentencias de amparo y los supuestos de procedencia de los mismos, y por otro, se intenta hacer una sana crítica de los mismos y a la forma en que se encuentran actualmente estructurados en la Ley de Amparo.

De hecho, lo que motivó esta investigación fue la complicada y poco clara redacción de los dispositivos legales que contienen a los citados mecanismos de control, así como el alto número de profesionales del derecho que desconocen el trámite de aquellos.

El desconocimiento a que nos referimos debe servir de indicador de que existe un problema que merece atención, pues no debemos olvidar que las sentencias que conceden la protección de la justicia federal tienen como objetivo restituir la garantía constitucional violada, de manera que si no se conocen los instrumentos para lograr el eficaz cumplimiento de las sentencias de amparo, las garantías fundamentales consagradas en nuestra Constitución corren el riesgo de quedar como letra muerta y, por tanto, el ciudadano común y corriente, a merced del actuar caprichoso de la autoridad.

* Defensor Público Federal.

Creo que no me encuentro solo en la apreciación anterior, pues la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró necesario publicar en su momento el manual para lograr el eficaz cumplimiento de las sentencias de amparo, obra que desde luego consulté y que considero excelente, invaluable y pilar fundamental de lo que aquí se propone.

Por eso, el presente ensayo no pretende profundizar ni analizar a detalle los mencionados mecanismos jurídicos, es decir, no se intenta entrar al estudio pormenorizado de plazos, trámites, criterios u otras peculiaridades de dichos mecanismos, pues para ello se requeriría de una obra bastante extensa; más bien, se debe considerar como un breve y conciso estudio encaminado a poner de relieve solamente algunas de las principales interrogantes que se suscitan del estudio del Capítulo XII de la Ley de Amparo, pues en mi opinión muy particular, considero que algunos aspectos de los multicitados procedimientos se encuentran en franca contradicción con ciertos principios generales del proceso.

En ese sentido, espero que el presente trabajo de investigación logre su objetivo de transmitir la inquietud que ha surgido en este defensor, pues debo admitir que al iniciarme en la práctica de la profesión, me fue complicado desentrañar y comprender las peculiaridades de cada uno de los mencionados procedimientos, especialmente porque aún no se generalizaban los grandes adelantos técnicos que ahora muchos de los abogados contemporáneos dan por un hecho; me refiero desde luego a la computadora y a la súper carretera de la información mejor conocida como internet, herramientas que ya son indispensables en nuestra profesión.

CONCEPTOS GENERALES

Antes de entrar a analizar los distintos medios que la Ley de Amparo prevé para lograr el cumplimiento de las sentencias de amparo, se considera saludable recordar conceptos generales de amparo que se utilizarán en éste ensayo.

El presente trabajo no estaría completo sin rememorar el con-

cepto de juicio de amparo, el cual el ilustre maestro Ignacio Burgoa define como “aquel juicio que tiene como finalidad esencial la protección de las garantías del gobernado y el régimen competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estados”, acepción de la que derivan las dos características principales que dicho autor le otorga al juicio de garantías en su muy conocida obra: el control de la Constitución y la protección del gobernado frente al poder público son los dos objetivos lógicos y jurídicamente inseparables que integran la teleología esencial del juicio de amparo.

Todos los medios de control de las sentencias de amparo tienen su origen necesariamente en una sentencia que concede el amparo, por ello es de vital importancia recordar el tipo de sentencias que existen tanto en lo general como en la presente materia.

Las sentencias en general se pueden clasificar en *declarativas*, *constitutivas* y *de condena*; en la materia de amparo las resoluciones que pueden recaer a un juicio pueden ser *de sobreseimiento*, *que niega el amparo* y *que concede el amparo*; las primeras dos son declarativas y la tercera es declarativa, aunque frecuentemente tiene un efecto positivo.

Como concepto de autoridad responsable es aceptado decir que es la que dicta, promulga o ejecuta el acto que se reclama como violatorio de garantías, pero un término más exacto lo encontramos en la definición que nos da el tratadista mencionado, quien define a la autoridad como aquel órgano del estado de facto o de jure, con facultades de decisión o ejecución, cuyo ejercicio engendra la creación, modificación o extinción de situaciones generales o particulares, de hecho o jurídicas, o bien produce una alteración o afectación de ellas, de manera imperativa, unilateral y coercitiva.

De lo expuesto, se deduce que no solamente es necesaria la existencia de una autoridad para la procedencia del juicio de garantías, sino que aquella emita un acto que afecte la esfera jurídica de una persona, lo que se viene a conocer como acto de autoridad y que el mismo Burgoa define impecablemente de la siguiente manera: “cualquier hecho voluntario e intencional, negativo o positivo, imputa-

ble a un órgano del Estado, consistente en una decisión o en una ejecución o en ambas conjuntamente, que produzcan una afectación en situaciones jurídicas fácticas dadas, y que se impongan imperativa, unilateral o coercitivamente”.

El quejoso es la persona en quien recae el acto de autoridad, ya sea en su persona o en su esfera jurídica, y por ello es quien tiene la titularidad de la acción de amparo y por ende la titularidad de los medios jurídicos previstos para el cumplimiento de una sentencia de amparo favorable a sus intereses.

Por su íntima relación con el tema, también es bueno recordar el significado de recurso y establecer su diferencia con una acción, ya que esta última también puede ser utilizada como mecanismo de defensa en general. Se dice que el recurso es: “un medio jurídico de defensa que surge dentro de un procedimiento judicial o administrativo para impugnar un acto del mismo y que tiene como finalidad revocarlo, modificarlo o confirmarlo, mediante un nuevo análisis que genera la prolongación de la instancia en la cual se interpone, conservando o manteniendo de ésta, en su substanciación, los mismos elementos teleológicos motivadores del acto atacado”. Por su parte la acción, deriva de un derecho y de la violación de este derecho con el fin de sea restituido, de ahí que genéricamente se le pueda considerar como un mecanismo protector; sin embargo, una de sus características principales es que el derecho en ejercicio por lo general origina algún tipo de procedimiento y a diferencia del recurso, no se da dentro del procedimiento.

En cuanto a los incidentes, su definición puede ser tan variada como los casos de procedencia de los mismos, por ello nos limitaremos a transcribir un par de acepciones generales, empezando por la de Eduardo Pallares: “son las cuestiones que surgen durante o posterior al juicio y que tienen relación con la cosa litigiosa principal o con el procedimiento”.

El concepto que da el manual de nuestro máximo tribunal es el siguiente: “el procedimiento o conjunto de actos necesarios para sustanciar una cuestión incidental, esto es, aquella que, relaciona-

da con el objeto del proceso, se suscita sobre asuntos conexos con dicho objeto o sobre la concurrencia de presupuesto del proceso o de sus actos”.

PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA

Como presupuesto necesario para poner en marcha los mecanismos o procedimientos que la Ley de Amparo prevé para obtener el eficaz cumplimiento de las sentencias en esta materia, además de la preexistencia de una sentencia de amparo que concede la tutela a la garantía quebrantada, obviamente se deben presentar las circunstancias particulares de incumplimiento de la sentencia, las cuales se puede presentar de diferentes formas:

1.- Desacato total de la autoridad responsable obligada a cumplir cabalmente con la sentencia de amparo a fin de restituir la garantía individual que violó, pudiendo ser ese desacato total o parcial mediante la ejecución de actos no aptos para el cumplimiento cabal.

2.- Cumplimiento excesivo o defectuoso del fallo de amparo protector. En el primer caso la autoridad responsable se extralimita en el cumplimiento de la resolución judicial mediante la ejecución de actos que no fueron ordenados por la autoridad de amparo. En el segundo supuesto, la autoridad obligada al cumplimiento de la sentencia, incurre en defecto al dejar de hacer alguna o algunas de las conductas ordenadas por el tribunal de garantías. En pocas palabras, en la primera hipótesis se da mas de aquello a lo que fue condenada en la sentencia federal, y en el segundo, se abstiene de hacer todo lo ordenado en la resolución correspondiente.

3.- Repetición del acto reclamado. Como se verá mas adelante, este supuesto implica un acato simulado, es decir, la autoridad aparentemente pretende cumplir con la ejecutoria de amparo dictando o ejecutando otro acto, sin embargo, en esencia constituye un desacato pues el nuevo acto tiene exactamente las mismas características que el que originó el juicio constitucional y para su procedencia requiere la opinión de un juez en el sentido de que hubo repetición del acto. En ese caso procede enviar los autos a la Suprema Corte de

Justicia de la Nación para que ésta determine si procede imponer a la autoridad responsable alguna sanción o correctivo por su conducta reiterativa del acto ya calificado como violatorio de garantías. Si se determina que el acto no se repitió, el interesado puede interponer la inconformidad que se tramitará ante el máximo tribunal de justicia del país.

Hay que hacer la aclaración que este medio de defensa resulta muy importante, pues con motivo de los casos de improcedencia que prevé la ley de amparo, puede que dada la forma en que se ejecute la repetición del acto, una nueva demanda de amparo sea improcedente, de ahí que exista un instrumento a la mano del amparado para evitar que mediante actuaciones viciadas y fraudulentas la autoridad responsable insista en repetir el acto ya calificado de inconstitucional.

PROCEDIMIENTOS PARA LOGRAR LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO

INEJECUCIÓN DE SENTENCIA

El primer supuesto contemplado en el capítulo anterior, es decir, el de desacato de la autoridad responsable, puede a su vez presentar tres formas distintas para lograr el cumplimiento.

a) Que se haya determinado, oficiosamente o a petición de parte, que la autoridad responsable no ha obedecido la ejecutoria, entonces el quejoso puede promover *incidente de inejecución de sentencia*, que se seguirá ante el propio tribunal de amparo, sin embargo, queda expedito el derecho de la Corte de seguir un procedimiento de separación del cargo en contra del funcionario rebelde.

No obstante lo anterior, si se le da lectura al numeral que contempla este mecanismo, y que específicamente es el párrafo segundo del artículo 105 de la Ley de Amparo, vemos que no especifica el tipo de procedimiento a seguir ni recibe denominación alguna, pues sólo menciona que se dejarán las constancias necesarias ante el tribunal que conoció del juicio de garantías para lograr el debido cumplimiento de la sentencia correspondiente mientras la Suprema Corte de Justicia

de la Nación decide sobre el futuro del funcionario responsable.

Como se verá en la parte conclusiva de la presente investigación, este tipo de omisiones legislativas no deberían existir, menos en una materia tan importante como lo es el derecho procesal constitucional, ya que ello se presta a interpretaciones incorrectas.

b) La segunda hipótesis que se puede materializar es cuando el Tribunal de Amparo o Juez de Distrito ha declarado que se cumplió adecuadamente con el fallo protector, en ese caso el interesado podrá *inconformarse* ya sea con el auto que recae en el sentido mencionado dentro del expediente principal, o bien a la resolución incidental que igualmente tiene por acatado el fallo. En ambos casos se remitirán los autos para que conozca nuestro más alto tribunal de justicia.

Cabe hacer la observación que el medio de defensa previsto por el párrafo tercero del artículo 105 de la Ley de Amparo, también tiene el carácter de innominado, pues se limita a señalar que en caso de no existir conformidad con el auto respectivo, se enviarán a la Corte los autos para los efectos ahí precisados; sin embargo, en la realidad y atendiendo a un acuerdo general de la Suprema Corte de Justicia, este procedimiento se ventila ante el Tribunal Colegiado de Circuito correspondiente.

Pero igualmente surge la duda de si la inconformidad, por resolverse en la forma en que se resuelve, en esencia constituye un verdadero recurso, pues aunque culminará en la confirmación o revocación de la resolución impugnada, en muchas ocasiones lo resuelve la misma autoridad de amparo.

Hay autores que efectivamente consideran como recurso a la inconformidad, sin embargo, disentimos de la opinión de tales autores, pues no se encuentra previsto en el artículo 82 de la ley de la materia, mismo que prevé limitativamente los recursos en la materia y el de inconformidad evidentemente no se encuentra previsto en el citado numeral.

c) La tercera hipótesis se presenta cuando el quejoso externa su voluntad para que la sentencia se cumpla en forma sustituta, es de-

cir, mediante el *pago de daños y perjuicios* que se tramitará vía incidente ante el propio juez o tribunal de amparo.

Ahora bien, no hay que dejar de mencionar un nuevo supuesto introducido recientemente por la cual se autoriza al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acordar oficiosamente el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo mediante el pago de daños y perjuicios, pero única y exclusivamente cuando la ejecución de la sentencia cause graves daños a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios que pudiera recibir el titular del derecho.

LA QUEJA

El segundo mecanismo tendiente a lograr el acatamiento de la ejecutoria de constitucional se encuentra previsto por el artículo 82 en relación con el 95 fracción IV de la Ley de Amparo, y recibe el nombre de *recurso de queja*, por ello a primera vista y por tramitarse ante el superior del juez de distrito, se puede considerar que se trata de un verdadero recurso, pues como se sabe todo recurso tiene determinadas características que lo identifican respecto de otros medios de impugnación, encontrando entre los más importantes la circunstancia de que se tramita ante el superior y tiene por objeto, confirmar, modificar o revocar la resolución que se combate.

Pero el problema se presenta cuando fue un Tribunal Colegiado de Circuito quien dictó la sentencia protectora, entonces no hay conocimiento superior, por lo que surge la interrogante: ¿sigue teniendo el carácter de recurso la queja?

Veamos por qué surge la duda.

El manual de la Corte señala que la resolución dictada con motivo de la queja, forma parte integrante de la sentencia de amparo en virtud de que no es otra cosa que la interpretación legal y obligatoria del fallo protector, pues debe contener la declaración de los defectos cometidos por la responsable, lo cual nos parece correcto pues de no ser así, no tendría sentido de ser, pero el hecho de no reconocerle autonomía e independencia a la resolución del recurso

respecto la sentencia de amparo, contraviene las características de lo que constituye un recurso; el manual establece que tanto la ejecutoria de amparo como la resolución pronunciada en queja, forman una unidad indivisible y produce efectos de cosa juzgada, situación con la cual nos encontramos conforme considerando los efectos que se persiguen con este recurso en particular, pero no se puede ocultar la pugna entre esa apreciación y los principios procesales elementales relacionados con los recursos.

Con lo anterior da a entender que la queja no constituye un recurso propiamente, pues si bien puede confirmar o modificar el fallo, ello es con la finalidad de fijar el alcance del mismo, además de que en amparo directo se resuelve por la propia autoridad de amparo.

Por su parte, el autor Alberto del Castillo del Valle dice que la queja constituye un verdadero incidente de incumplimiento de la sentencia de amparo desde el momento en que se plantea ante la propia autoridad de amparo (Tribunal Colegiado de Circuito), y por ello debería trasladarse al capítulo relativo de la ejecución de las sentencias de amparo.

En nuestra opinión, ambos criterios tienen sustento, pero acorde a la finalidad perseguida en esta investigación, no tomaremos partido alguno, sino más bien reiterar que disyuntivas como la anterior, confirman la necesidad de adoptar en nuestro sistema de derecho procesal constitucional, un catálogo en el que enunciativamente se señalen los medios y procedimientos tendientes a obtener el cumplimiento de las sentencias de amparo, punto sobre el cual se abundará en las conclusiones.

La anterior postura pudiera parecer un tanto quisquillosa, pero no debemos olvidar que si nos encontramos en una época en la que se presta especial atención a la legalidad y se pretende llamar a todo por su nombre, ¿acaso nuestro sistema de control constitucional no amerita lo mismo?

REPETICION DEL ACTO RECLAMADO

Por poseer una característica que no tienen los otros instrumentos jurídicos y que consiste en que la responsable ha pretendido o ha simulado cumplir el fallo protector, se ha considerado analizar por separado el mismo.

Este procedimiento nace cuando el quejoso considera que la autoridad insiste en su postura al repetir el acto reclamado mediante el dictado o ejecución de otro acto que posee exactamente las mismas características que el que se reclamó en el juicio de garantías inicial.

En este caso, el quejoso podrá promover incidente *de repetición del acto reclamado* ante la propia autoridad que conoció del juicio de amparo de origen, sin embargo, se da lectura al artículo 108 de la Ley de Amparo, vemos que tampoco reciben denominación en dicho artículo, pues sólo refiere que el interesado podrá denunciar la repetición del acto reclamado.

El resultado de dicho incidente puede concluir con dos resultados, en el primero el tribunal de amparo resuelve que existe repetición del acto que se tildó de inconstitucional y como consecuencia remite los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para los efectos correspondientes.

En caso contrario, es decir cuando determina que no existe repetición, sólo se procederá a remitir los autos a la Corte si lo solicita el interesado; lo anterior se deduce de la redacción que tiene dicho artículo y del que se advierte que tampoco recibe nombre alguno, pues solo se limita a decir en el primer caso que el quejoso podrá “denunciar” la repetición del acto, y en el segundo supuesto, específicamente cuando concluye que no hubo tal repetición, la sola petición del interesado será suficiente para la remisión de los autos al máximo tribunal de justicia del país.

Como se advierte, nuevamente nos encontramos con mecanismos de cumplimiento innominados y débilmente reglamentados, lo cual, se insiste, no contribuye positivamente al orden constitucional.

CONCLUSIONES

Es indiscutible que los tiempos modernos exigen cambios, y más en esta época de constante evolución en la que no hay lugar para el rezago y lo obsoleto, pues quien es sorprendido por tales situaciones se ve amenazado de ser excluido del desarrollo, pues basta ver a nuestro alrededor para percatarnos de que los cambios sociales vertiginosos no son la excepción sino la regla.

El derecho constitucional no debe ser ajeno a esa tendencia moderna, pues por ser la rama del derecho que tutela las garantías de la sociedad, debe ser precursor de los cambios que impacten positivamente a la misma, ya que es sabido que el avance jurídico de una sociedad guarda íntima relación proporcional con su estatus político, económico, cultural y social.

En ese sentido, si un país cuenta con una organización jurídica que contenga normas claras, precisas y eficientes, su sistema jurídico fungirá como el motor que lo mantenga a la vanguardia en todos los demás aspectos de su vida interna y externa.

Por eso considero que nuestra legislación de amparo se encuentra necesitada de una reforma que le dé claridad y mayor agilidad a la ejecución de las sentencias de amparo, pues por tratarse de asuntos que tienen injerencia en los puntos mas elementales de la sociedad, es indiscutible que la celeridad en este tipo de procedimientos vendría a dar a nuestro sistema jurídico esa característica de motor que se ha mencionado, necesaria, entre otras cosas, para acortar la distancia que nos separa de los países desarrollados.

Una de las maneras con la que se podría lograr lo anterior sería utilizar la metodología que la propia Ley de Amparo emplea en otros de sus capítulos, y a manera de ejemplo se cita el capítulo XI, que prevé de manera enunciativa los recursos que proceden en los juicios de garantías.

Resulta claro que el método del catálogo, por el cual claramente se precisen los mecanismos de cumplimiento así como los supuestos que dan origen a los mismos y una redacción más clara en relación al trámite respectivo, evitarían las confusiones a que actualmente se prestan los textos correspondientes.

Por otra parte, en cuanto a la agilidad que debería tener este tipo de procedimientos, surge la interrogante respecto al motivo por el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación no delega a los Tribunales Colegiados de Circuito la facultad de resolver todos los asuntos sobre esta materia, pues son obvios e indiscutibles los beneficios que tal circunstancia representaría a las personas que se han visto favorecidas con una resolución de amparo que protege sus intereses.

Es innegable que la institución del amparo es una de las figuras jurídicas mas importantes de nuestro régimen legal, por ello deseo concluir el presente ensayo planteando el siguiente cuestionamiento: ¿no amerita nuestro sistema de control constitucional ponerse al día a fin hacer mas eficaz la observancia de las garantías individuales que constituyen los derechos reconocidos de mayor importancia del gobernado?

BIBLIOGRAFÍA

Burgoa, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. Editorial Porrúa. Vigésima cuarta edición.

Castillo del Valle, Alberto. *Ley de Amparo Comentada*. Editorial Duero. Segunda edición. 1992.

Manual para lograr el eficaz cumplimiento de las sentencias de amparo. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1999.

La admisión de pruebas en el procedimiento de averiguación previa con detenido, ¿derecho del inculpado o prerrogativa del ministerio público a recibirlas?

*Honorio Hernández Escamilla**

Desde su creación mediante decreto de fecha 28 de abril de mil novecientos noventa y ocho, el Instituto Federal de Defensoría Pública ha destacado como órgano cabal de defensa de los derechos de los gobernados, dentro del foro mexicano. A casi diez años de su génesis es indudable que ha ganado prestigio como dependencia del Poder Judicial de la Federación, gracias a las destacadas intervenciones que han tenido sus integrantes en ejercicio de sus funciones, basadas en principios reguladores del servicio público.

La atención de asuntos forma parte del trabajo institucional, donde se abordan problemas jurídicos de actualidad, desde el marco de obligaciones de la defensa pública y asesoría jurídica, en ello radica la trascendencia de promover su difusión, a través de la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, como foro de expresión jurídica, donde se brinda la oportunidad a sus integrantes de plasmar sus valiosas experiencias por tratarse de intervenciones y participaciones en el ámbito de aplicación de la ley penal federal y otros ordenamientos en casos prácticos y no de academia.

OBJETO DE LAS PRUEBAS

La facultad estatal para ejercitar la acción persecutoria nace con respecto a un hecho concreto, cuando éste adquiere relevancia en

* Defensor Público Federal.

el campo del derecho penal, ello concurre al aparecer una conducta típica que satisface los elementos propios de una conducta punible, incluyéndose el resultado consistente en la afectación a un interés jurídicamente protegido por un tipo penal.

En estas condiciones es obvio que el Estado tendrá pleno derecho a perseguir una conducta de naturaleza delictiva, cuando se haya producido un resultado típico, que el autor de la conducta estaba obligado a evitar por disposición de la ley.

En el actual marco legal, ya no se circunscribe solamente al Ministerio Público que era la parte que tenía el único derecho en el procedimiento de acusar aportando todas las pruebas para fundar su pretensión acusatoria, ahora ese derecho o carga de la prueba también incumbe al procesado y al propio juzgador.

Del sistema rígido que imperaba en tratándose de la carga de la prueba, es de todos conocido que el Ministerio Público, al ejercitar acción penal, atribuye determinados hechos ilícitos al inculcado, por lo que para tal efecto deberá aportar las pruebas suficientes a sostener y comprobar su acusación y por su parte, el procesado también aporta las pruebas procedentes y necesarias para desvirtuar la imputación que le hace el representante social.

En ese tenor, el objeto de las pruebas, no solamente se concreta a los hechos discutidos o probados en la averiguación previa, tales como la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, sino también los discutibles, como son las pretensiones del procesado tendientes a demostrar su inculpabilidad, siempre y cuando los medios en que se basa el objeto de las probanzas no vayan contra el derecho, la moral y las buenas costumbres. El objeto de las pruebas es buscar la verdad, demostrar la verdad y que el juzgador, una vez concluida la secuela procedimental, contando con el acervo probatorio aportado por las partes, esté en aptitud de hacer uso del arbitrio judicial que la Ley le otorga y pronunciar la sentencia que en derecho corresponda.

El procedimiento probatorio normalmente tiene por objeto comprobar la verdad o falsedad que encierran las diversas probanzas que

obran en el sumario, sea la primera alegada por el sujeto del delito y la segunda por el pasivo o el Ministerio Público, la certeza o la equivocación de una proposición, planteamiento o exposición de algún dato, hecho o acontecimiento, conducta activa o pasiva.

OFRECIMIENTO DE PRUEBAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA CON DETENIDO

En ejercicio de la defensa penal federal, en las agencias del Ministerio Público de la Federación, al instruirse un asunto con detenido dentro del término previsto en el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando se desprenden contradicciones sustanciales entre lo que se afirma por agentes policíacos dentro de un parte informativo, ratificado ante la presencia ministerial, y lo dicho por el indiciado que fue puesto a disposición del Ministerio Público por aquellos (lo cual es muy frecuente), en esos casos la defensa pública regularmente ofrece pruebas para acreditar la versión del inculpado, verbigracia, la testimonial a cargo de terceras personas (cuando el indiciado refiere que esta o aquella persona se dieron cuenta de los hechos relativos a su detención), o la testimonial de los agentes aprehensores y los careos procesales a celebrar entre éstos y el indiciado; sin embargo, en el supuesto de que esta intervención en el asunto ocurra cuando está feneciendo el plazo otorgado al Ministerio Público por el artículo 16 párrafo séptimo Constitucional para resolver la indagatoria, entonces normalmente esa autoridad acuerda al respecto: “Téngase por recibido el escrito del Defensor Público Federal ofreciendo pruebas en favor de su defensa, por lo que una vez visto su contenido, dígamele que en virtud de qué está feneciendo el término legal para resolver la presente indagatoria, tales medios de prueba deberá ofrecerlos ante el Juez de la causa, de conformidad con lo que establece el artículo 128, fracción III, inciso e), del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que su desahogo se traduciría en entorpecimiento de la averiguación previa”; lo cual se estima que produce un perjuicio al gobernado que se encuentra privado de su libertad, toda vez que no

se le da oportunidad de demostrar alguna excluyente de responsabilidad, en tal virtud, tendrá que enfrentar la etapa preinstructiva, del proceso, con todas las consecuencias legales que ello implica; ante tal situación ¡qué procede legalmente!; cuál es el alcance y efectos del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales al establecer:

“ARTÍCULO 128.- Cuando el inculcado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:

e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculcado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas;[...]”

En la hipótesis propuesta, ¿tal actuación ministerial puede calificarse de ilegal? A primera vista, así parece, pues se le debe conceder al indiciado el tiempo necesario para ello, salvando dos condiciones: la primera, que la admisión, preparación y desahogo de pruebas, no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación; y segunda que las personas que deban deponer como testigos se encuentren en el lugar donde aquella se lleva a cabo; empero, ¿cuál es el alcance legal de este requisito relativo a que los testigos propuestos se encuentren presentes en la agencia u oficina durante la integración del expediente o en la ciudad o localidad donde aquella (la averiguación) se lleva a cabo?; lo cierto es que es rara la ocasión en que se desahogan las pruebas ofrecidas por la defensa, ocasionalmente se han llegado a desahogar las testimoniales propuestas, pero los careos nunca o casi nunca, debido a que no se tiene la noción,

cultura jurídica o tiempo para ordenar su desahogo; en esa virtud, ¿qué significa entorpecimiento de la averiguación previa? Este aspecto se presenta como una circunstancia indefinida, que puede dar lugar a actuaciones arbitrarias dentro del expediente por parte del Ministerio Público, al no establecer la Ley, como se dijo, la fijación de plazos o términos (por día o por horas como se contempla en los artículos 71 y 72 del Código Federal de Procedimientos Penales), para integrar su expediente, sobre todo cuando con frecuencia esa autoridad cuenta con varios detenidos, por ejemplo, en las denominadas Unidades Mixtas de Atención al Narcomenudeo (que ya se encuentran en casi todo el país), lo que da lugar a que normalmente se desechen las pruebas ofrecidas, si no literalmente, sí en los términos aludidos *in fine*; lo alarmante del caso es que, la mayoría de las ocasiones, de una manera carente de la debida fundamentación y motivación.

En ese contexto, la inadmisión, y desahogo, de pruebas, dará lugar al juicio de amparo, debido a que se puede desprender la probable violación de un derecho subjetivo público tutelado por la Carta Magna, en aras de hacer valer el principio de defensa adecuada, por tratarse de una garantía individual de todo inculpado y no una facultad o prerrogativa del Ministerio Público, así previsto en las fracciones V y IX del Apartado A del artículo 20 Constitucional, lo que encuentra apoyo en el siguiente criterio que constituye una tesis aislada emitida por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, que sobre el particular se pronunció en el siguiente sentido:

No. Registro: 178,160

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXI, Junio de 2005

Tesis: XXVII.16 P

Página: 838

PRUEBAS OFRECIDAS POR EL INCULPADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. EL ACUERDO DEL MINISTERIO PÚBLICO QUE LAS DESECHA ES IMPUGNABLE A TRAVÉS DEL AMPARO INDIRECTO. El momento determinante en la fase de averiguación previa ocurre cuando el órgano ministerial resuelve sobre el ejercicio de la acción penal, ya que en esa etapa se decide, en forma concreta, si en el caso procede o no ejercitar en contra del indiciado la acción persecutoria ante la autoridad judicial; sin embargo, no debe pasarse por alto, que el ofrecimiento de pruebas durante la indagatoria, constituye para el inculpado un derecho subjetivo público, elevado a rango de garantía individual, de conformidad con el artículo 20, apartado A, fracciones V y X, in fine, de la Constitución General de la República, lo cual responde al principio de defensa adecuada que rige en el enjuiciamiento penal mexicano. En consecuencia, considerando que el derecho de ofrecer pruebas en la averiguación previa, implica una garantía individual establecida a favor de todo inculpado y no una facultad o prerrogativa del Ministerio Público, se concluye que el acuerdo que deseche probanzas, emitido en esa etapa procesal, es impugnabile a través del amparo indirecto, en virtud de que en esa hipótesis queda en juego la posible violación de un derecho subjetivo público tutelado por la Carta Magna en su parte dogmática, y en esas condiciones, la demanda de amparo debe admitirse a trámite, a fin de poder dilucidar, en la parte de sentencia, si en el caso existe o no la violación de esa garantía.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión (improcedencia) 425/2004. 6 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Armando Cortés Escalante. Secretaria: Josefina María de Lourdes Rodríguez Echazarreta.

Véanse:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, diciembre de 2004, página 1424, tesis I.5o.P.42 P, de rubro: "PRUEBAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SI LAS OFRECIDAS POR EL INDICIADO EN ESTA ETAPA NO SON ADMITIDAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO, PROCEDE EL JUICIO

DE AMPARO INDIRECTO POR SER UN ACTO DE EJECUCIÓN IRREPARABLE.” y Tomo XIX, mayo de 2004, página 1820, tesis II.2o.P.135 P, de rubro: “PRUEBAS OFRECIDAS POR EL INDICIADO EN LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PREVIA. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE RECIBIRLAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).”

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, julio de 2005, página 221, tesis por contradicción 1a./J. 41/2005, con el rubro: “PRUEBAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA RECIBIR LAS OFRECIDAS POR EL INDICIADO NO PRIVADO DE SU LIBERTAD ES UN ACTO DE EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO.”

Asimismo se estima que procede el amparo indirecto contra el acto referido, por actos fuera de juicio ejecutados de un modo irreparable, entendiendo por acto de imposible reparación aquellos que afectan derechos sustantivos que no pueden ser reparados aun obteniendo sentencia favorable; lo anterior significa que dicho acto en sí mismo puede constituir una afectación a derechos sustantivos y no procesales, lo que implica que, de no combatirse en el momento en que se producen, después sería jurídicamente imposible hacerlo, ya que hasta ese momento el quejoso ignora la trascendencia que pueda tener el acto reclamado en el fallo respectivo, esto es evidente pues si se encuentra privado de su libertad y no se le dio oportunidad de ofrecer pruebas, ese tiempo nadie se lo restituye, no obstante que ante el Juez de la causa tenga esa oportunidad y obtenga su libertad, y para reforzar lo dicho se cita a colación lo expuesto por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito a través de la siguiente tesis aislada que reza:

No. Registro: 179,793

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XX, Diciembre de 2004

Tesis: I.5o.P.42 P

Página: 1424

PRUEBAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SI LAS OFRECIDAS POR EL INDICIADO EN ESTA ETAPA NO SON ADMITIDAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO, PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO POR SER UN ACTO DE EJECUCIÓN IRREPARABLE. El artículo 20, apartado A, último párrafo, constitucional, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el tres de julio de mil novecientos noventa y seis, en vigor al día siguiente de su publicación, establece que: “Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna”; a su vez, la fracción V mencionada, prevé que al inculpado: “Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso”, de lo que se advierte que esa garantía otorgada a los procesados se hace extensiva al periodo de averiguación previa, en la cual el Ministerio Público resolverá en cuanto a las pruebas que el indiciado ofrezca, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario para ello y, en consecuencia, si la determinación que al respecto emita el representante social es en el sentido de no admitirlas, puede ser impugnada mediante el juicio biinstancial ante el Juez de Distrito, pues debe destacarse que es un acto de ejecución irreparable, porque la resolución definitiva con la que culminaría la averiguación previa en perjuicio del indiciado, sería el ejercicio de la acción penal, determinación contra la cual el juicio de amparo indirecto resultaría improcedente, en términos del artículo 73, fracción XVIII, en relación con el diverso 21 constitucional, en virtud de que el Ministerio Público tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal y, por tanto,

no se está en aptitud legal de impedirle que ejerza su facultad exclusiva; en cambio, una vez ejercida la acción penal por el representante social e instaurado el proceso seguido ante el Juez de la causa, si surgiera la negativa a admitir las pruebas que el procesado ofreciera, ésta puede ser reclamable como violación procesal al promover juicio de amparo directo, por así establecerlo el artículo 160, fracción V, de la Ley de Amparo, lo que no ocurre cuando esa negativa surge durante la fase indagatoria, al no estar contemplada como violación procesal en dichos precepto y fracción.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 865/2004. 8 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretaria: Penélope Aceves Samperio.

Amparo en revisión 1225/2004. 22 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretaria: Penélope Aceves Samperio.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIX, abril de 2004, página 1462, tesis II.2o.P.133 P, de rubro: “PRUEBAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. CONTRA LA NEGATIVA DEL REPRESENTANTE SOCIAL A ADMITIRLAS PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO POR AFECTAR EL INTERÉS JURÍDICO DEL INDICIADO Y TRANSGREDIR SU GARANTÍA DE DEFENSA.”

Notas:

Esta tesis contendió en la contradicción 136/2004-PS que fue declarada sin materia por la Primera Sala, toda vez que sobre el tema tratado existe la tesis 1a./J. 41/2005, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, julio de 2005, página 221, con el rubro: “PRUEBAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA RECIBIR LAS OFRECIDAS POR EL INDICIADO NO PRIVADO DE SU LIBERTAD ES UN ACTO DE EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO.”

Esta tesis contendió en la contradicción 82/2005-PS que fue declarada improcedente por la Primera Sala, toda vez que sobre el tema tratado existe la tesis 1a./J. 41/2005, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, Julio de 2005, página 221, con el rubro: “PRUEBAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA RECIBIR LAS OFRECIDAS POR EL INDICIADO NO PRIVADO DE SU LIBERTAD ES UN ACTO DE “EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO.”

Esta tesis contendió en la contradicción 25/2005-PS que fue declarada sin materia por la Primera Sala, toda vez que sobre el tema tratado existe la tesis 1a./J. 41/2005, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, julio de 2005, página 221, con el rubro: “PRUEBAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA RECIBIR LAS OFRECIDAS POR EL INDICIADO NO PRIVADO DE SU LIBERTAD ES UN ACTO DE EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO.”

Lo cierto es que la Representación Social tiene un término de cuarenta y ocho horas para resolver su expediente y no existe una disposición expresa donde se le ordene, por ejemplo, que dentro de las primeras veinticuatro horas deberá obtener la declaración ministerial del detenido, luego entonces, al no existir precepto legal que así lo disponga, no se puede ajustar a término alguno, lo que tiene por consecuencia legal que pueda desahogar dicha diligencia de declaración ministerial a las cuarenta horas de iniciada la indagatoria, cuando sólo cuenta ya con ocho horas para determinarla; en ese supuesto, al ofrecer medios de prueba, es evidente que no podrá resolver sobre su preparación y desahogo, sino sólo sobre su admisión o desechamiento, en esa virtud, como se dijo, sólo procede el amparo, donde se decretará la suspensión provisional; pero cuando se pretenda notificar al Ministerio Público, éste ya habrá

ejercitado acción penal, luego entonces, se infiere que la demanda de garantías correrá la suerte indicada pues el asunto se turnó al conocimiento del Juez quien, en caso de calificar de legal la detención conforme lo previene el párrafo quinto del artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, tendrá el efecto legal de que el indiciado quede a su disposición sujeto a la etapa preinstructiva, por lo tanto, el Ministerio Público, al rendir su informe, así lo indicará al Juez de amparo; sin embargo se debe decir que, conforme a la fracción V y último párrafo del Apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho a ofrecer medios de convicción es una garantía, desde antes de ser sometido a proceso formal, situación en la que expresamente se incluye la etapa de averiguación previa, lo que se ve confirmado con la tesis aislada pronunciada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito que expresa:

No. Registro: 181,484

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIX, Mayo de 2004

Tesis: II.2o.P.135 P

Página: 1820

PRUEBAS OFRECIDAS POR EL INDICIADO EN LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PREVIA. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE RECIBIRLAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Del contenido de la fracción V y último párrafo del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el diverso 145 del Código de Procedimientos Penales de la entidad, se advierte el ánimo del Constituyente de que el inculpado pueda ofrecer pruebas en la etapa de averiguación previa, es decir, traspola las garantías de defensa procesales de los inculpados du-

rante la instrucción a la etapa de averiguación previa, estableciendo su observancia obligatoria, ello en virtud de la equiparación y similitud de la situación procesal del inculcado, haciendo extensivo el derecho de defensa aun a la fase indagatoria, entendida ésta como parte del procedimiento en sentido amplio, obviamente con las condiciones y límites establecidos en la ley. Luego entonces, el derecho a ofrecer medios de convicción es una garantía que, en los términos y condiciones respectivas, la propia Constitución otorga al inculcado desde antes de ser sometido a proceso formal, situación en la que expresamente se incluye la etapa de averiguación previa, de manera que, de ser el caso, el Juez resolverá en su momento sobre la situación jurídica del indiciado, para lo cual deberá tomar en consideración también las probanzas aportadas por él en la etapa de averiguación previa. Por tanto, la indebida negativa del Ministerio Público sobre la admisión oportuna de los medios de prueba aportados por el indiciado en la etapa de averiguación previa sí afecta su interés jurídico, lo que hace procedente el juicio de amparo, pues es indudable la transgresión a su garantía de defensa que contempla el mencionado artículo 20 de nuestra Carta Magna, dentro de los parámetros y con las condiciones que ella establece y sin prejuzgar respecto del fondo del asunto. Lo anterior no se contrapone a lo expuesto en la tesis de jurisprudencia publicada con el número 564 en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo II, Materia Penal, página 448, de rubro: “IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. CUANDO SE RECLAMAN DEL MINISTERIO PÚBLICO ACTOS RELATIVOS A LA INTEGRACIÓN DE UNA AVERIGUACIÓN PREVIA”, pues dicho criterio implica la improcedencia del amparo intentado en contra del propio ejercicio de la integración de las averiguaciones que compete a la representación social y que es de orden público, pues el hecho de que la fiscalía cumpla con su función legal de indagación y persecución, en sí misma considerada, trasciende directamente en perjuicio o detrimento de la esfera jurídica del inculcado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión (improcedencia) 396/2002. 20 de febrero de

2003. *Unanimidad de votos*. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Raquel Mora Rodríguez.

Véase: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVI, octubre de 2002, página 1326, tesis XV.2o.13 P, de rubro: "AMPARO INDIRECTO. PROCEDE CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE DESECHA PRUEBAS OFRECIDAS POR EL INDICIADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA" y Tomo II, diciembre de 1995, tesis III.2o.P9 P, página 560, de rubro: "PRUEBAS. OFRECIMIENTO DE. AFECTACIÓN AL INTERÉS JURÍDICO DEL INCULPADO CUANDO NO SON RECIBIDAS EN LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PREVIA."

En este contexto, cabe preguntar: ¿cuales serán los efectos del amparo? El Juez decretará de oficio la suspensión provisional del acto reclamado, lo que tendrá el efecto legal de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden, como medida legal para que no quede sin materia el acto reclamado; sin embargo, cuando el actuario acuda ante la autoridad ministerial, éste ya habrá consignado la averiguación previa; por su parte, al rendir sus informes el Ministerio Público (en veinticuatro horas y tres días respectivamente), probablemente expondrá, que es cierto el acto reclamado, que instruyó una indagatoria contra el indiciado de mérito, y que, efectivamente, no admitió las pruebas ofrecidas, y sostendrá su legalidad basándose en que se le estaba agotando el termino legal, y que el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, le faculta negar la admisión de pruebas, cuando implica entorpecimiento de la averiguación; por su parte, el Juez de amparo posiblemente negará la suspensión definitiva, por lo que parece inevitable que en el amparo de referencia se decretará su sobreseimiento, por actualizarse la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo, por cambio de situación jurídica, toda vez que el Juez de amparo no podrá resolver sin afectar otra situación jurídica, ante actos consumados de manera irreparable, aunado a que el Ministerio Público dejó de ser autoridad y se convierte en figura procesal, lo que significa que no se le podrá ordenar que admita las pruebas ofrecidas por la defensa,

en esa virtud, no se podrá dar cumplimiento al fallo protector.

A lo anterior se vincula el hecho de no existir un recurso dentro de la averiguación previa y no proceder ninguna otra forma de inconformidad, salvo el estudio de las nulidades por cuestiones de forma que encuentra su fundamento en el artículo 27 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando se estime que una diligencia no se llevó a cabo cumpliendo las formalidades legales, lo que es reclamable en la siguiente diligencia que resulta ser la declaración preparatoria del inculpado.

Sin embargo, no por esa circunstancia deja de ser importante el ofrecimiento de pruebas en etapa de indagación, debido a que ello obliga al Juez de la causa a resolver sobre su admisión, preparación y desahogo en los términos de la siguiente tesis aislada que sobre el particular reza:

No. Registro: 175,135

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Mayo de 2006

Tesis: XV.1o.32 P

Página: 1713

CAREOS CONSTITUCIONALES. ES SUFICIENTE LA SOLICITUD DE SU CELEBRACIÓN EN LA ETAPA DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA, PARA QUE EN CASO DE QUE EL MINISTERIO PÚBLICO SEA OMISO EN PROVEER A ESE RESPECTO, EL JUEZ DE LA CAUSA ATIENDA A DICHO PEDIMENTO. El artículo 20, apartado A, fracción IV, de la Constitución Federal establece: “Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del Juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo”; por su parte, el artículo 265 del Código Federal de Procedimientos Penales indica: “Con excepción de los mencionados en la fracción IV del artículo 20 de la Constitución, que

sólo se celebrarán si el procesado o su defensor lo solicita, los careos se practicarán cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción”. De las anteriores transcripciones se colige que se colman los extremos de ambos artículos con la solicitud que ante el fiscal investigador haga el inculcado a efecto de que se celebren careos entre él y quienes hubieren depuesto en su contra, pues dichas disposiciones legales no lo limitan a que esa petición tenga que realizarse necesariamente ante la autoridad judicial, habida cuenta que únicamente establecen que se desahogará ante ella, por lo que cuando aquella autoridad es omisa en proveer a ese respecto, con lo que se coloca en mayor desventaja al reo, el Juez del proceso está en posibilidad de atender ese pedimento de celebración de careos, cuanto más si se toma en cuenta que el procedimiento comprende desde el momento en que se inicia la averiguación previa, por lo que no existe impedimento legal para que las pruebas que la defensa ofrezca en esa primera etapa, que es justamente la indagatoria, no puedan desahogarse ante el Juez del conocimiento y, por ende, este último tiene expedita su jurisdicción para dar trámite a lo que fue materia de la investigación y que no se desahogó en todos sus términos, ello a fin de obtener la verdad de los hechos materia de la causa; de no apreciarlo así, vulnera las reglas del procedimiento contenidas en el artículo 388, fracciones IV y VI, del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con el numeral 160, fracciones III y IV, de la Ley de Amparo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 515/2005. 26 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Rodríguez Álvarez. Secretaria: Claudia Holguín Angulo.

En resumen la omisión del Ministerio Público de admitir y desahogar pruebas en la integración de la averiguación previa con detenido, da lugar a que el Juez deba atender dicho pedimento, ante la omisión de su Señoría, se considerarán violadas diversas disposiciones legales concernientes a las reglas del procedimiento conteni-

das en el artículo 388 fracciones IV y VI del Código Federal de Procedimientos Penales, lo que puede trascender al resultado del fallo que actualizaría las hipótesis previstas en el artículo 160 fracciones III y IV de la Ley de Amparo.

CONCLUSIONES

Hecha esta exposición, digamos abiertamente que existe una antinomia entre un derecho subjetivo público, como lo es la prerrogativa de los gobernados a demostrar su inocencia desde la etapa de averiguación previa, y la facultad de investigar delitos y ejercitar acción penal, por parte del titular del monopolio de esa atribución constitucional.

Sin embargo, se puede decir al respecto que, mientras el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales contemple un tratamiento igual al indiciado con detenido y sin detenido, se seguirá privando al gobernado de la oportunidad de ofrecer pruebas en etapa de indagación para acreditar alguna excluyente de responsabilidad cuando se encuentra detenido, con ello se contraviene el espíritu de la Ley puesto que el artículo 17 del Código Penal Federal establece que las indicadas causas de exclusión del delito se investigarán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento, y no hay duda de que la averiguación previa forma parte del procedimiento por así disponerlo la fracción I del artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales.

A medida que los profesionistas implicados en la acreditación de un delito, la defensa de un inculpado o en el acto procesal de juzgarlo, dominemos y conozcamos en toda su extensión el derecho procesal penal mexicano, los medios de prueba y su valoración, esto redundará en beneficio de una mejor impartición de justicia que beneficiará y propiciará la garantía de legalidad y seguridad jurídica en nuestro marco legal.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- *Código Penal Federal con comentarios*. Marco Antonio Díaz de León. Ed. Porrúa. México.
- 2.- *Código Federal de Procedimientos Penales Comentado*. Marco Antonio Díaz de León. Ed. Porrúa. México.
- 3.- *El juicio de Amparo en materia penal*. Jorge Antonio Mirón Reyes. Ed Porrúa México.

LEGISLACIÓN

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

El compromiso social en la defensoría

Al pobre... ¿Quién lo defiende y protege?,
¿Quién se encarga de reparar el agravio,
de consolarlo siquiera en medio de su
espantoso infortunio?

Ponciano Arriaga
Diputado Local en San Luis Potosí 1847

Acceso de todos a la justicia, en igualdad
de condiciones, sin importar la posición
económica o social.

Iniciativa de Ley Federal de Defensoría
Pública.

*Francisco Martín Hernández Zaragoza**

INTRODUCCIÓN

Tomando en consideración los grandes esfuerzos de nuestra Dirección General de impulsar todas aquellas actividades y medidas que redunden en elevar la calidad de los servicios que se brindan a favor de los justiciables, como son la celebración de los distintos convenios de colaboración con las diversas instituciones vinculadas con la procuración e impartición de justicia, la organización y participación en los cursos de capacitación y actualización para Defensores Públicos, Asesores Jurídicos y Personal Profesional de este Instituto, éstos últimos que en un futuro formarán parte de quienes ejercen la función sustantiva, así como las diversas tareas de compilación y difusión de los diversos criterios jurisprudenciales, mediante la reproducción de la gaceta de la Defensoría Pública, y en el caso que nos ocupa la publicación de las diversas inquietudes, problemáticas,

* Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública.

reflexiones y experiencias adquiridas en el desempeño de nuestras actividades, la implementación de una efectiva supervisión sustantiva y supervisión administrativa, resulta imprescindible aprovechar la oportunidad para recordar y ratificar el compromiso social que se adquiere al ser miembros de esta loable institución, y que es la materia del presente trabajo.

1.- OBJETIVOS Y PROPÓSITOS INSTITUCIONALES CONTEMPLADOS EN LA LEGISLACIÓN APLICABLE

El Instituto Federal de Defensoría Pública, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, dependiente del Poder Judicial de la Federación, tiene como objeto hacer realidad el artículo 17 de la Constitución Federal, en cuanto a garantizar el derecho a la defensa adecuada en Materia Penal, así como el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica, en materias civil, fiscal, administrativa, derivada de causas penales y financieras, en asuntos de competencia del orden federal.¹

Como bien se advierte, tales objetivos derivan de la necesidad de que toda persona tenga acceso a la justicia mediante la defensa y asistencia jurídica gratuita y de calidad, principalmente aquellos grupos sociales más desprotegidos y vulnerables, como son los jubilados, pensionados, desempleados, indígenas, en general, a todos aquellos que por alguna razón social o económica no están en posibilidad de contratar los servicios de un abogado particular.

Servicios profesionales que se brindan de manera gratuita y bajo los principios de probidad, honradez, profesionalismo y obligatoriedad², a través de los Defensores Públicos y Asesores Jurídicos Federales.

Es de destacar, que tales objetivos son resultado de las inquietudes que desde hace más de cien años denunció el legislador potosino, don Ponciano Arriaga, quien advirtió la enorme desigualdad social, la opresión de los pobres, el infortunio de quienes vivían esa desgra-

¹ *Ley Federal de Defensoría Pública*, artículo 1, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998.

² *Op. cit.*, artículo 2.

cia y no tenían quien los escuchara, por lo que se creó la Procuraduría de los Pobres, mediante la promulgación de la Ley de Procuradurías de los Pobres, el día 10 de marzo de 1847 en el Estado de San Luís Potosí, en donde se establecía el derecho de defensa para personas desvalidas.³

Institución que evolucionó convirtiéndose en la defensoría de oficio federal, que únicamente brindaba servicios de defensa en procesos penales federales, específicamente, en los juicios que se ventilaban ante los Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios, lo que significaba que las personas que enfrentaban una averiguación previa federal y no contaban con recursos económicos, quedaban a merced de la actuación del ministerio público investigador. Épocas tristes y oscuras, que propiciaron abusos e injusticias que el legislador no pudo soslayar, y se creó el Instituto Federal de Defensoría Pública.

En suma, como bien lo define el licenciado Mario Alberto Torres López, Titular de la Unidad de Defensoría Pública y Evaluación en Materia Penal, en su artículo publicado en la obra titulada *Cartas a un Joven Defensor de Oficio*: “El Defensor de oficio es, sin duda, el fruto de una larga lucha por la igualdad y la democracia, en un mundo colmado de serias desigualdades. Su misión está frente a quienes menos tienen y menos importan; por lo mismo quienes más necesitan”.⁴

Lo anterior, conlleva a reflexionar en torno al compromiso social que debe estar presente en todos los que somos miembros de este Instituto, incluidos Delegados, Evaluadores, Supervisores, Defensores, Asesores, Subdirectores de Área, Jefes de Departamento, Oficiales Administrativos, Analistas Especializados y Oficiales de Servicios, cada quien respecto de las tareas encomendadas o inherentes a su cargo, resulta conveniente destacar la bella definición o descripción del perfil del Defensor Público Federal que realiza el

³ Mgdo. César Esquinca Muñoa. *La Defensoría Pública Federal*, Editorial Porrúa, primera edición, 2003, p. 14.

⁴ Lic. Mario Alberto Torres López, *Cartas a un joven Defensor de Oficio*, publicaciones del Poder Judicial de la Federación, p. 51.

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Genaro David Góngora Pimentel: “los hombres y mujeres que han optado por dedicarse a la Defensoría Pública, suelen tener cierta calidad humana, así como los conocimientos en materia jurídica y procedimental, para consagrarse a salvaguardar los valores fundamentales de todo hombre, y en definitiva contar con altos principios éticos y una vocación de entrega y trabajo a prueba de todo”.⁵

Así pues, con tan bella acepción debemos buscar que los destinatarios del servicio tengan una percepción semejante, y les sea palpable o evidente nuestro compromiso social.

2.- DEFINICIÓN DE COMPROMISO SOCIAL

Para un mayor abundamiento y precisión, es importante destacar el significado de la palabra “compromiso”. El Diccionario de la Real Academia Española refiere, compromiso: (Del lat. *compromissum*).

1. m. Obligación contraída.
2. m. Palabra dada.
3. m. Dificultad, embarazo, empeño. *Estoy en un compromiso.*
4. m. Delegación que para proveer ciertos cargos eclesiásticos o civiles hacen los electores en uno o más de ellos a fin de que designen el que haya de ser nombrado.
5. m. Promesa de matrimonio.
6. m. *Der.* Convenio entre litigantes, por el cual someten su litigio a árbitros o amigables componedores.
7. m. *Der.* Escritura o instrumento en que las partes otorgan este convenio.⁶

En el lenguaje común entendemos que un compromiso es una obligación que adquirimos, una responsabilidad, un deber, es como una misión que se tiene que realizar, la constante lucha por lograr algo, la palabra dada o empeñada.

El compromiso cobra sentido cuando esa responsabilidad, de-

⁵ Lic. José Ruiz Zapata. *Memorias de un Defensor de Oficio*, publicaciones del Poder Judicial de la Federación, 2001, pp. 13 y 14.

⁶ http://buscon.rae.es/drae1/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=compromiso

ber, misión o lucha es por y para alguien, tiene un destinatario, un beneficiario, por eso es pertinente tratar el término “social”.

En ese orden de ideas, es indispensable precisar la palabra “social”; todos entendemos que significa “perteneciente a la sociedad”, es una referencia directa a las personas que conforman la población que habita en un lugar determinado.

La población siempre se ha clasificado en Alta, Media, Baja y Paupérrima, con referencia a su posición económica, como ricos, pobres y quienes viven en la miseria.

El Código de Ética hace alusión a la enorme desigualdad social y qué mejor ejemplo que el hecho de que nuestro país tenga varios mexicanos en la lista de los hombres más ricos del mundo; de hecho, en escasos años hemos logrado posicionar a varias personas entre los primeros lugares, y al paso que vamos, el primer lugar será nuestro en muy breve término.

Mayor desigualdad, cuando en el país existen unos cuantos que perciben ingresos diarios por más de \$13,000.00, mientras millones de mexicanos viven con un salario mínimo de \$50.57, \$49.00 o \$47.60 al día; y otros millones de mexicanos subsisten con ingresos inferiores a un salario mínimo. Lo que algunos ganan en un día, muchos lo perciben en todo un año. Mientras se habla de poner un tope máximo a los salarios de burócratas, fijados en centenares de miles o decenas de miles, al salario mínimo se le regatean centavos y pesos. Esta enorme desigualdad social es el campo fértil del abuso de la autoridad, de la corrupción, de la injusticia, de la opresión, elementos que han justificado la existencia de la Defensoría Pública.

Por tanto, el compromiso social adquirido y del que se hace referencia, es la responsabilidad, deber o misión que se debe realizar a favor de la sociedad en general, pero de manera especial, con la más desprotegida.

De manera lastimosa se advierte que la lucha de don Ponciano Arriaga, frente a la notoria desigualdad social, sigue vigente.

Así pues, la labor que se encomienda a los Defensores Públicos y Asesores Jurídicos Federales, de representar y ejercer ante las au-

toridades competentes los intereses y derechos jurídicos de sus defendidos o asistidos, haciendo valer acciones, excepciones o defensas, así como interponiendo los recursos o incidentes, o bien, realizando cualquier otro trámite o gestión que proceda conforme a Derecho que resulte en una eficaz defensa; en el caso de los segundos, prestar personalmente el servicio de orientación, asesoría y representación jurídica a las personas que lo soliciten⁷, con el verdadero compromiso social adquirido.

3.- EL COMPROMISO SOCIAL EN EL CÓDIGO DE ÉTICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

En diciembre de 2004, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como órgano superior del Poder Judicial de la Federación, con participación de los Plenos del Consejo de la Judicatura Federal y la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, creó el Código de Ética⁸ como norma de conducta al interior del personal de ese poder, por consecuencia aplicable en el personal del Instituto Federal de Defensoría Pública.

En ese valioso documento, se define el compromiso social como una virtud judicial del juzgador, que se perfecciona cuando: “Tiene presentes las condiciones de iniquidad que han afectado a una gran parte de la sociedad a lo largo de nuestra historia, y advierte que la confianza y el respeto sociales que merezca serán el resultado de un trabajo dedicado, responsable y honesto”.

Este aspecto fue explicado en el libro *El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación al alcance de todos*⁹, primero significa que todos los funcionarios de este poder, debemos obligarnos seriamente con la sociedad de la que formamos parte. Señala que hacer bien nuestro trabajo, va a beneficiar a los seres humanos que viven en la sociedad y vamos a lograr que ésta sea cada día mejor. En la prácti-

⁷ Ley de Defensoría Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998, art. 6.

⁸ Código de Ética del Poder Judicial de la Federación. Agosto de 2004.

⁹ El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación al alcance de todos. Mariano Azuela Güitrón, Adriana Garduño Rebolledo y Guadalupe M. Ortiz Blanco. Octubre de 2006.

ca, es la conciencia social, estar convencidos de todo lo que hemos recibido y seguiremos recibiendo de la sociedad, y el hecho indudable de que, finalmente, lo que nos pagan procede del pueblo de México.

El contenido de este aspecto, significa un reconocimiento a una obligación moral que siempre ha existido dentro del Poder Judicial de la Federación, pero de mayor impacto y trascendencia dentro de la defensoría; en efecto, es el defensor, antes de oficio, ahora público federal, quien atiende, escucha y defiende a la persona que acude al órgano jurisdiccional en búsqueda de justicia, el juzgador no la puede dar por sí mismo, su carácter de director del proceso, su imparcialidad, le impiden hasta opinar del asunto, menos puede asesorar.

Es muy importante tener siempre presente el hecho de que a final de cuentas, todo lo que tenemos y somos, lo hemos recibido de la sociedad. Podríamos considerar que es nuestro patrón y con sus impuestos, nos paga por adelantado la atención de los servicios que se vayan necesitando. Si recordamos el dicho popular “el que paga, manda”, estamos obligados a atender de la mejor manera a cualquier solicitante de servicio, mejor incluso que como lo pudiera atender algún particular, quien puede carecer de una oficina, mobiliario indispensable, papelería, teléfono, fax, o tener inseguridad en el cobro, necesidad económica por ingresos irregulares, problemas de salud personales o de su familia por falta de seguridad social, poca experiencia por la escasez de asuntos, capacitación no permanente, poco reconocimiento.

Por regla general, el personal de la Defensoría Pública Federal, cuenta con una oficina, mobiliario indispensable, papelería, teléfono, fax, pago de quincena segura por adelantado y hasta bonos, ingreso económico regular, atención médica por el ISSSTE, seguro de gastos médicos mayores con MetLife y, en muchos casos, hasta doctor en el edificio, oportunidad de adquirir experiencia en los múltiples casos que toca conocer, programas de capacitación continuos y gratuitos, así como el reconocimiento generalizado de buena calidad.

4.- EL COMPROMISO ANTE LOS USUARIOS DEL SERVICIO EN MATERIA PENAL

En esta materia, se brindan servicios desde la averiguación previa hasta la ejecución de sentencias. En la primera etapa, mediante la asistencia a testigos y defensa de indiciados; en la segunda, ante los órganos jurisdiccionales, se brinda el servicio de defensa a todos los procesados que no tengan defensor particular; y en la tercera, corresponde la ejecución de sentencias, se brindan servicios de defensa y representación para el correcto cumplimiento de las condenas, procurando obtener a favor de los reos los beneficios que las leyes contengan, incluso se gestionan solicitudes de traslados. En esta materia, el único requisito para brindar el servicio es que exista el requerimiento por parte del fiscal investigador, del propio detenido o alguien en su nombre, o del propio juzgador, para ello existen defensores públicos federales adscritos en averiguación previa, en juzgados de Distrito y ante tribunales unitarios de Circuito, quienes procuran una defensa gratuita, profesional, adecuada y completa, lo que ha generado buena fama, patrocinando actualmente no sólo a quienes carecen de recursos para pagar abogado particular.

El compromiso social inicia desde el respeto al horario establecido, la atención a los usuarios con amabilidad, el estudio del caso con profesionalismo, ser acucioso en el estudio jurídico, buscar lo que más favorezca a los intereses del defendido, hacer una estrategia de defensa completa, que abarque todos los delitos atribuidos, donde se procure combatir los elementos del cuerpo del delito, la probable responsabilidad, o el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, en ocasiones combatir hasta la propia ley; nunca hacer uso de la voz o firmar una declaración ministerial o preparatoria, sin la previa imposición de las actuaciones que conforman la indagatoria; el procurar obtener su libertad provisional o definitiva, el hacer uso de las fianzas “Telmex-Reintegra”, el establecer en tiempo y forma las coordinaciones locales y foráneas necesarias para la debida continuidad en el servicio de defensa, atreverse a sugerir a sus homólogos lo que adviertan necesario para la defensa

adecuada, el hacer uso del beneficio menos gravoso para el defendido, como la libertad bajo protesta, el tratamiento en libertad, el trabajo a favor de la comunidad, la semilibertad, la sustitución por multa, o en el caso de la condena condicional, solicitar el fijamiento de medidas a que se debe sujetar al sentenciado y excepcionalmente, mediante el monto de una fianza; verificar y combatir para que el juez de la causa sea quien ordene la libertad en los casos de los beneficios previstos en los artículos 70 y 90, del Código Penal Federal, el promover los amparos que resulten necesarios, el agotar recursos o documentar su no pertinencia, el registrar los trámites siguientes en las notas de acuerdo, el documentar por qué se consiente o combate alguna resolución, e incluso por qué se opta por recurso ordinario o extraordinario; el orientar debidamente en los casos de adecuación de la pena y traslación del tipo, asesorar y tramitar los beneficios de preliberación, agotando los recursos administrativos o amparos necesarios; el promover reconocimientos de inocencia, no descartar la posibilidad de solicitar algún indulto, el solicitar compurgamiento simultáneo de penas, pedir prescindir de pena o medida de seguridad en términos del artículo 55, del Código Penal Federal, los traslados de reos; en suma, es el cumplimiento eficaz de todas y cada una de nuestras responsabilidades como defensores públicos federales. En el último de los casos, el defensor sirva para escuchar al reo, a sus familiares, comprender su problemática, apoyarlos aunque sea moralmente, compartir su pena, su desdicha, su desgracia, su infortunio como decía Ponciano Arriaga.

Estos aspectos también son aplicables en las Delegaciones, es necesario atender de manera inmediata, atenta, amable, cordial, y eficaz cualquier solicitud ya sea un recado o llamada telefónica de un interno, o algún familiar del procesado, o de la superioridad, se debe atender con la misma diligencia, no olvidemos que nos debemos a ellos, al pueblo, y estamos para servir.

5.- EL COMPROMISO ANTE USUARIOS EN MATERIA DE ASESORÍA JURÍDICA

En materia de asesoría jurídica, se brindan servicios de orientación, asesoría y representación.

Muestra del verdadero compromiso social que adquiere el Instituto Federal de Defensoría Pública, es el hecho de que nuestra propia normatividad contempla el servicio de orientación jurídica en aquellos asuntos en los que no somos competentes, escuchando al solicitante, analizando su caso, orientándolo mediante un dictamen técnico-jurídico y canalizando su asunto a la autoridad que sea la competente. Igualmente, se patentiza ese compromiso en la obligación de los asesores, de dictaminar el servicio en la modalidad de asesoría jurídica en los casos en que siendo competentes, ya no es posible realizar patrocinio alguno, situación en la que el usuario es debidamente asesorado sobre su particular problema jurídico.

En el servicio de orientación, el universo de posibles usuarios es inmenso, no tiene limitación, ni condiciones. Con la debida difusión, esta modalidad debe incrementarse, nuestro pueblo sufre, padece, tiene muchos problemas, debemos cerciorarnos que se encuentra enterado de nuestra existencia, que estamos para servirle, que lo haremos con mucho gusto, de manera atenta, respetuosa, profesional, humana.

La modalidad de asesoría jurídica reduce el número de posibles usuarios, pero no hay duda de que existen muchas personas con problemas jurídicos federales sin posibilidad de defensa, pero requieren de una asesoría completa, profesional, que los desengañe, conozcan su realidad para que no haya incertidumbre jurídica; pero es necesario reforzar la difusión de servicios para que esas personas acudan a nosotros.

De acuerdo con la Ley Federal de Defensoría Pública, y el artículo 29 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, la representación procede en las materias Administrativa, Fiscal, Civil, Derivada de Causas Penales.

Para mayor comprensión de tales supuestos, la Cartilla de Defensoría Pública Gratuita, enlista los supuestos en que se debe brindar el servicio, de la siguiente manera:

“Ante el IMSS, por cobros, visitas domiciliarias, determinación de capitales constitutivos, negativa de pensiones, reembolso de gastos médicos particulares, omisión de registro por parte del patrón, falta de enteros, afectación por los descuentos que realiza el patrón, atención médica deficiente o negligente, etc.

Ante el ISSSTE, por negativa a reconocer tus derechos o de algún familiar, pensiones y jubilaciones, reembolso de gastos médicos privados, atención médica deficiente o negligente, etc.

Ante el INFONAVIT, por falta de entero por el patrón de los descuentos al trabajador, reestructuración de créditos para vivienda, devolución de aportaciones, vicios ocultos en viviendas entregadas, falta de entrega de vivienda, etc.

Ante la Comisión Federal de Electricidad o la Compañía de Luz y Fuerza, por suspensión de servicio de suministro de energía eléctrica, cobros excesivos, negativa a retirar los cables que pasan por tu propiedad, etc.

Ante las autoridades fiscales federales, por créditos fiscales, pago de impuestos en exceso, visita domiciliaria, recargos, actualizaciones de créditos, condonación de multas, embargos fiscales, auditoría o inspección, imposición de sanciones, procedimiento administrativo en materia aduanera, etc.

Ante autoridades administrativas federales, estatales o municipales, por la realización de actos que violan tus garantías individuales, tales como la cancelación de permisos, clausuras de establecimientos mercantiles, negligencia de empleados federales, daños a tu persona o bienes por parte de un vehículo, maquinaria o animal propiedad o a cargo de una Secretaría de Estado, arrestos decretados por una autoridad judicial o administrativa, expropiación de alguna propiedad, asuntos migratorios, responsabilidad de servidores públicos, materia de seguros, seguridad social militar, reinstalación y no reconocimiento de grados militares; multas impuestas

por la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente y la Comisión Nacional del Agua, etc.

En materia civil o mercantil federales, por cobro de algún cheque, pagaré o letra de cambio ante juzgado federal, cobro de fianzas por incumplimiento de un contrato, cumplimiento o terminación de un contrato que haya celebrado con alguna dependencia federal, daño moral y patrimonial derivado de un derecho autoral, reivindicación de un inmueble por la autoridad federal, diligencias de consignación de pago en operaciones de carácter mercantil, etc.

En materia derivada de causas penales, cuando sea víctima de un delito del orden federal o su beneficiario, y considere que debe repararse el daño causado o solicitar la devolución de bienes, siempre y cuando no se tenga el patrocinio de un defensor público federal”.

Debemos agregar asuntos donde la Procuraduría Federal del Consumidor, y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, no lograron conciliación, resulta necesario demandar, excepto cuando CONDUSEF deba brindar la representación jurídica gratuita.

Es indudable que el servicio de asesoría jurídica debe incrementarse considerablemente, el asesor debe ser puntual, diligente, documentar todos los asuntos, brindar una orientación, asesoría y representación completos, debe cuidar sus términos y diligencias, estar al pendiente de cumplir todas las prevenciones, interponer los recursos idóneos, documentar por qué opta por un medio de defensa, tramitar los incidentes necesarios, mantener debidamente informado al usuario del servicio, promover los amparos que resulten, realizar las coordinaciones necesarias, y brindar las que le sean solicitadas, en general, cumplir su palabra empeñada de cumplir cabalmente con sus funciones.

6.- CONCLUSIONES

Primera.- Para el exacto y real cumplimiento del compromiso social en el Instituto Federal de Defensoría Pública, es necesario el fiel

acatamiento de nuestras funciones bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo.

Segunda.- En materia de defensa penal, resulta necesario un exhorto general, para que procuremos mayor calidad sustantiva y humana en el servicio, promoviendo oportuna y jurídicamente todo lo que favorezca a nuestros defendidos, debidamente coordinados con ellos, sus familiares, homólogos e instancias superiores, y en general, omitir la simulación de la defensa. Recordemos que al reo puede fallarle el ministerio público, el juez, pero nunca debe fallarle el defensor.

Tercera.- En materia de asesoría jurídica, la llamada es de alerta, no debemos ser pasivos, debemos asegurarnos de que todo destinatario de nuestros servicios se encuentre enterado de nuestra existencia, debemos redefinir nuestras estrategias de difusión, debemos cerciorarnos que nuestros asesores jurídicos documenten todos los casos que se presenten.

Cuarta.- Para completar el acceso de todos los mexicanos a la justicia, existe el reto de definir la incorporación a nuestros servicios, de los nacionales que radican en el extranjero.

Sirva el presente trabajo como invitación a todos los jueces y magistrados federales, presidentes de los tribunales superiores de justicia o supremos tribunales de justicia de los estados, rectores de las universidades con quienes el Instituto Federal de Defensoría Pública tiene celebrado convenio de servicio social, encargados de bibliotecas, compañeros delegados, asesores jurídicos, defensores públicos, subdirectores de área, jefes de departamento, analistas especializados, oficiales administrativos, oficiales de servicios y mantenimiento, y en general, toda persona que tuvo la amabilidad de leer esta inquietud, para que si en su círculo familiar, laboral o social, conoce de personas destinatarios de los servicios que brinda el Instituto Federal de Defensoría Pública, los canalice a la Delegación, defensor o asesor más cercano, con la plena certeza de que serán debidamente atendidos.

¡Por el bien de la sociedad, en beneficio de México, por salud institucional y por la satisfacción personal del bien cumplir!

Averiguación previa. Garantías del indiciado, análisis y propuesta para evitar sea nugatoria

*Trinidad Lagunas Trejo**

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

En el caso analizaremos brevemente las garantías que le asiste al indiciado en la etapa de la averiguación previa, plasmando el significado de cada una de ellas y la norma que lo prevé. Se recalcará la problemática actual, con relación a la entrevista previa que el indiciado debe tener con su defensor antes de que rinda declaración.

Precisando que el estudio lo realizaré respecto de las actuaciones ejecutadas por el Agente del Ministerio Público de la Federación y Defensor Público Federal, es decir, nos centraremos en el fuero federal, por ser aquí donde tengo más experiencia sobre el tema.

A manera de título del presente ensayo, y por las razones que más adelante se explicaran, propuse el siguiente: “Averiguación previa. Garantías del indiciado, análisis y propuesta para evitar sea nugatoria”.

Así, he de precisar que la Constitución General de la República y el Código Federal de Procedimientos Penales, establece una serie de derechos en favor del indiciado, mismos que por disposición de esos ordenamientos deben respetarse en la etapa de la averiguación previa.

* Defensor Público Federal.

Empero, la mayoría de los Agentes del Ministerio Público de la Federación, hacen nugatoria esa garantía de defensa adecuada, al no respetársele uno de los derechos primordiales como es el de la entrevista previa que todo indiciado debe tener con su defensor, antes de que rinda declaración. Esto, a pesar de que en la actualidad, en las agencias ministeriales del fuero federal existen defensores públicos adscritos, los que tienen esa obligación de entrevistarse con el inculcado por disposición expresa de la Ley Federal de Defensoría Pública y Bases Generales de Organización y Funcionamiento de dicho instituto.

Máxime que nuestro mas alto tribunal ha establecido jurisprudencia en el sentido de que el indiciado debe entrevistarse con su defensor antes de que rinda declaración ministerial, ya que de no respetarse tal derecho, su declaración estará viciada y por ende carente de valor jurídico.

Es atinado el criterio de nuestro más alto tribunal, en el sentido de que el fiscal le debe permitir al indiciado entrevistarse con su defensor antes de que rinda su declaración sobre los hechos que se investigan. Sin embargo, también encuentro justificante para la actuación del representante social que impide el desahogo de tal entrevista, pues es lógico que atento al ordenamiento jurídico mexicano, el fiscal tiene esa obligación y posibilidad de practicar diligencias en cualquier hora del día, además de que el Defensor Público Federal, aunque se encuentre adscrito a la agencia ministerial, al momento en que un detenido es puesto a disposición, carece de personalidad jurídica en el expediente, y no se le puede permitir su entrevista al no existir certeza de que dicho profesionista sea quien lo patrocine, toda vez que puede en su momento intervenir el patrocinio particular, sin olvidar el sigilo en la averiguación previa.

Además, el Defensor Público Federal, obvio es que no se le notifica el inicio de la averiguación, ni el acuerdo con el que se tiene por recibido un detenido, por lo tanto, se enterar sobre la detención de una persona hasta que el fiscal requiere su presencia para asistir al indiciado, o bien, cuando algún familiar se presenta a su oficina,

lo que raramente acontece. Entonces, si no sabe de la existencia de un detenido, no puede velar por lograr su entrevista.

Ante esta problemática, considero adecuado plantear el presente trabajo de investigación, haciendo un análisis breve sobre los supuestos en que procede la detención de una persona; el tiempo en que el indiciado puede ser retenido; las garantías que el inculpado tiene en la averiguación previa; para concluir sobre el estudio de la adecuada defensa, y así plasmar propuestas claras encaminadas a tratar de resolver la problemática actual, respecto de la defensa adecuada que debe tener todo indiciado.

II. SUPUESTOS EN QUE UNA PERSONA ES DETENIDA

Una persona puede ser detenida porque se le atribuya la comisión de un delito, es decir, una conducta tipificada expresamente en la ley con anterioridad a la realización de ésta. Solamente existen dos razones legales que justifiquen la detención ante una autoridad administrativa, en este caso, el ministerio público:

1. **Flagrancia**, es decir, que la persona hubiera sido sorprendida en el justo momento de la comisión de un delito; que inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente; o bien, que el indiciado sea señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.¹

2. **Notoria urgencia**, la persona relacionada con la comisión pueda extraerse del ejercicio de la acción penal, ya sea porque no

¹ Supuestos que se encuentran previstos en el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales.

tiene empleo fijo, raíces en lugar donde se cometió el ilícito, o de sus actitudes se desprenda una causa suficiente que evidencie su intención de huir. Supuesto que se encuentra previsto en el artículo 193 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.²

III. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE UNA PERSONA

Es de precisar que en caso de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado, pero debe presentarlo de inmediato ante el ministerio público, quien sólo lo podrá retenerlo si se presenta la denuncia correspondiente, cubriendo los requisitos de legalidad, así como los supuestos de flagrancia o notoria urgencia.

Con relación a esto, el párrafo cuarto del artículo 16 Constitucional, dispone:

ARTÍCULO 16.

[...]

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sin olvidar mencionar sobre la detención judicial, la cual acontece cuando la es ordenada por la autoridad jurisdiccional, es decir, una vez que el ministerio público ya ejerció la acción penal. También, el juez puede ordenar la aprehensión del probable responsable de un delito. La orden de aprehensión, la debe dictar por escrito un juez penal, haciendo específica referencia de la persona sobre la cual se libra: Nombre completo, apellidos, delito.

El juez sólo puede dictar una orden de aprehensión cuando el delito de que se acusa a una persona sea de los que ameritan pena privativa de la libertad y que existan datos que acrediten el cuerpo

² El citado artículo 193 señala: “En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten: a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente; b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión”.

del delito y que hagan probable la responsabilidad del sujeto en contra de quien se ejerce la acción penal. La orden de aprehensión deberá tener fecha de expedición, nombre completo de la persona a quien ha de aprehenderse y mencionar el delito por el cual se le va a procesar.

La orden de aprehensión únicamente puede ser ejecutada por la policía judicial, hoy llamada Agencia Federal de Investigación (AFI). La cual está bajo las órdenes del ministerio público y tiene la obligación de mostrarla al probable responsable en el momento de su aprehensión. Así mismo tiene la obligación de trasladar al probable responsable, sin dilación ante el juez que dictó la orden de aprehensión y ponerlo a su disposición.³

IV. TIEMPO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE UNA PERSONA

El ministerio público tiene la facultad de retener a una persona, que esté siendo sujeta de investigación, como probable responsable de la comisión de un hecho criminoso, por un máximo de 48 horas, por cualquier delito; o de hasta 96 horas si el delito que se investiga es el de delincuencia organizada. Esto como así lo prevé el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

Existe también la figura del arraigo, que permite que el probable responsable sea detenido por 30 o hasta 60 días, en un domicilio diferente al del ministerio público. Para que esta figura sea procedente, existe la obligación de la autoridad de obtener autorización judicial por escrito.

Hay que diferenciar la detención ante el ministerio público, de la realizada por la autoridad administrativa (juez cívico o calificador), con motivo de una infracción a la legislación administrativa. Estas faltas pueden ser sancionadas con un arresto que no exceda de treinta y seis horas, en la mayoría de los casos se pueden conmutar con una multa.

³ Ver artículos 16 Constitucional, 195, 196 y 197 del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde se prevén los requisitos que deben satisfacerse para librar una orden de aprehensión, así como el procedimiento de su ejecución.

Cuando la privación de la libertad es consecuencia de una orden de aprehensión, el juez deberá dictar el auto de plazo constitucional, mediante el cual decide la situación jurídica del probable responsable. El auto debe dictarse dentro de las 72 horas siguientes a que esté en su disposición. Esta decisión puede ordenar el inicio del proceso (en prisión preventiva o en libertad provisional) o la libertad del probable responsable sin condición alguna. Plazo que podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, a efecto de desahogar las pruebas que se ofrezcan a su favor.⁴

V. LUGAR DE DETENCION DEL INDICIADO

Tratándose de detenciones ordenadas por el ministerio público, solamente podrán concretarse en las instalaciones públicas que para tal fin hubiera dispuesto la autoridad, mismas que se conocen como área cerrada o de seguridad, “separos”. Las personas en detención no deben estar incomunicadas.

Por lo que respecta al arraigo, el lugar será el que el juez haya autorizado, pudiendo ser casas, hoteles o cualquier otro que el juez hubiera considerado apropiado. Las personas en arraigo no deben estar incomunicadas.

Los arrestos administrativos podrán ejecutarse en el área cerrada de las instalaciones de la autoridad o en algún centro específico de cumplimiento de arrestos administrativos. Las personas arrestadas no deben estar incomunicadas.

Una vez ejecutadas las órdenes de aprehensión, el probable responsable debe ser presentado ante el juez que dictó la orden de aprehensión y ponerse a su disposición, al interior del reclusorio preventivo en el que se encuentre el juez.

Solamente cuando al probable responsable se le considera de alta peligrosidad y tratándose de delitos federales, podrá ser trasladado a un centro de reclusión federal de máxima seguridad (i.e. CEFERESO), y siempre puesto a disposición del juez federal de la localidad.

⁴ Ver artículos 19 Constitucional, 161 y 162 del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde se establecen los plazos y requisitos para la detención de un inculpado.

VI. GARANTÍAS DEL INDICIADO PRIVADO DE SU LIBERTAD

1. Derecho a no autoincriminarse. Ello quiere decir que ninguna persona relacionada como probable responsable, puede ser obligada a declarar ante ninguna autoridad (administrativa o judicial). Asimismo, no está obligada a responder ninguna pregunta que se le formule, ni siquiera las que le formule el ministerio público o el juez.

2. En caso de que la lengua materna del probable responsable no sea el español, éste tiene derecho a ser asistido, en todas las actuaciones, ministeriales y judiciales, por un perito traductor de su lengua y del español. La traducción deberá ser simultánea.

3. Derecho a una defensa adecuada. Tiene el derecho a ser asistido en todo momento por un abogado o por una persona de su confianza ante cualquier autoridad, ministerio público o juez.

Tratándose del probable responsable, éste tiene derecho a que el Estado le nombre un abogado de oficio, quien le defenderá sin costo alguno. La defensa nunca está limitada en número de integrantes y puede conformarse conjuntamente con el defensor de oficio y personas de la confianza del probable responsable. El nombramiento del abogado de oficio puede ser revocado en cualquier momento procesal por petición expresa del probable responsable.

4. Derecho a la libertad. La libertad se puede obtener ante el ministerio público o ante el juez, inmediatamente que lo solicite el probable responsable. Esto procede cuando el delito del que se trata no sea considerado grave por los códigos penales procesales. La autoridad tiene la obligación de hacer del conocimiento del probable responsable cuando sea procedente, su derecho de obtener la libertad provisional.

En el Código Procesal Federal se enlistan limitativamente los delitos considerados graves (artículo 194). En los códigos procesales penales de cada Estado o entidad federativa se regula cuáles son los delitos graves.

5. A conocer quién lo acusa y de qué se le acusa, para estar en posibilidad de dar contestación a la imputación que se le hace.

6. A que se le reciban y desahoguen todas y cada una de las pruebas que estime pertinentes para su defensa. Este derecho se puede ejercer en cualquier momento durante la averiguación previa (ante el ministerio público); en el proceso judicial, en los tiempos y con las formalidades que los códigos procesales indican.

7. Derecho a la publicidad de las actuaciones. Ante el ministerio público y el juez existe la garantía del probable responsable de secrecía en relación con el expediente ante terceros no involucrados ni autorizados en el caso. Tanto las actuaciones del ministerio público como las del juez son públicas, esto quiere decir que no deben efectuarse en ámbitos ocultos y que cualquier persona puede presenciarlas.

8. Derecho a ser juzgado antes de cuatro meses si se trata de un delito cuya pena máxima no exceda de dos años y en un año si excediere de ese término. El probable responsable puede solicitar que se amplíen dichos términos, para su mejor defensa.

Garantías las anteriores que se encuentran relacionadas en el artículo 20, apartado A, de la Constitución Política Federal, y 128 del Código Federal de Procedimientos Penales. Sin omitir precisar que el propio precepto constitucional, en el último párrafo de la facción X, establece que en la averiguación previa también deberán observarse las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX, relacionadas con la libertad provisional bajo caución, la recepción de testigos y demás pruebas que ofrezca, el facilitarle los datos que solicite, y la defensa adecuada.

VII. GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA

Como se ha analizado, la garantía de adecuada defensa se encuentra contenida en los artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política Federal, y 128, fracción III, inciso b), del Código Federal de Procedimientos Penales, que señalan:

ARTÍCULO 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

[...]

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

ARTÍCULO 128.- Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

[...]

III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:

[...]

b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiese designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

[...]

Atento a lo ya estipulado, es evidente que, como así lo estableció nuestro mas alto tribunal, la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del estado y la libertad individual de las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del Estado de derecho, hacen que no pueda concebirse la idea de un proceso penal sin debida defensa, así como no puede pensarse tal proceso sin las nociones de acción y jurisdicción.

Así, la garantía fundamental de defensa, en su más amplio sentido, tiene un reconocimiento expreso internacional a través de declaraciones y pactos en materia de derechos humanos, como sucede con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocido como Pacto de San José de Costa Rica, que establece, como garantía mínima, el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y previamente con él.

Por lo que, atento a la interpretación que hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de los alcances de la defensa adecuada a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, relacionada con la fracción II de dicho ordenamiento, se considera que la asistencia del defensor como parte de un eficaz derecho de defensa, permite considerar que debe autorizarse al detenido en flagrancia tener una entrevista en privado o conforme las circunstancias materiales lo permitan con quien fungirá como su defensor, antes de la primera declaración que rinda ante el Ministerio Público.

Consecuentemente, considero que aquella declaración emitida por el detenido ante el Representante Social, sin que previamente se haya entrevistado en privado con su defensor, estará viciada y será ilegal.

No obstante lo anterior, la mayoría de los Agentes del Ministerio Público de la Federación, hacen nugatoria esa garantía de defensa que le asiste al indiciado, al no respetársele uno de los derechos primordiales como es el de que se entreviste con su defensor antes de que rinda declaración. Esto, a pesar de que en la actualidad, en las agencias ministeriales del fuero federal existen defensores públicos adscritos, los que tienen esa obligación de entrevistarse con el indiciado por disposición expresa de la Ley Federal de Defensoría Pública y Bases Generales de Organización y Funcionamiento de dicho Instituto.

Máxime que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció la tesis de jurisprudencia número 1a./J. 23/2006, bajo el rubro: “DEFENSA ADECUADA. ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL)”, en donde se plasman de manera clara los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa, recalcándose contundentemente que la primera declaración del indiciado rendida ante el Ministerio Público,

estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor.

Es por ello que, compartiendo el criterio de nuestro más alto tribunal, el fiscal tiene la obligación de permitir al indiciado entrevistarse con su defensor antes de que rinda su declaración sobre los hechos que se investigan. Sin embargo, no debe pasar por alto la justificante que invoca el representante social, al señalar que éste tiene esa obligación y posibilidad de practicar diligencias en cualquier hora del día, además de que el defensor público federal, aunque se encuentre adscrito a la agencia ministerial, al momento en que es puesto a disposición un detenido carece de personalidad jurídica en el expediente, y no se le puede permitir su entrevista porque se ignora si en su momento lo vaya a patrocinar.

Además, al Defensor Público Federal, obvio es que no se le notifica el inicio de la averiguación, ni el acuerdo con el que se tiene por recibido un detenido, por lo tanto, se entera de la detención de una persona hasta que el fiscal requiere su presencia para asistir al indiciado, o bien, cuando algún familiar se presenta a su oficina, lo que raramente acontece. Entonces, si no sabe de la existencia de un detenido, no puede velar por lograr su entrevista.

Ante esta problemática, considero que se hace necesario plasmar en el ordenamiento jurídico ese derecho del indiciado de entrevistarse con su defensor antes de que rinda declaración, imponiéndole al Representante Social esa obligación de plasmar constancia sobre la entrevista previa entre indiciado y defensor, ya sea particular o el defensor público adscrito a la agencia ministerial, a quien además se le deberá notificar el acuerdo ministerial con que se recibe a un detenido y hacerle saber el lugar de retención a efecto de que pueda hacer la entrevista que le imponen las leyes ya citadas.

Por otro lado, con independencia de que el fiscal tiene la obligación y posibilidad de practicar diligencias en cualquier hora durante su término constitucional de cuarenta y ocho horas, creo necesario plasmar que, tratándose de recepción de declaración del indiciado, dicha diligencia se desahogue en horas de oficina, o bien,

en horas del día (entre las 09:00 horas y las 21:00 horas); de desahogarse, como generalmente se hace, a la una, dos, tres, de la mañana, no da la oportunidad para que el indiciado pueda entrevistarse con sus familiares o con su abogado particular que quisiere designar, y el defensor público federal, de ignorar sobre la detención, generalmente en ese momento no se encuentra en las oficinas y se presenta luego de que es requerido, ya cuando el indiciado se encuentra en el banquillo a punto de declarar.

CONCLUSIONES

Por todas las consideraciones expuestas, me permito concluir:

Atento a la garantía de defensa adecuada contenida en las fracciones IX y X del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, relacionada con la fracción II de dicho ordenamiento, se considera que la asistencia del defensor como parte de un eficaz derecho de defensa, permite considerar que debe autorizarse al detenido en flagrancia a tener una entrevista en privado o conforme las circunstancias materiales lo permitan con quien fungirá como su defensor, antes de la primera declaración que rinda ante el Ministerio Público, ya que de no ser así la declaración que al efecto se reciba estará viciada y será ilegal.

La mayoría de Agentes del Ministerio Público de la Federación, hacen nugatoria esa garantía de defensa que le asiste al indiciado, al no respetársele uno de los derechos primordiales como es el de que se entreviste con su defensor antes de que rinda declaración. Esto, bajo el argumento de que el Defensor Público federal carece de personalidad jurídica en la Averiguación Previa, además de que no existe certeza de que sea él quien lo patrocine.

Por otro lado, al amparo de que el Representante Social tiene la posibilidad de practicar diligencias en cualquier hora durante su término constitucional, preceptúa la declaración ministerial del indiciado inmediatamente después de que le es puesto a su disposición, en muchas ocasiones a las 01:00, 02:00, o 03:00 horas de la madrugada, lo que, por razón de la hora genera imposibilidad para

el detenido de entrevistarse con sus familiares, o bien, con su abogado particular de confianza que desea lo patrocine; además puede darse el supuesto de que ni el defensor público federal se encuentre en la oficina en esos momentos.

PROPUESTAS

Con base el contenido del ensayo, me permito hacer las siguientes:

a) En el capítulo de garantías del indiciado, como es artículo 20, apartado A, de la Constitución Política Federal, y 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, se agregue un párrafo en donde se le imponga al Representante Social esa obligación de permitir al indiciado detenido que se entreviste en privado y previo a su declaración inicial, con su defensor particular o con el defensor público federal adscrito a la agencia ministerial, debiendo asentar constancia de tal actuación.

b) Atento a la garantía de defensa adecuada y a la entrevista previa que debe tener el detenido con su defensor, en el capítulo respectivo titulado formalidades en la averiguación previa, se establezca un artículo que indique que las actuaciones relacionadas a la diligencia de declaración ministerial del indiciado, se desahogue entre las 09:00 horas y las 21:00 horas del día, para que así el indiciado esté en posibilidad de entablar comunicación con sus familiares o defensor particular. Esto dado que la práctica demuestra que una diligencia de tal naturaleza, en promedio, no puede tardar más de tres horas.

c) Siguiendo la indicación de adecuada defensa, en el capítulo de formalidades del procedimiento, específicamente averiguación previa, se cree una norma que obligue al Agente del Ministerio Público a notificar al Defensor Público Federal adscrito a la agencia ministerial, el acuerdo ministerial con el que tenga por recibido a un detenido, indicándole lugar de detención, para así estar en posibilidad de velar por la entrevista previa.

Con lo anterior, se busca robustecer la defensa adecuada en beneficio de todo indiciado que tenga la calidad de detenido en la etapa investigativa.

Necesaria reforma al artículo 139 párrafo segundo de la Ley de Amparo (suspensión definitiva contra una orden judicial de aprehensión)

*Francisco Leiva Martínez**

PRÓLOGO

Durante el tiempo de abogado postulante (a partir de que egresé de la carrera de licenciado en Derecho) y ahora con el compromiso de defensor público federal, he reflexionado sobre la ejecución del acto reclamado (orden de aprehensión) a pesar de que se haya hecho valer el recurso de revisión contra la negación de la suspensión definitiva, pues continuamente se toca este tema y ahora aprovecho la oportunidad para emitir una opinión sobre el mismo.

CONCEPTO

La suspensión es un incidente, por medio del cual el órgano de control constitucional resuelve por sentencia interlocutoria, que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentren, hasta en tanto sea resuelto el fondo del asunto, esto es, que se resuelva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados (DOCTOR EN DERECHO JUAN ANTONIO DIEZ QUINTANA).

La suspensión del acto reclamado es la institución jurídica merced a la cual el juez federal ordena a las autoridades señaladas como responsables en la demanda, que detengan paralizada o detenida su

* Defensor Público Federal.

actuación durante todo el tiempo que dure la substanciación del juicio de garantías, a fin de que no se ejecute el referido acto en forma tal que quede consumado irreparablemente.

La naturaleza jurídica de la suspensión es la de una medida cautelar, atento a que solamente se refiere a la concesión de un beneficio para el quejoso, que no resuelve el fondo del negocio, sino que permitirá la substanciación del acto reclamado hasta en tanto se dirima el fondo del negocio (DOCTOR EN DERECHO ALBERTO DEL CASTILLO DEL VALLE).

RECURSO.- Es un medio de impugnación de las resoluciones judiciales que generalmente son dirimidas por el superior jerárquico del juez que la dictó (Recurso vertical), siendo esa la característica principal de los recursos, aunque puede ser resuelto por el propio juez que dictó la resolución recurrida (recurso horizontal DOCTOR EN DERECHO ALBERTO DEL CASTILLO DEL VALLE).

RECURSO.- Es medio jurídico de defensa que surge dentro de un procedimiento judicial o administrativo para impugnar un acto del mismo y que tiene como finalidad revocarlo, confirmarlo o modificarlo mediante un nuevo análisis que genera la prolongación de la instancia en la cual se interpone, conservando o manteniendo de ésta, en su substanciación, los mismos elementos teleológicos, motivadores del acto atacado.

En materia de amparo, el recurso en general no es sino aquel medio jurídico de defensa que se da a favor de las partes dentro del procedimiento constitucional para impugnar un acto del mismo, teniendo como fin su revocación, confirmación o modificación (DOCTOR EN DERECHO IGNACIO BURGOA).

RECURSO: Recurso en la doctrina significa, regreso al punto de partida. Es el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia o el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso (DOCTOR EN DERECHO MARCO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN).

RECURSO: La acción que queda a la persona condenada en juicio para poder acudir a otro juez ó tribunal en solicitud de que se

enmiende el agravio que cree habersele hecho (MAGISTRADO JOAQUÍN ESCRICHE).

RECURSO: Es el medio que otorga la ley para que la persona agraviada por una resolución judicial obtenga su revocación, modificación o nulidad (DOCTOR EN DERECHO EDUARDO PALLARES).

RECURSO PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.- Es un medio de impugnación que tiene las partes y terceros, para que el superior confirme, revoque, o modifique la sentencia o el auto dictado que les causa un perjuicio (DOCTOR EN DERECHO JUAN ANTONIO DIEZ QUINTANA).

EL RECURSO DE REVISIÓN PROCEDE: Contra las sentencias interlocutorias en que se conceda o niegue la suspensión definitiva. Art. 83 fracción II inciso a) de la ley de amparo.

COMENTARIO PARCIAL DEL JURISTA IGNACIO BURGOA ORIHUELA SOBRE LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA CONTRA ORDEN DE APREHENSIÓN.

La suspensión definitiva contra una orden judicial de aprehensión o un auto de formal prisión.

Dicha suspensión solo procede cuando se satisfacen los requisitos previstos en el artículo 124 de la ley de amparo y que son: a) Que la suspensión la solicite el agraviado; b) Que con ella no se sigan perjuicios al interés social ni se contravengan normas de orden público; c) Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que causen al quejoso con la ejecución del acto reclamado.

Por tanto, para conceder o negar la suspensión definitiva contra los efectos o consecuencias de una orden judicial de aprehensión o de un auto de formal prisión, en lo que atañe a la libertad personal del agraviado que aún no ha sido privado de ella, el juez de Distrito debe determinar, si en el caso concreto de que se trate, se colman o no dichos requisitos, principalmente el que estriba en que el otorgamiento de citado beneficio suspensivo, no se perjudique el interés de la sociedad ni se infrinjan normas de orden público tomando en cuenta la gravedad del delito que se impute al

quejoso, la peligrosidad de éste y demás circunstancias que pudieren producir dichos fenómenos, y en tales condiciones, el juez de Distrito no en todo caso debe conceder la suspensión definitiva contra las consecuencias y efectos de la orden judicial de aprehensión o de auto de formal prisión en cuanto a la libertad personal del sujeto contra los mencionados proveídos se hayan dictado sino que goza de amplio arbitrio para apreciar si, con tal medida cautelar, se genera o no la indicada contravención o el expresado perjuicio.

1.- Ahora bien, si el juez de Distrito estima que se han llenado las condiciones indispensables de procedencia de la suspensión definitiva conforme al artículo 124 de la Ley de Amparo y otorga la medida al quejoso en la interlocutoria correspondiente, el alcance de dicha suspensión cuando los actos restrictivos de la libertad personal no se han consumado se ha fijado, en el artículo 136 del invocado ordenamiento, en el sentido de que el agraviado quede a disposición del juzgador federal únicamente en lo que se refiere a la citada libertad, “quedando a disposición de la autoridad que deba juzgarlo cuando el acto emane de un procedimiento de orden penal por lo que hace a la continuación de éste” (párrafo I). Al conceder la suspensión definitiva contra los efectos y consecuencias de una orden de aprehensión o de un auto de formal prisión en los términos indicados, el juez de Distrito, según lo establecido en la jurisprudencia de la Suprema Corte al interpretar el artículo 136 de la Ley de Amparo, está facultado para decretar las medidas de aseguramiento que estime adecuadas a efecto de que el quejoso no sustraiga la acción de la justicia en caso de que no se le otorgue el amparo, pudiendo consistir tales medidas en garantía pecuniaria (depósito en efectivo o fianza), así como en obligaciones impuestas al agraviado (comparecencia periódica ante el jugador federal o ante la autoridad judicial ante quien se siga el juicio penal), en la vigilancia policíaca o *inclusive en su reclusión en el lugar que determine el juez de Distrito*.

Para la determinación de las medidas de aseguramiento a que se refiere el párrafo primero del artículo 136 de la Ley de Amparo, el

juez de Distrito goza de amplio e irrestricto arbitrio, regulado por las modalidades específicas del caso concreto de que se trate a fin de decretar cualesquiera de las citadas medidas que sean idóneas para asegurar la disposición del quejoso a favor de dicho funcionario judicial federal y para lograr por ende su devolución a la autoridad que lo juzgue en caso de que no se conceda el amparo. Tal arbitrio lo reafirma expresamente la decisión tomada por pleno de la Suprema Corte en la sesión celebrada el día 8 de noviembre de 1955, ya que en diversas ejecutorias anteriores así lo ha sostenido. Por ende, *la reclusión del quejoso en el sitio que designe el juez de Distrito es una de tantas medidas potestativas de aseguramiento que dicho funcionario judicial puede decretar según su prudente arbitrio sin que esté obligado por modo necesario a determinarla aun en el caso de que el delito se le atribuya al agraviado se sancione con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años de cárcel.*

Conforme al arbitrio judicial, en algunos casos concretos las medidas de aseguramiento del quejoso podrían simplemente estribar en el otorgamiento de una garantía pecuniaria y en la presentación regular y periódica del quejoso ante el propio juez de Distrito o ante el juez al que se imputen los actos reclamados (órdenes de aprehensión o autos de formal prisión); y en otros consistir en la sujeción a la vigilancia policíaca, en la prohibición de salir de determinado lugar o inclusive en la reclusión del agraviado en el lugar que señale el juez federal.

Las medidas de aseguramiento que prudentemente debe determinar el juez de Distrito tienen como finalidad legal clara y determinante sujetar al quejoso a su disposición para que, en caso de que no se conceda la protección federal, pueda ser devuelto a la autoridad judicial que la que emanen los actos reclamados. Por lo tanto, dichas medidas deben ser suficientemente idóneas para evitar la sustracción del quejoso a la acción de la justicia en la hipótesis mencionada, *sin que su objetivo estribe en privarlo de su libertad personal para satisfacer un real o ficticio interés social cuando el delito de que se trate esté penado con una sanción que exceda de cinco años de prisión.*

2.- En caso de que la detención o aprehensión del quejoso ya se haya efectuado, bien sea con anterioridad a la orden de aprehensión o al auto de formal prisión por efecto de estos previamente al otorgamiento en su caso de la suspensión provisional por virtud de la suspensión definitiva, el agraviado puede ser puesto en libertad bajo caución, conforme a las leyes federales o locales aplicables a cada caso (párrafo IV del artículo 136 de la Ley de Amparo), pudiendo ser revocada dicha libertad cuando parezcan datos bastantes que hagan presumir fundadamente que el quejoso trata de burlar la acción de la justicia (párrafo V).

3.- Como se ve, el artículo 136 de la Ley de Amparo no consigna disposiciones sobre la procedencia de la suspensión definitiva sino reglas respecto a su eficacia efectividad o alcance en los diversos casos que dicho precepto contempla y que se refieren a las afectaciones de la libertad personal por actos futuros inminentes o pretéritos provenientes de autoridades judiciales o administrativas. En otras palabras y aludiendo específicamente a la orden judicial de aprehensión o al auto de formal prisión impugnados en el amparo la concesión o denegación de la suspensión definitiva contra los efectos o consecuencias de dichos proveídos, en lo que atañe a la libertad personal del quejoso se rige por lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley de Amparo, precepto que según el principio jurídico señala que “donde la ley no distingue no se debe distinguir”, es aplicable en todo caso en que se trate de la suspensión a petición de parte pues claramente establece que fuera de los casos en que la mencionada medida cautelar debe otorgarse de oficio por el juez de Distrito (mismos a los que se aludió) se decretará cuando incurran las condiciones que el invocado artículo 124 previene .

Por otra parte al constatare por dicho funcionario que conforme a este precepto procede conceder la suspensión definitiva al quejoso contra los efectos y consecuencias de una orden judicial de aprehensión o de un auto de formal prisión en lo que respecta a su libertad personal debe fijarse la efectividad o extensión del citado beneficio aplicándose lo dispuesto por el artículo 136, párrafos I y IV del invocado ordenamiento en sus respectivos casos.

LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE SOBRE EL PARTICULAR

La tesis jurisprudencial num. 661, visible en el apéndice al tomo CXVIII del dicho Semanario reproducida en la compilación 1917-1965 bajo el número 181, Primera Sala (correspondiente a la 675 del apéndice al tomo XCVII), en la que se sostiene la idea de que la suspensión contra cualquier acto que afecte o restrinja la libertad personal, debe concederse independientemente de la naturaleza del delito que se atribuya al quejoso y de la gravedad de la pena correspondiente, fundándose para ello en una interpretación notoriamente errónea del artículo 136 de La Ley de amparo, al considerar que este precepto tiene reglas de procedencia y no simples disposiciones de eficacia o extinción de dicha medida, desentendiéndose además de lo establecido por los artículos 130 y 124 del citado ordenamiento.

La tesis jurisprudencial num. 661 o 181, reiterada por innumerables ejecutorias posteriores asienta que:

“LIBERTAD PERSONAL, RESTRICCIÓN DE LA. Conforme al artículo 136 de la Ley de Amparo, en todos los casos que se reclama un acto de la libertad restrictiva personal, procede la suspensión para efecto de que el interesado quede a disposición del juez de Distrito bajo su amparo y protección independientemente de la naturaleza del hecho delictuoso que se le atribuya y de la gravedad de la pena que pudiera corresponderle, ya que el precepto citado no distingue sino previene de manera clara, que la suspensión procede en estos casos para que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito, en lo que se refiere a su libertad personal y a disposición de juez del proceso penal, para la continuación del procedimiento.”

Como se ve, el criterio de la Suprema Corte, contenido en la tesis transcrita, pretende fundarse en una disposición que no se implica en el precepto que invoca, pues no es verdad que éste consigne un mandamiento sobre procedencia de la suspensión contra actos que afecten la libertad personal.

El artículo 136 de la Ley de Amparo en su primer párrafo indica que contra dichos actos “la suspensión sólo producirá el efecto de

que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito, únicamente en lo que se refiere a la libertad personal”. Por tanto, el error que se comete en la tesis jurisprudencial 661 o 181 y en ejecutorias dictadas con posterioridad a ella y que prevalecen en la actualidad consiste en haber sustituido la expresión “sólo producirá el efecto” por la de “procede la suspensión”, teniendo ambas un sentido completamente distinto. Si, como se ha dicho fuera del ámbito normativo del artículo 123 de la Ley de Amparo (que previene la suspensión oficiosa), la procedencia de la suspensión definitiva se rige, en todo caso (salvo la hipótesis contemplada en el artículo 135), por lo dispuesto en el artículo 124 y la suspensión provisional por lo establecido en el 130, resulta que vinculados lógicamente dichos preceptos con el artículo 136, se llega a la conclusión de que los primeros se refieren al otorgamiento o denegación de la mencionada medida cautelar en sus respectivas fases de definitividad, lo cual presume siempre su procedencia.

La trascendencia de la tesis jurisprudencial transcrita es de gran magnitud pues produce diversas consecuencias. En primer lugar al sostener que independientemente de la naturaleza del delito y de la gravedad de la pena siempre debe otorgarse la suspensión contra actos que afecten la libertad personal (entre los que obviamente se encuentran la orden judicial de aprehensión y la de auto de formal prisión), para los efectos a que alude el artículo 136 de la Ley de Amparo, los jueces de Distrito tienen la ineludible obligación de aplicarla, consintiendo invariablemente la citada medida cautelar en aspectos provisional y definitivo contra las consecuencias y efectos de los indicados actos, por los que la mencionada libertad concierne, no obstante que la penalidad media con que se sancione el hecho delictivo imputado al quejoso y del cual sea éste presunto responsable, exceda de 5 años de reclusión. La observación obligatoria de la citada tesis, en segundo lugar, impide la aplicación de los artículos 130 y 124 de la Ley de Amparo, eliminando el arbitrio judicial que estos preceptos confieren a los citados funcionarios para determinar la procedencia de la suspensión provisional y de la defi-

nitiva. Es mas, al fallar los recursos de revisión que se interpongan contra las interlocutorias suspensionales dictadas por los jueces de Distrito, los tribunales colegiados de Circuito también están obligados a acatar la multicitada tesis jurisprudencial, donde se colige que, a través de ella, la Suprema Corte ha hecho ineludiblemente partícipes, del error en que incurrió, a los mencionados órganos del Poder Judicial Federal, error que consiste, como ya se dijo, en haber interpretado indebidamente el artículo 136 y en haber dejado sin observancia los artículos 130 y 124 de la Ley de Amparo, en los casos en que la suspensión se pida contra actos que afecten la libertad personal del quejoso. En conclusión, la facilidad con que se otorgaba dicha medida suspensiva por los jueces de Distrito, no era imputable a éstos, ya que al concederla, no lo hacían motu proprio, ejercitando su arbitrio o discreción, sino constreñidos por la tan decantada tesis jurisprudencial de obediencia legal ineludible, sentada ya hace varios años por la Suprema Corte y constantemente reiterada, tesis que hizo posible que los sujetos contra quien se dictaba una orden de aprehensión o un auto de formal prisión por delitos graves cuya penalidad no ameritaba la libertad, no fuesen detenidos o aprehendidos.

LA DENEGACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA

La concesión obligatoria de esta medida cautelar deriva, por modo rigurosamente lógico, de su procedencia, misma que, a su vez, se funda en la colmación, conjunta, de tres condiciones genéricas, que son: la certeza de los actos reclamados, la suspendibilidad de éstos conforme a su naturaleza, y la satisfacción de los requisitos previstos en el artículo 124 de la Ley. Pues bien, en sentido contrario, si alguna de dichas condiciones no se cumple, la interlocutoria que dicte el Juez de Distrito en el incidente suspensivo debe necesariamente negar la suspensión definitiva al quejoso. Tal sucede, en consecuencia, en cualquiera de estos supuestos:

- 1.- Si los actos reclamados no son ciertos;
- 2.- Si, a pesar de que resulten existentes, su carácter los mani-

fieste como no susceptibles de ser paralizados sea, por lo general, cuando son absolutamente negativos o están totalmente consumados;

3.- Si su detención afecta el interés social o viola disposiciones de orden público (fracc. II del art. 124); y

4.- Si con motivo de su ejecución no se causan al agraviado daños y perjuicios de difícil reparación (fracc. III del mismo precepto).

Las citadas condiciones de improcedencia de la suspensión definitiva se encuentran en una puntual sucesión lógica, que debe recorrer el proceso intelectual del Juez de Distrito para negar la mencionada medida. De esta guisa, la interlocutoria suspensiva debe examinarlas en el estricto orden en que se presentan, sin que sea necesario ponderar todas, pues basta que alguna opere, para que con apoyo en ella se declare improcedente la suspensión, sin invertir, no obstante, la sucesión lógica en que deben ser analizadas.

La interlocutoria que niegue la suspensión definitiva produce obviamente el efecto de expedir “la jurisdicción de la autoridad responsable para la ejecución del acto reclamado” (art. 139), dejando insubsistente la suspensión provisional, si ésta se hubiese concedido.

Tal efecto se ocasiona aunque el quejoso interponga la revisión contra la indicada interlocutoria (art. 139 y tesis jurisprudencial 191 de la Comp. 1917 – 1965, Mat. Gen). Si la resolución que se dicte en este recurso revoca la negativa de la suspensión y se otorga por el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, los efectos de la concesión del beneficio suspensivo en segunda instancia “se retrotraerán a la fecha en que fue notificada la suspensión provisional, o lo resuelto respecto a la definitiva, siempre que la naturaleza del acto lo permita” (art. 139, es decir, que éste no se haya consumado irreparablemente). Esta retroacción importa la destrucción o invalidación de todas las situaciones que hubiese creado la ejecución de los actos reclamados proveniente de la negativa de la suspensión definitiva en la interlocutoria revocada. Por tanto, las autoridades responsables tienen la obligación de volver a restablecer las cosas al estado en que se encontraban al concederse la suspensión provisional o al resolverse sobre la definitiva, en el supuesto

de que aquélla no se hubiese otorgado; y como tal obligación puede cumplirse defectuosa o excesivamente, contra los actos de las autoridades que traduzcan estos vicios, procede el recurso de queja con fundamento en lo dispuesto por el artículo 95, fracción II, de la Ley, caso que analizamos en otra ocasión, por lo que reiteramos las consideraciones que entonces expusimos.

OPINIÓN PARTICULAR

Considero que, una vez interpuesto el recurso de revisión en tiempo y forma y con los requisitos del artículo 124 de la Ley de Amparo, no se debe ejecutar el acto reclamado, ya que se trata de una orden de aprehensión que trae como consecuencia la privación de la libertad y dicho medio de impugnación es el conducto de volver nuevamente a analizar el asunto en cuanto los intereses colectivos no se agravien. Pues la tesis jurisprudencial numero 661 o 181, ya lo determinaba, como se advierte de su contenido ya transcrito líneas arriba, y que esencialmente establecía que, por modo absoluto, la suspensión, contra cualquier acto que afecte o restrinja la libertad personal, debe concederse independientemente de la naturaleza del delito que se atribuya al quejoso y de la gravedad de la pena correspondiente (actualmente, si el delito se considera no grave).

La tesis anterior fue alterada ciñéndose a disposición legal y no a una medida de aseguramiento, e incluso la modificación se hizo sin ser competente o tener facultad para ello, pues no existía contradicción de tesis, ni había las 5 ejecutorias no interrumpidas.

De igual manera las tesis de jurisprudencia vigentes se basan en el artículo 20 constitucional que se refiere a la libertad provisional y respecto a un proceso penal y no a un amparo.

No debe pasar desapercibido que una de las reglas que debe seguir el tribunal colegiado al resolver el recurso de revisión, es la siguiente: El tribunal colegiado de Circuito deberá suplir las deficiencias habidas en el escrito de agravios, en la exposición de éstos, cuando en ello favorezca al recurrente (artículo 76 bis fracción II, Ley de Amparo) e inclusive, deberá analizar si ha operado la extin-

ción de la acción persecutoria, a pesar de que esta cuestión no haya sido alegada por el recurrente (Art. 183, Ley de Amparo).

Tampoco debe soslayarse que el efecto suspensivo de la apelación en procesos penales alude a la inejecución de la sentencia, hasta en tanto no se resuelva el recurso. Es decir, al interponerse la apelación no sólo se hace la remisión del caso y expediente al superior para revisión de la sentencia, sino igualmente, los efectos de ésta no se realizan, dado que quedan detenidos en cuanto a su ejecución.

Ahora bien, si se concede la suspensión definitiva, cuando el acto restringe la libertad de que se goza a virtud de la suspensión provisional, con mayor razón si se interpuso el recurso de revisión.

En las sentencias absolutorias, no obstante que el ministerio publico interponga el recurso de apelación, la sentencia de primera instancia se ejecuta quedando en libertad el sentenciado; como se evidencia, se le da prioridad a la libertad del gobernado.

En el segundo supuesto del párrafo segundo del multicitado artículo 139 de la Ley de Amparo y en la siguiente tesis jurisprudencial que se transcribe: **SUSPENSIÓN DEFINITIVA, DECRETADA POR EL TRIBUNAL COLEGIADO. SUS EFECTOS DEBEN RETROTRAERSE AUN CUANDO EL A QUO HAYA ORDENADO DEJARLA SIN EFECTOS LA DECRETADA EN PRIMERA INSTANCIA.**

El artículo 139, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, establece que los efectos de la resolución del tribunal colegiado que revoca la interlocutoria del juez de Distrito que niega la suspensión definitiva deben retrotraerse al momento en que se notificó la mencionada interlocutoria; por tanto al interpretar dicho precepto en forma análoga, no debe declararse sin materia el recurso interpuesto contra aquella que concede la suspensión definitiva y fija una garantía excesiva, por la circunstancia de que el a quo haya determinado dejarla sin efectos, pues ello equivale a una denegación de justicia, ya que el quejoso se duele precisamente de que se le fijo una garantía excesiva. A efecto de que continuara surtiendo efectos la suspensión; en consecuencia, al resultar favorable al recurrente la

ejecutoria, el tribunal colegiado que consideró ilegal el monto de la garantía fijada, sus efectos deben retrotraerse al momento de la notificación de la resolución, si la naturaleza del acto lo permite y no debe declararse sin materia el recurso interpuesto.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Incidente de suspensión (revisión) 97/2002.14 de febrero de 2002. Mayoría de votos. Disidente: Miguel Ángel Aguilar López. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Carlos López Cruz.

Se establece que si se revoca la negación de la suspensión y se concede, sus efectos se retrotraerán a la fecha en que fue notificada la suspensión provisional, o lo resuelto respecto a la definitiva, siempre que la naturaleza del acto lo permita; sin embargo considero que si alguien fue privado de su libertad durante el tiempo de la substanciación del recurso de revisión, ese acto es irreparable y por ende, no se puede restablecer su libertad.

Luego entonces con lo establecido en el pluricitado artículo 139 de la Ley de Amparo, se aprecia la pretensión de que no cobre vida el recurso de revisión contra la negación del otorgamiento de la suspensión definitiva; en efecto, conforme a la redacción del párrafo segundo del artículo 139 de la Ley de Amparo en cuanto se trate de una orden de aprehensión, dicho mandamiento se ejecutará no obstante que se haga valer el recurso de revisión, o sea, el legislador manda a la boca del lobo al quejoso y el juez del proceso, al ordenar privar de la libertad, actúa sin incurrir en responsabilidad, trayendo como consecuencia necesaria la reducción de los derechos del gobernado, medios de protección legales de que es titular.

Ante esa situación, se reitera, el quejoso no tiene otra salida que sustraerse de la acción de la justicia, escondiéndose por todo el tiempo que dure la substanciación de la revisión y no se lleve a cabo el mandamiento de captura lo que es totalmente contrario a la naturaleza de la suspensión, que se creó para proteger al gobernado en tanto se resuelve el fondo del amparo y no para, en cierta medida, encubrir esos actos de privación de libertad.

Por tanto, atento a lo expuesto, se estima que es urgente se reforme dicho párrafo segundo del numeral 139 de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, relativo a que no se deje expedita la jurisdicción de la autoridad responsable para la ejecución del acto reclamado, derivado de la interposición del recurso de revisión contra la negación de la suspensión cuando el acto reclamado se trate de una orden judicial de aprehensión.

BIBLIOGRAFÍA

GARANTIAS INDIVIDUALES Y AMPARO EM MATERIA PENAL

Lic. Alberto Del Castillo Del Valle.

181 PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE EL JUICIO DE AMPARO Y LEY DE AMPARO.

Lic. Juan Antonio Diez Quintana.

EL JUICIO DE AMPARO.

Lic. Ignacio Burgoa.

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL.

Lic. Eduardo Pallares.

DICCIONARIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Don Joaquín Escriche.

PRÁCTICA DEL JUICIO DE AMPARO.

Lic. Salvador Castro Zavaleta.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES
COMENTADO

Lic. Marco Antonio Díaz de León.

¿ La hipótesis contenida en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 9 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, es una excusa absolutoria o una causa de justificación?

*Martín Ulises Mejía Rodríguez**

INTRODUCCIÓN

Frecuentemente me he encontrado con promociones y resoluciones en que, al resolver lo concerniente a la aplicación de la hipótesis contenida en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 9 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, postulantes, Defensores Públicos Federales, Agentes del Ministerio Público y Jueces, califican a tal supuesto como una excusa absolutoria, argumentando que su actualización trae como consecuencia la inaplicación de la sanción penal señalada en el artículo 81 de la citada ley especial, sin embargo, estimo que tal postura, desde el punto de vista jurídico, se encuentra poco sustentada, pues en todo caso ello corresponde a la actualización de la causa de justificación contenida en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal.

Por lo anterior, el presente trabajo tiene como finalidad puntualizar las diferencias entre las excusas absolutorias y la causa de justificación antes apuntada, señalando las características esenciales de ambas figuras, tratando de aterrizar los conceptos teórico-legales al supuesto previsto en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 9 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Como advertencia, es de resaltarse que el presente no tiene como

* Defensor Público Federal.

intención desentrañar o descubrir la naturaleza de la sanción penal, por lo que basta, para los fines de esta humilde aportación, señalar que de conformidad con el Código Penal Federal, y como se dijo anteriormente, la sanción es un requisito indispensable para la existencia del delito mismo, sin embargo, conviene tomar en cuenta el trabajo que en ese sentido presentó el licenciado Joel Ronaldo Pérez Álvarez en la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, intitulado “Punibilidad. ¿Elemento o consecuencia del delito?”.¹

LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 del Código Penal Federal, se define legalmente al delito como toda aquella acción u omisión que sancionan las leyes penales. De ahí que, siguiendo la teoría pentatómica del delito, uno de sus elementos es la sanción; recordemos que, de acuerdo a esta teoría, delito es toda conducta típica, antijurídica, culpable y *punible*.

Así la punibilidad se constituye, desde el punto de vista doctrinal y legal, como un elemento *sine qua non* del delito, por lo que de conformidad con el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, una conducta que no esté específicamente sancionada por la ley, no tendrá el carácter de delito, aun cuando para algunos autores, la sanción no forma parte de la conformación del delito, sino más bien se trata de una consecuencia de éste.

Lo anterior nos lleva a considerar que pueden existir hechos que aun cuando cumplan las condiciones de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, no sean sancionables, ya porque no tengan fijada pena alguna o bien porque la propia ley les exente esa pena de manera expresa, en cuyo caso, resultaría claro que no se está en presencia de un delito en términos del aludido artículo 7 del Código Penal Federal.

En ese tenor, en los casos en que la ley prevea expresamente la inaplicación de alguna pena para aquella conducta típica, antijurídica y culpable, bajo las condiciones que la propia norma

¹ *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, número 2, México, 2006, p. 273.

establezca, seguramente nos habremos de encontrar frente a una excusa absolutoria.

Por excusa absolutoria se debe entender, desde el punto de vista doctrinal –puesto que dicho término no existe con esa denominación en las codificaciones legales en materia penal o procedimental penal–, a aquella condición por la cual no sea sancionable alguna conducta, que bajo diversa circunstancia sí es punible.

Francisco Muñoz Conde² señala, al estudiar la penalidad como elemento del delito, que la excusa absolutoria es, de manera ordinaria, aquella causa vinculada a la persona del autor, por la cual queda exento de la pena.

Luis Jiménez de Asúa³ considera que las excusas absolutorias se establecen mediante aquellas causas que provocan que a un hecho investido de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad no se le asocie la pena que correspondería de no existir aquellas causas. Este autor cita, además, otras definiciones que de las excusas absolutorias, dan diversos autores:

Max Ernst Mayer.- “Causas que dejan subsistente el carácter delictivo del acto y que no hacen mas que excluir la pena.”

Augusto Köhler.- “Son circunstancias en que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y culpabilidad, queda excluida, desde el primer momento, la posibilidad de imponer una pena al autor”

C. Degois.- Son hechos determinados por la ley sin borrar el carácter delictivo de un acto, sin suprimir la culpabilidad de su autor, producen, sin embargo, una excepción de la penalidad, que ordinariamente se asocia a la perpetración de una infracción.”

El autor Octavio Alberto Orellana Wiarco⁴ se refiere a las excusas absolutorias como “aquellas específicas causas de carácter personal que el legislador regula expresamente donde un hecho o

² Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch. Libros. Quinta Edición. 2002. P. 418.

³ Jiménez de Asúa, Luis. *Teoría del Delito*, Volumen 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, pp. 534-538.

⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1ª. Edición, México, 1999, p. 418.

conducta típica, antijurídica y culpable no resulta punible”.

La denominación de “excusa absolutoria” resulta, en nuestro derecho, ser una réplica del así empleado en el Derecho español, sin embargo, las causas que originan esta figura, son también conocidas como “Causas personales que liberan de la pena” por el tratadista Franz Von Liszt, o como “Causas de impunidad” de acuerdo a algunos juristas del derecho francés y argentino, entre ellos Vidal y José Manuel Núñez, o bien como “Causas de extinción respecto de ciertos delitos” en el Derecho Italiano, sostenida principalmente por Altavilla y mas aún como “Causas personales de exclusión de la Penalidad” para el tratadista italiano Santero; por último, el también tratadista italiano Giuliano Vasalli, las reconoce como “Causas de no Punibilidad”, en una subclasificación como “causas de no punibilidad en sentido estricto o causas de exclusión de la sola pena.”

Sin embargo, de las diferentes denominaciones con las que se conoce a las excusas absolutorias, todos los conceptos implícitos coinciden en que éstas generan la prohibición legal de aplicar pena alguna a los autores de los hechos que de acuerdo a las descripciones legales corresponden a un tipo penal, es decir, la excusa absolutoria es, entonces, una excepción a la regla general, por lo tanto se trata de un aspecto negativo del delito.

De conformidad con la Teoría del Delito, a éste se le asignan aspectos positivos –que conllevan a la confirmación de la existencia del delito mismo– y aspectos negativos –con los que se afirma la inexistencia del delito–. Así tenemos, verbigracia, que en relación a la conducta, su aspecto positivo es la acción o la omisión, y su aspecto negativo será en su caso su ausencia como en los casos de sonambulismo, arco reflejo, etc.; en el caso del elemento punibilidad, su aspecto positivo es el señalamiento expreso en la ley de la sanción que el legislador ha querido fijar para determinado hecho descrito en la ley penal y por lo tanto su aspecto negativo sólo podría nacer a la luz jurídica, cuando de manera, igualmente expresa, la ley determina la inaplicación de aquella sanción para los casos específicos y especiales que el legislador quiso plasmar en la misma

ley, lo cual por supuesto es motivo para aseverar la inexistencia del delito, tal y como se citó anteriormente.

En las condiciones antes apuntadas, se concluye que las excusas absolutorias contienen dos elementos esenciales: a) la prevención expresa en la ley de un mandato relativo a la no aplicación de la sanción que la propia norma establece para la comisión de un hecho descrito en la ley penal; b) un requisito previo, consistente en la actualización de un supuesto o condición específica, contenida en la norma legal.

El primero de los elementos antes apuntados no requiere mayor análisis, puesto que sólo implica que en la norma se exprese que no se aplicará la pena establecida para un determinado supuesto jurídico. En la mayoría de los casos, esta condición se cumple con las expresiones: "... no se aplicará pena alguna...", "...no se castigará a quien ...", "...no será punible..." "... no se impondrá sanción alguna...", etc., lo cual refleja la intención del legislador de no aplicar la pena respectiva, es decir, para que el hecho correspondiente no sea calificado como delito por ausencia de la punibilidad.

En relación al segundo de los elementos componentes de la excusa absoluta, de acuerdo a algunos tratadistas, entre ellos Jiménez de Asúa –que a su vez cita a Franz Von Liszt y otros– y Orellana Wiarco, se trata de un marco fáctico contenido en la ley, son condiciones de carácter personal de quien se ubica en la descripción legal, las cuales sólo a él le benefician; de lo expuesto para esos autores, se estima que este segundo elemento se refiere a ciertas condiciones específicas de hecho contenidas en las personas a quienes el legislador quiso exentar de la aplicación de la pena respectiva, de manera tal que sólo a éstos les beneficia tal exención.

Después de analizar los diferentes conceptos de las condiciones que conforman el segundo elemento de las excusas absolutorias y a la luz de las diversas normas de la ley penal que contienen formas en que se pueden actualizar dichas excusas, se arriba a la conclusión de que en efecto dichas condiciones, en la mayoría de los casos, contienen un marcado e ineludible carácter personal, es decir,

siempre atienden a específicas características *in personae* del activo en la comisión de un hecho descrito en la ley como delito. Al leer nuestro Código Penal Federal y otros Código Penal locales, es posible distinguir claramente que cuando el legislador ha querido no se aplique la sanción señalada para algún delito a casos específicos, tales supuestos contienen requisitos de carácter personal en el activo; así pues observamos en el artículo 199 del Código sustantivo penal del orden federal que sólo a quienes tengan el carácter de farmacodependientes podría exentárseles de la pena fijada para la posesión de narcóticos prevista en el artículo 195 Bis del mismo cuerpo legal, lo que conlleva a aseverar que quien posea algún tipo de narcótico –dicho de manera enunciativa y no limitativa– podrían aspirar a la aplicación de la excusa absolutoria contenida en el citado artículo 199; de tal manera se observa que la característica de “farmacodependiente” se trata de una condición atribuible a la persona, y por ello se trata de una condición personal.

De igual manera, por ejemplo, al analizar la disposición contenida en el artículo 379 del citado Código Penal Federal, que se refiere a lo que se conoce como *Robo famélico*, se observa que la norma otorga el beneficio de la exclusión de la pena a *quien* se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades; si bien es cierto que tal norma no contiene un calificativo de carácter personal en el activo para ese efecto, también lo es que de la redacción de ese ordenamiento se desprende sin duda alguna que el legislador quiso conceder el beneficio a la persona que se encuentre bajo un estado tal que requiere de manera inmediata y urgente satisfacer necesidades básicas, ya sea fisiológicas, como la alimentación o de salud, de manera tal que es claro que una de las condiciones de la excusa absolutoria ahí inmersa, tiene un carácter personal.

Pero también, el segundo de los elementos de las excusas absolutorias requiere, en casi todas las normas que las contienen, un supuesto adicional a la condición personal y que se encuentra íntimamente relacionado a dicha condición, de manera tal que

ambos componentes se constituyen como cuestiones copulativas, subordinados, normalmente, uno al otro. Así se puede apreciar que el artículo 199 del Código Penal Federal además de exigir, para la actualización de la causa de exclusión de la punibilidad⁵, la condición personal de “farmacodependiente” en el sujeto activo, también exige que el narcótico cuya posesión se le atribuye a dicha persona, no exceda para su estricto consumo personal. [Al respecto la Lic. Maribell del Ángel Pérez, hizo una clara referencia a tal circunstancia en su ponencia “Posesión de narcóticos para el estricto consumo personal. Aplicación de la excusa absolutoria prevista en el numeral 199 del Código Penal Federal”]⁶.

Otro ejemplo de la exigencia del citado supuesto lo encontramos en la disposición del artículo 293, fracción III, del Código Penal vigente para el Estado de México –contenida, aunque con diversa numeración, en los códigos penales de todas las entidades federativas–, en donde observamos que dicho supuesto se refiere a la exigencia de que la víctima del delito de robo, se trate de un descendiente, ascendiente, cónyuge o concubina, adoptante o adoptado, del sujeto activo, y que éste, por supuesto, tenga la calidad recíproca correspondiente.⁷

En este tópico es dable señalar que el segundo de los elementos componentes de las excusas absolutorias, resultan ser cuestiones absolutamente extrapenales, pues no obedecen al espíritu y naturaleza del derecho penal, que de suyo tiene como finalidad sancionar las conductas que la sociedad desea se castiguen. Luego entonces si tales condiciones no tienen un carácter penal, ¿cuáles son los motivos

⁵ El jurista alemán Claus Roxin, denomina causas de exclusión de la punibilidad a ciertos casos de excusas absolutorias en su obra *Derecho Penal, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Civitas S.A. España, 1997, pp. 977 a 992.

⁶ Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública Número 2, México, 2006, p. 135.

⁷ Artículo 293, fracción III, del Código Penal para el Estado de México: “293.- No será punible el delito de robo:

I.-...

II.-...

III.- Cuando se cometa por un ascendiente en contra de su descendiente o viceversa, por un cónyuge contra el otro, por el concubinario contra la concubina o viceversa o por el adoptante contra el adoptado;...”

que ha tenido el Estado para incluirlas en la ley penal?

Una respuesta a aquella cuestión la plantea Jiménez de Asúa señalando que la razón de la inclusión de las excusas absolutorias en las legislaciones penales tiene su justificación en: "...la utilidad pública, es decir, que son motivos de impunidad como también las llama Vidal, utilitates causa..."⁸; sin embargo, no comparto el criterio de tan destacado autor, puesto que si por utilidad pública debe entenderse todo aquello que beneficia a la sociedad en general, no encuentro motivo alguno para considerar que la sociedad se habrá de ver beneficiada con el hecho de que no se aplique pena alguna al enfermo farmacodependiente a quien se le encontró en posesión de algún narcótico, mas aún, considera que la sociedad misma habría de reclamar tal cuestión por considerar al "farmacodependiente" como un peligro para la sociedad misma, lo cual si bien pareciera un tanto discriminante, es claro que nuestras sociedades ven en los farmacodependientes, comúnmente connotados con el despectivo "viciosos", como integrantes de un cierto grupo de riesgo para la sociedad misma.

Yo más bien me inclino a que la justificación de existencia de las causas de excusas absolutorias es un reflejo del humanitarismo y conciencia social en el legislador; es claro que, siendo el farmacodependiente un enfermo –entendiendo que la adicción a las drogas resulta ser una enfermedad psiconeuro-fisiológica, en donde se depende del consumo de las drogas– le resulta más que sanción su propia enfermedad y si aunado a ello el Estado lo castiga con algún otro tipo de pena, el sufrimiento del activo será de tal magnitud que agravia más al Estado mismo que al sujeto.

Igual circunstancia acontece en el caso del *robo famélico*, en donde resulta irracional, desde el punto de vista del humanitarismo, imponer alguna sanción a quien estando cursando por un sufrimiento físico, hambre por ejemplo, hurte para satisfacer esa necesidad de alimentación y que por ello deba tener un sufrimiento adicional al aplicársele una sanción del orden penal.

⁸ Jiménez de Asúa, Luis. op. cit., p. 536.

En el caso del robo entre parientes, cónyuges, concubinos o entre los relacionados con la adopción, o del encubrimiento entre familiares o amigos, la justificación de las excusas absolutorias correspondientes más bien tiene un sesgo de comprensión, que al fin y al cabo también corresponde a un sentimiento o conciencia relacionado con el aspecto humano de las leyes, pues es claro que una de las finalidades de la ley es la integración social y familiar y no su destrucción y desintegración.

Conclusión: la excusa absolutoria se constituye como el aspecto negativo de la punibilidad, cuya aplicación depende de la actualización de dos condiciones: una personal y una adicional connotativa; la justificación de su existencia estriba en cuestiones de naturaleza humanitaria y de conciencia social, es decir, son de carácter extrapenal; tiene como consecuencia jurídica la inexistencia del delito y como finalidad la inaplicabilidad de sanción penal a determinados actos descritos en la ley como delitos.

LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN CONSISTENTE EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

...VI.- La acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro;...”

De acuerdo con la redacción anterior, las hipótesis contenidas en el citado artículo 15, se constituyen en concreto como los aspectos negativos del delito que provocan la exclusión de éste; por lo tanto, siguiendo con la teoría pentatómica del delito en que se define a éste como la *conducta típica, antijurídica, culpable y punible*, la causal contenida en la fracción VI de tal precepto legal encuentra su ubicación jurídica como un aspecto negativo del elemento relativo a la antijuridicidad.

Este elemento ha constituido tema central en la conceptualización del delito, habida cuenta que su construcción se basa en la

antítesis de la tesis y viceversa; dicho de otro modo, no puede definirse la antijuridicidad prescindiendo del concepto de juridicidad, lo cual puede concebirse como una construcción contradictoria, pues siendo la antijuridicidad un aspecto positivo del delito, en sí contiene la negación de la juridicidad.

Así en la escuela clásica, representada principalmente por Beijing y Carrara, la conducta antijurídica es la que está objetivamente en contradicción con el orden jurídico del estado; antijuridicidad significa siempre “contradicción al orden jurídico”.

A partir de esta escuela se han diferenciado dos tipos de antijuridicidad: la formal, que es la deducida del texto legal, y la material, que es la que hace alusión sólo al hecho fáctico. (La palabra material hace alusión a la conducta humana), siendo preponderante para esta escuela la antijuridicidad formal, pues el tipo, como parte integrante del delito, contiene lo antijurídico (*ratio essendi*), luego entonces lo antijurídico está tipificado. El tipo lo que hace es describir el injusto Penal.

Para la escuela funcionalista, la acción antijurídica desde el punto de vista formal se actualiza cuando se contraviene una prohibición o mandato legal, y desde el punto de vista material se hace consistir en la lesión a bienes jurídicos.⁹

Según Luis Jiménez de Asúa,¹⁰ “puede decirse provisionalmente que la antijuridicidad es lo contrario a derecho”.

Así, en lo antijurídico (qué es lo prohibido por el derecho) es la contradicción que existe entre el comportamiento y la norma del derecho (que es protegida por el derecho), por lo que formalmente lo antijurídico es todo comportamiento humano que viola la ley penal; materialmente, antijurídica es toda conducta humana que daña el interés socialmente protegido por la propia norma. En síntesis, la antijuridicidad es siempre material, constituida por la lesión

⁹ *Apuntes de Derecho.- Escuelas del Pensamiento Penal.* www.elprisma.com/apuntes/derecho/escuelaspensamientopenal

¹⁰ Jiménez de Asúa, Luis. *Lecciones de Derecho Penal.* Biblioteca Clásicos del Derecho Penal Volumen 3. Ed. Harla. México 1997. p. 176.

del interés penalmente protegido. La antijuridicidad existe por sí misma, debe ser determinada objetivamente, de manera independiente de la culpabilidad o la imputabilidad del activo.

“La antijuridicidad es lo contrario a derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.”¹¹

Luego entonces, la antijuridicidad de un acto consiste en un juicio objetivo y general que se formula con base en su carácter contrario al orden jurídico; por lo anterior no es posible conceder a este aspecto una noción concreta y precisa para cada rama del derecho, sin embargo debe concluirse que para el derecho penal, la antijuridicidad es una condición sine qua non del delito y por ende para imponer una sanción.

De las ideas generales de la antijuridicidad, es posible identificar tres componentes esenciales de ésta:

- a) Una condición contraria al derecho,
- b) La violación de la norma jurídica, y
- c) El daño o lesión que se provoca al bien jurídicamente tutelado por el derecho penal.

Siendo la antijuridicidad un aspecto positivo del delito, como tal admite un sentido negativo como todos los elementos del delito mismo, en cuyo caso ese sentido negativo, dada la naturaleza de la antijuridicidad, puede actualizarse en tantas formas como el legislador señale en la ley; a estas formas se les conoce con el nombre de causa de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al estimarla lícita, jurídica o justificativa; así las cosas puede concluirse que la antijuridicidad es lo contrario a derecho mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo que se efectúa conforme a derecho.

Por lo tanto, las causas de justificación anulan lo antijurídico de manera tal que cuando se actualiza una causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, se anula el delito por

¹¹ Universidad del Valle de México, Campus San Rafael. ([Htlm.rincondelvago.com./antijuridicidad_1html](http://rincondelvago.com/antijuridicidad_1html) – 23k)

considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

Lo anterior puede comprenderse de la siguiente manera: por regla general, la ley penal castiga a aquel que se coloca en los supuestos previstos en la propia ley, siendo la excepción a tal regla aquellos casos que la propia ley establece para justificar la conducta típica, con lo cual desaparece la antijuridicidad; así el aspecto negativo de la antijuridicidad implica la existencia de una norma legal específica por la cual se exceptúe la obligación del cumplimiento u observancia de una diversa norma penal de carácter general.

Entonces, las causas de justificación que permiten declarar conforme al derecho actos que se adecuan a la descripción contenida en lo tipos legales, son casos excepcionales, en los cuales la norma no puede ser respetada.¹² El orden jurídico permite entonces su violación. Admite, en consecuencia, la lesión del bien jurídico protegido.

De acuerdo a la doctrina, las causas de justificación se han agrupado en dos clases de sistemas a saber:

a) El monista, en que todas las causas de justificación tienen como fundamento un único principio, en donde la acción no resulta ser ilícita si ésta es el medio idóneo y adecuado (muchos autores lo denominan medio justo) para lograr un fin reconocido por el orden jurídico. Aquí se da un enfrentamiento de intereses en donde se coloca en una balanza valorativa lo beneficioso enfrente de lo dañino.

b) El sistema pluralista, en que se trata de fundamentar las causas de justificación en diversos principios de acuerdo a la naturaleza de cada una de esas causales. Así tenemos, verbigracia, los siguientes principios:

- El nominado por Mezger como “falta de interés” y del “interés preponderante”.

- El denominado por Jescheck, como “confrontación de bienes” como una teoría del fin, para fundamentar las diversas causas de justificación.

¹² 7. Maurach, Strafrecht, A.T., p. 295.

Jiménez de Asúa,¹³ al referirse a la clasificación de las causas de justificación señala que Carrara les da a las causas de justificación diversa fundamentación, citando tres grupos: la lucha de lo injusto, el reconocimiento del interés protegido y los privilegios. De igual manera, el citado autor refiere a Mezger, quien clasifica tales causales en dos grupos: a) Según el principio de ausencia del interés; y b) Según el principio del interés preponderante.

El Código Penal Federal establece diversas causas de exclusión de delito, como se observa en el artículo 15, de entre las que se observan distintas causas de justificación:

- Legítima Defensa
- Estado de necesidad
- Ejercicio de un derecho
- Cumplimiento de un deber
- Consentimiento del titular del bien jurídico

Sin necesidad de ocuparnos de todas y cada una de dichas causas, habremos de señalar –por la importancia que reviste para el presente trabajo– por lo que se refiere a la prevista en la fracción VI del artículo 15 de nuestro Código Penal Federal, relativa al Ejercicio de un Derecho o Cumplimiento de un deber, que en esta exigente, la lesión o puesta en peligro al bien jurídico tutelado en la norma penal se causan en virtud de ejercer un derecho o cumplir de un deber, derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etc.

Claus Roxin,¹⁴ al tratar lo relativo a la causa de justificación que denomina de “salvaguarda de intereses legítimos o para el ejercicio o defensa de derechos”, señala que tal causal no se trata de una mera causa de exculpación, “...pues el punto de vista del interés preponderante caracteriza –incluso cuando se ponderan riesgos– a un principio de justificación: quien formula la expresión en cuestión puede lícitamente, en atención a los intereses que defiende, actuar como lo ha hecho.”

¹³ Jiménez de Asúa, Luis *Lecciones de Derecho Penal*. Biblioteca Clásicos del Derecho Penal Tomo3, Ed. Harla, México 1997, p. 186.

¹⁴ Claus Roxin, op. cit. p. 781.

Al respecto de las hipótesis contenidas en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal –ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber– para los efectos del presente trabajo sólo habremos de tocar la primera de ellas; bajo esa aclaración, se estima que tal causa de justificación tiene un sentido de existencia que se basa en el equilibrio entre normas.

Cuando la ley establece la permisón de un acto, reconoce a los individuos el derecho de actuar de tal manera. Por lo tanto, es claro que si dicho acto constituyese una conducta calificada como delito por la ley, su autor no puede ser sancionado, pues estaría actuando al ejercer un derecho. Si bien la ley penal crea ficciones jurídicas prohibitivas es claro que las mismas deben guardar una relación armónica con todo el sistema jurídico nacional al que pertenezcan, de manera tal que las normas penales no puedan ser promulgadas en contravención a ciertos derechos fundamentales del hombre o a determinadas normas necesarias para garantizar una convivencia armónica entre los entes integrantes de la sociedad y con respecto a la ley misma. Lo anterior provoca la certidumbre de que en todo sistema jurídico podrían coexistir normas que colisionan entre sí y por lo tanto las propias leyes habrían de establecer los mecanismos y las bases para armonizar, en el campo fáctico, ambas normas, de forma que la aplicación de una no viola la otra y viceversa. Este principio responde a una exigencia lógica. Sería absurdo reconocer, por un lado, a una persona la libertad de actuar en nombre de un interés determinado y, por el otro, de declarar tal actividad como ilícita.

A pesar de lo anterior, no es posible señalar indiscriminadamente, como causa de justificación el ejercicio de un derecho, pues en todo caso, tal ejercicio siempre debe adecuarse a su naturaleza, su trascendencia y a los fines perseguidos.

Abarcar todas y cada una de las posibilidades y “derechos subjetivos” que pueden invocarse para actualizar la causa de justificación en estudio podría llevar varias páginas, habida cuenta la amplitud del orden jurídico mexicano; sin embargo, baste señalar

que en todo caso “el derecho subjetivo” cuyo ejercicio se invoque para la actualización de la referida causal, debe, primeramente, estar reconocido en el orden jurídico, que tal derecho esté protegido en una norma legal legítimamente promulgada, que el ejercicio de ese derecho no contravenga un interés social superior de mayor jerarquía jurídica, que el ejercicio mismo se lleve a cabo, como lo señala el propio artículo 15 del Código Penal Federal, siempre que exista necesidad racional del medio empleado y que no tenga como única o primordial finalidad la de perjudicar a otro, siempre y cuando ese ejercicio no cause un daño mayor en relación al beneficio de ese derecho subjetivo.

LA HIPÓTESIS CONTENIDA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS ES UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN Y NO UNA EXCUSA ABSOLUTORIA

“Artículo 9.- ...

II.- *Revólveres en calibre...*

Los ejidatarios, comuneros y jornaleros del campo, fuera de las zonas urbanas podrán poseer y portar con la sola manifestación, un arma de las ya mencionadas, o un rifle del calibre .22", o una escopeta de cualquier calibre, excepto las de cañón de longitud inferior a 635 mm. (25"), y las del calibre superior al 12 (.729" ó 18.5 mm."

Como es de observarse del texto legal transcrito no se observa la mención de alguna figura ilícita, por lo que resulta claro que la misma no se corresponde a una norma de carácter penal, sin embargo, la misma, relacionada de manera sistemática con lo dispuesto por el artículo 81 de la misma Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, encuentra sustento para resolver la situación jurídica de quien se ha colocado en los supuestos del artículo 81 en cita, puesto que el referido artículo 9 contiene el listado y descripción de los objetos materiales que exige la corporeidad del delito de Portación de Arma de Fuego sin Licencia y además contiene una excepción a la regla general que provoca que la conducta de portar arma de fuego co-

metida por los ejidatarios, campesinos o jornaleros del campo, no pueda ser calificada como delito.

Esta hipótesis no puede ser considerada como una excusa absolutoria tomando en cuenta, principalmente, que en la redacción de mérito no se contiene una expresión manifiesta respecto a la inaplicabilidad de sanción alguna, y mas aún, ese texto legal no señala sanción penal específica para determinado supuesto, siendo tal requisito, indispensable, como se dijo anteriormente, para estar frente a una excusa absolutoria.

Luego entonces si no se trata de una excusa absolutoria, ¿cómo puede invocarse válidamente como aspecto negativo del delito?; yo encuentro la solución en el mismo texto del que se advierte la intención del legislador de conceder un derecho subjetivo a personas con determinada calidad.

Al establecerse en ese texto: "...podrán poseer y portar..." resulta claro que el legislador ha otorgado a las personas ahí señaladas el derecho subjetivo de realizar tales conductas bajo las condiciones ahí mismo apuntadas; "podrán" significa la permisión legal que se concede para realizar un acto, pues el verbo "poder" se define como "la fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío, autorización para hacer una cosa."¹⁵

Asimismo observamos que el artículo 81 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos contiene una norma penal de carácter prohibitivo: no se podrán portar las armas ahí señaladas sin contar con la licencia respectiva.

En ese tenor encontramos dos normas que aparentemente son contradictorias entre sí: por una parte existe la norma prohibitiva del artículo 81, por la otra se observa la norma permisiva del artículo 9; bajo esas condiciones se puede decir que debe operar en tal colisión de normas la de carácter permisivo, al contener el reconocimiento de un interés protegido y de privilegio, que en sí, como fue citado anteriormente, se constituye como una causa de justifi-

¹⁵ *Diccionario Enciclopédico Océano Uno*, Ed. Océano. México 1998, p. 1280.

cación al colocarse los ejidatarios, los campesinos o los jornaleros del campo en los supuestos del artículo 81 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, lo que provoca la consecuencia de la exclusión del delito de conformidad con el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal.

En cuanto a la justificación de esa hipótesis como causa de licitud, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado la norma en el siguiente criterio, que a mi gusto, clarifica el aspecto justificante de la norma:

“PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO SIN LICENCIA, SUPUESTO EN QUE NO SE ACTUALIZA ESE DELITO RESPECTO DE LOS EJIDATARIOS, COMUNEROS O JORNALEROS DEL CAMPO.- El artículo 9º, fracción II, párrafo segundo, de la Ley Federal de Armas de fuego y Explosivos contiene una prerrogativa otorgada por el legislador a través del establecimiento de una condición objetiva de punibilidad para que se actualice el delito de portación de arma de fuego sin licencia respecto de las personas que tienen la calidad específica de ejidatario, comunero o jornalero del campo, consiste en que quienes con dicha calidad porten un arma de las especificadas en tal precepto, fuera de las zonas urbanas, y hayan manifestado su posesión a la Secretaría de la Defensa Nacional, para los efectos de su inscripción en el Registro Federal de Armas, no incurrirán en conducta delictiva alguna. Sin embargo, esta disposición, interpretada en sentido contrario, tiene implícita una prohibición, también específica, para quienes tienen la calidad referida, por la cual no pueden portar alguna de las armas ahí señaladas dentro de una zona urbana, aun cuando hayan realizado la manifestación respectiva ante las autoridades competentes. En ese sentido, debe entenderse que lo que origina el delito de portación de arma de fuego sin licencia, previsto en el artículo 81, en relación con el 9º, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, en lo que corresponde a las personas mencionadas, es la portación fuera del radio de acción en el que se desenvuelven por virtud de sus actividades, esto es, en alguna zona urbana, aun cuando hubiesen hecho la manifestación respectiva sobre su tenencia, pues en este caso no se estaría dando el uso para el

cual el legislador previó el trato preferente. En cambio, cuando el que teniendo la calidad específica mencionada, porte o posea alguna de las armas a que se refiere el párrafo segundo de la fracción II del artículo 9º, de la ley citada fuera de las zonas urbanas, esto es, dentro del radio en que ejerce la actividad inherente a su calidad específica, pero sin haber realizado la manifestación respectiva ante la autoridad correspondiente, no comete el delito de portación de arma de fuego sin licencia, por lo que únicamente se le debe sancionar en términos del artículo 90 de dicha legislación.”

Contradicción de tesis 72/2004-PS.-Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.-27 de octubre de 2004.-Unanimidad de cuatro votos.-Ponente: José Ramón Cossío Díaz.-Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Tesis de Jurisprudencia 111/2004.- Aprobada por la Primera Sala del Alto Tribunal, en sesión de fecha veintisiete de octubre de dos mil cuatro.

Bajo los argumentos del criterio antes invocado, se observa claramente que se ha interpretado por la Primera Sala, que el legislador otorgó, en el artículo 9 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, a los campesinos, ejidatarios y jornaleros del campo un derecho consistente en portar o poseer las armas ahí señaladas; tal concesión tiene su fundamentación en el hecho de que tales personas dadas sus actividades propias, habrán de requerir dichas armas como herramienta para ese efecto; en ese sentido y considerando que el bien jurídico tutelado en el delito de Portación de Arma de Fuego sin Licencia previsto en el artículo 81 de la citada ley especial se trata de la seguridad y tranquilidad pública y que ese ilícito se trata de un delito de peligro, resulta claro que el derecho concedido a los campesinos, ejidatarios y jornaleros del campo no contraviene el orden jurídico al no estar vulnerado o puesto en peligro el bien jurídico tutelado en aquella norma penal, siempre y cuando el ejercicio de ese derecho se efectúe fuera de las zonas urbanas, por lo que resulta contundente que en el caso específico el ejercicio de ese

derecho como causa de justificación excluyente de delito, se trata de una confrontación de bienes jurídicos en donde dicho ejercicio tiene valor preponderante sobre la norma prohibitiva contenida en el aludido artículo 81 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

En consecuencia, por tratarse la hipótesis en estudio de una causa de justificación que anula la antijuridicidad del acto, genera la inexistencia del delito, y que aun cuando ello determina una inaplicabilidad de la sanción prevista en la descripción legal, no se trata de una excusa absolutoria, por no contener el segundo párrafo de la fracción II del artículo 9 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos las características de las excusas absolutorias que fueron analizadas con antelación.

Independientemente de las cuestiones de fondo ya referidas en que se ha concluido que la hipótesis analizada provoca la exclusión del delito, argumentar la actualización de esa hipótesis como una causa de justificación no sólo implica una cuestión meramente jurídico-sustantiva, sino que, además, desde el punto de vista adjetivo, su invocación traería como consecuencia, verbigracia, al menos en la etapa de averiguación previa, la posibilidad legal del decreto de no ejercicio de la acción penal en términos del artículo 137 fracción V del Código Federal de Procedimientos Penales, a diferencia de la invocación de tal aspecto como excusa absolutoria, pues en cuyo caso, el asunto debería resolverse en la primera instancia, ya que la excusa absolutoria como tal no se encuentra prevista en dicho artículo 137 como un supuesto para el decreto de no ejercicio de la acción penal.

La interpretación de la norma fiscal

Ángel Fernando Mex Tepal*

La gran dinámica del Derecho Fiscal, así como su compleja redacción, conlleva la necesidad invariable de su interpretación y aplicación conforme a lo dispuesto por el artículo 5 del Código Fiscal de la Federación, lo cual representa una labor compleja para el contribuyente que cumple con sus obligaciones fiscales, para el litigante y por último para el que juzga.

1. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN

El problema de la interpretación es y ha sido desde siempre una de las constantes de la vida cotidiana del hombre, que va desde la interpretación de palabras, proverbios, señalamientos de tránsito, hasta la referida a conceptos especiales como pueden ser enunciados filosóficos, términos contables y términos jurídicos, de los cuales estos últimos revisten especial importancia porque inciden directamente en la vida del hombre, pudiendo afectar su libertad, así como su patrimonio. De esta manera para el maestro García Máynez¹, interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos; por ello tiene significación.

En razón de lo anterior es necesario dar a cada expresión una

* Asesor Jurídico Federal.

¹García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 48ª. Ed. Reimp., México, 1996, p. 325.

significación especial para tratar de encontrar su verdadero significado y poderla aplicar posteriormente. De ahí la importancia que reviste la interpretación de las normas, hechas precisamente para prevenir, regular o solucionar las diversas situaciones que podrían presentarse en el actuar diario del individuo, sin pretender que el legislador pudiera tener en mente todas y cada una de las posibles conductas que podría realizar el individuo, lo cual sería imposible.

Ahora bien, trasladándonos al campo del derecho podemos concluir que interpretar una norma jurídica significa desentrañar su contenido, descubrir el sentido que encierra y aproximarse a lo que el legislador quiso decir.

De la adecuada interpretación de la norma, en el presente caso de la norma fiscal, depende que la autoridad ejerza debidamente sus facultades y que el individuo no sea gravado con cargas económicas indebidas, lográndose con esto que el Estado obtenga los recursos necesarios para sufragar el gasto público; así lo sostiene el maestro Adolfo Arrijo Vizcaíno² al señalar que: “la labor de interpretar las leyes fiscales, es decir, la función de determinar en qué casos las mismas son o no son aplicables a los gobernados, representa una actividad sumamente delicada, ya que de la forma como se ejerza dependerá en gran medida que, por una parte, no se grave a los causantes con cargas económicas indebidas y que por la otra, no se prive al estado de los recursos económicos que imperiosamente necesita para sufragar el gasto de los servicios públicos y demás actividades de interés general. Dicho en otras palabras, la función interpretativa de la Ley Tributaria permite la consecución de la justicia fiscal, armonizando en la práctica los postulados constitucionales de proporcionalidad y equidad...”

Solamente de esta manera se lograría la finalidad del derecho fiscal y se cumplirían las funciones del Estado en un marco pleno de respeto a las garantías del gobernado.

² Arrijo Vizcaíno, Adolfo, *Derecho Fiscal*, Editorial Themis, 13^a. Ed. 2^a. Reimp., México, 1998, pp. 300 y 301.

2. ESCUELAS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La complejidad que representa la interpretación del derecho ha propiciado que a lo largo de su historia, surjan diversas escuelas con postulados diferentes y con frecuencia encontrados entre sí. Dentro de estas escuelas de interpretación, de acuerdo con el maestro Narciso Sánchez Gómez,³ encontramos las siguientes:

a) La Escuela o teoría absolutista.- Niega la posibilidad de interpretar la ley, a la cual no debe darse más alcance que el literal.

b) La teoría de la voluntad del legislador, o teoría subjetiva.- Sostiene que la labor interpretativa consiste en buscar la voluntad del legislador. Se le conoce también como la escuela de la exégesis, prácticamente se busca la razón de ser de la ley, o lo que es lo mismo, la necesidad social a cuya satisfacción se dirige aquélla.

c) La Escuela objetivista o de la voluntad de la ley.- Pretende separar la voluntad psicológica del legislador de la que está contenida en el propio texto legal. Contempla a la ley en forma personificada, se le atribuye una voluntad, de tal manera que la ley va adaptándose a los cambios sociales y de otra naturaleza que ocurren a medida que el tiempo va pasando. Lo que significa que toda norma jurídica debe ser enfocada a los intereses sociales y que en forma paulatina el pueblo debe acoplarse y ajustarse a su contenido.

d) La Escuela de la interpretación libre.- Pretende que el juzgador, como miembro de la sociedad e intérprete del sentido popular, ante las imperfecciones de la ley, ha de crear la norma adecuada, lo cual nos da a entender que la labor fundamental del juez consiste en proteger los intereses sociales al dictar sus resoluciones respectivas, subsanando en su caso las lagunas u omisiones que se registren en la norma aplicable al caso concreto.

Las referidas escuelas son las más importantes que se han ocupado de la interpretación de las normas jurídicas, observándose cómo las mismas difieren en sus postulados al pretender encontrar el significado de la norma.

³ Sánchez Gómez, Narciso, *Derecho Fiscal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1999, pp. 64 y 65.

3. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La evolución de la ciencia del Derecho, así como de sus técnicas interpretativas, ha motivado la aparición de diversos métodos con criterios variados que no tienen más finalidad que encontrar el sentido de la norma para lograr su aplicación al caso concreto, sin embargo como dice el maestro García Máynez,⁴ la interpretación es un arte y, consecuentemente, posee una técnica especial. Pero como toda técnica supone el correcto empleo de una serie de medios, para la obtención de ciertos fines, resulta indispensable estudiar los métodos interpretativos, ya que el buen éxito de la actividad del intérprete dependerá de la idoneidad de posprocedimientos que utilice.

El maestro Refugio de Jesús Fernández Martínez⁵ señala como métodos de interpretación jurídica utilizados por la ciencia del derecho los siguientes:

a) El método exegético.- Se basa esencialmente en tomar en cuenta únicamente el sentido literal o gramatical de las palabras empleadas en la expresión de la norma jurídica. Es el método utilizado por los seguidores de la escuela de la teoría absolutista.

b) El método lógico o conceptual.- Es aquél por medio del cual se busca la finalidad de la norma, o sea el verdadero sentido de su expedición. Es el método utilizado por los seguidores de la escuela de la teoría subjetivista.

c) El método histórico o evolutivo.- Se basa en encontrar el verdadero sentido de la ley, investigando sus antecedentes, su génesis, o sea las necesidades que le dieron origen y su evolución.

d) El método sistemático.- De acuerdo con este método, la norma jurídica debe interpretarse con todo el conjunto de normas que constituyen el conjunto del cual forman parte, las cuales están debidamente vinculadas por la afinidad que de ellas deriva, y se encuentran relacionadas entre sí, formando parte de un sistema coherente y orgánico; de lo cual se deriva la consecuente práctica,

⁴ García Maníes, Eduardo, Op. Cit. p. 331.

⁵ Fernández Martínez, Refugio, *Derecho Fiscal*, Editorial Mac Graw Hill, México, 2000, pp. 124 y 125.

de que al interpretar una norma no hay que analizarla aisladamente, sino como parte de un todo que es el sistema jurídico al que pertenece, la interpretación debe ser armónica. Es el método utilizado por los seguidores de la escuela de la teoría objetivista.

e) El método económico.- Este método de interpretación consiste en buscarle un sentido económico a las normas jurídicas fiscales, puesto que su expedición deriva de una realidad económica, que es la finalidad esencial del contenido de la norma jurídica de carácter fiscal, o sea regular la forma en que los particulares deben proporcionar los recursos económicos que el Estado requiere para la satisfacción de sus atribuciones, y le son indispensables para el logro de dicho objetivo.

No obstante lo anterior a dichos métodos bien vale la pena incorporarles los que señala el maestro Adolfo Arriola Vizcaíno⁶ quien acertadamente señala la interpretación analógica y la interpretación a contrario sensu y las concibe de la siguiente manera:

a) Interpretación analógica.- Consiste en aplicar a una situación de hecho no prevista en una ley, la norma jurídica aplicable a una situación similar que sí esta prevista en dicha ley. Comúnmente, esta técnica jurídica se expresa a través del aforismo que nos dice “donde existe la misma situación de hecho, debe existir la misma razón de derecho.”

Así mismo, agrega, “El método analógico es de utilización delicada, ya que de no existir una adecuada identidad entre la situación no prevista y la que sí está prevista en la ley, se puede llegar a otorgar a esta última alcances que en realidad no posee y, en consecuencia, se le puede aplicar indebidamente.”

Este método carece de una base objetiva para su aplicación, ya que se hace depender del criterio de quien aplica la ley para determinar si un hecho es idéntico a otro o no lo es. Es meramente subjetivo.

b) Interpretación a contrario sensu.- Este método parte de un supuesto de carácter esencialmente lógico, al considerar que no

⁶ Op. Cit., pp. 303 y 304.

quedan comprendidos dentro de la hipótesis normativa prevista en la ley, todos aquellos que se encuentran colocados en una situación exactamente contraria a la que en tal hipótesis se contiene. En este sentido podemos afirmar que constituye una técnica jurídica bastante correcta que coadyuva a descubrir el significado de determinadas normas jurídicas. La única objeción que podemos formularle se deriva del hecho de que se trata de un método interpretativo de aplicación sumamente limitada, ya que para que el mismo surta efectos, es requisito indispensable que la norma jurídica a interpretar admita una situación a contrario y además dicha situación se presente en realidad. En otras palabras sólo sirve para facilitar la aplicación de un número determinado de disposiciones legales a un número también determinado de casos prácticos, por lo que no puede considerársele como un método general y objetivo de interpretación de la Ley, sino tan sólo como una técnica auxiliar de otros métodos.

La importancia de dichos métodos radica precisamente en que cualquiera de ellos puede ser utilizado por el juzgador al momento de aplicar de manera estricta la norma fiscal.

Una vez conocidos los diversos métodos de interpretación jurídica, ya podemos estar en aptitud de abordar el contenido y alcance del artículo 5 del Código Fiscal de la Federación.

4. CONTENIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 5 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

Del contenido del artículo 5 del Código Fiscal de la Federación podemos inferir que las normas tributarias pueden interpretarse utilizando cualquier método de interpretación jurídica, teniendo especial cuidado en su aplicación, que refiriéndose a cargas y excepciones, multas e infracciones, una vez interpretadas deben aplicarse estrictamente. De la misma forma podemos inferir la supletoriedad del derecho federal común, desde luego con sus limitaciones.

A. CARGAS, EXCEPCIONES, INFRACCIONES Y SANCIONES

Para el efecto de nuestra exposición dividiremos el referido artículo en dos partes, comprendiendo los dos párrafos de que consta. Así tenemos que el primer párrafo establece que: “Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.”

Analizando la primera parte del artículo en cita podemos señalar que las cargas impuesta por las normas tributarias a los particulares no se agotan con el enunciado de referencia, es decir, con el sujeto, objeto, base, tasa o tarifa, ya que tales cargas sólo son enunciativas, mas no limitativas, pues existe una carga cuando al gobernado se le obliga a hacer algo, a dejar de hacerlo, o bien a dar.

Al respecto podemos enunciar las siguientes tesis:

No. Registro: 185,419

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVI, Diciembre de 2002

Tesis: 2a./J. 133/2002

Página: 238

CONTRIBUCIONES. LAS DISPOSICIONES REFERENTES A SUS ELEMENTOS ESENCIALES, AUNQUE SON DE APLICACIÓN ERICTA, ADMITEN DIVERSOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN PARA DESENTRAÑAR SU SENTIDO. “El hecho de que el legislador haya establecido que las disposiciones fiscales que prevén elementos esenciales, como son sujeto, objeto, base, tasa o tarifa de una contribución y las excepciones a ésta, son de aplicación estricta, no significa que el intérprete no pueda acudir a los diversos métodos que permiten conocer la verdadera inten-

ción del creador de aquellas disposiciones, cuando de su análisis literal en virtud de las palabras utilizadas, sean técnicas o de uso común, se genere incertidumbre sobre su significado, ya que el efecto de lo ordenado por el legislador es obligar a aquél a que realice la aplicación estricta de la respectiva hipótesis jurídica única y exclusivamente a las situaciones de hecho que coincidan con lo previsto en ella, una vez desentrañado su alcance.”

Octava Época

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIII, Marzo de 1994

Página: 326

“CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 5o. DEL. El artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación, determina: “Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa. Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal”. Al señalar el artículo antes transcrito que, “se considera que establecen cargas a los particulares, las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa”, el legislador sólo precisa en forma enunciativa mas no limitativa los supuestos en que las disposiciones fiscales deben considerarse por quien las interpreta como de aplicación estricta, siendo por tanto la primera parte del dispositivo de cuenta el género y la segunda, la especie.”

Contrario a lo anterior, las disposiciones tributarias que fijan infracciones y sanciones a los particulares sí se agotan en el contenido de la norma tributaria pues deben estar específicamente deter-

minadas en aquellas, siendo válido en el presente caso la máxima jurídica utilizada en materia penal y que dice “no hay pena sin ley”, lo que significa que la infracción y la sanción que se apliquen al gobernado deben contemplarse con toda precisión en la ley y corresponder con toda exactitud a la conducta que se sanciona, de lo contrario resultaría ilegal.

De lo expuesto a primera vista podemos observar que el método exegético tiene prioridad respecto de cualquier otro método cuando se trata de cargas a los particulares, de excepciones, de infracciones y de sanciones. En este aspecto se atiende al sentido gramatical o literal de las palabras contenidas en la norma jurídica.

No obstante los múltiples cambios que ha habido en el derecho fiscal esta norma ha permanecido a lo largo del tiempo, desde luego con algunos cambios que la han aclarado y la han hecho más precisa.

Así podemos encontrar que la aplicación estricta de la norma tributaria ha sido confirmada por el juzgador en los diversos momentos en que le ha correspondido decidir sobre esta circunstancia. En este sentido, a pesar de que el artículo 76 del Código Fiscal de la Federación, en sus fracciones I y II, ya no contempla las multas actualizadas, podemos citar la siguiente tesis, por la importancia que en su momento revistió:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Noviembre de 1999

Tesis: VIII.1o.42 A

Página: 997

“MULTA POR LA OMISIÓN EN EL PAGO DE IMPUESTOS AL COMERCIO EXTERIOR. DEBE IMPONERSE SOBRE EL TOTAL DE LAS CONTRIBUCIONES OMITIDAS NO ACTUALIZADAS (ARTÍCULO 178, FRACCIÓN I DE LA LEY ADUANERA). El artículo 178, fracción I de la Ley Aduanera (vigente en 1997), no establece que la multa por la omisión en el pago

de impuestos al comercio exterior, se deba realizar con base en la contribución omitida actualizada, en virtud de que el legislador no lo dispuso así, pues de haberlo querido, lo hubiera establecido de manera categórica, como así lo hizo y se puede constatar de la lectura practicada al artículo 76, fracciones I y II del Código Fiscal de la Federación, que disponen de manera expresa que la aplicación de las multas allí reguladas serán sobre las contribuciones omitidas actualizadas. Bajo este orden de ideas, y atento a lo que dispone el artículo 5o., párrafo primero del Código Fiscal de la Federación, de aplicación supletoria a la Ley Aduanera, por disposición expresa de su artículo primero, se sigue que al no establecerse en el artículo 178, fracción I de la Ley Aduanera que la sanción en éste prevista será sobre contribuciones omitidas actualizadas, resulta entonces, que la autoridad hacendaria debe aplicar la sanción correspondiente regulada en el precepto legal citado, sólo sobre la contribución omitida no actualizada, en razón de que al tratarse de una sanción, ésta debe ser aplicada de manera estricta conforme lo disponga el ordenamiento legal aplicable bajo el principio constitucional que rige en materia penal, aplicable analógicamente al caso, que versa: "... queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

A pesar de que la interpretación exegética o literal encuentra especial sustento en el artículo en comento por disposición expresa, es indiscutible que en la interpretación y aplicación de la norma fiscal no podemos limitarnos a un solo método, sino que es perfectamente válido, con tal de encontrar la esencia de la norma, recurrir a diversos métodos pero siempre de una forma armoniosa con las finalidades del derecho tributario. En este aspecto nuestros tribunales se han sostenido las siguientes tesis:

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Diciembre de 2002

Tesis: 2a./J. 133/2002

Página: 238

“CONTRIBUCIONES. LAS DISPOSICIONES REFERENTES A SUS ELEMENTOS ESENCIALES, AUNQUE SON DE APLICACIÓN ESTRICTA, ADMITEN DIVERSOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN PARA DESENTRAÑAR SU SENTIDO. El hecho de que el legislador haya establecido que las disposiciones fiscales que prevén elementos esenciales, como son sujeto, objeto, base, tasa o tarifa de una contribución y las excepciones a ésta, son de aplicación estricta, no significa que el intérprete no pueda acudir a los diversos métodos que permiten conocer la verdadera intención del creador de aquellas disposiciones, cuando de su análisis literal en virtud de las palabras utilizadas, sean técnicas o de uso común, se genere incertidumbre sobre su significado, ya que el efecto de lo ordenado por el legislador es obligar a aquél a que realice la aplicación estricta de la respectiva hipótesis jurídica única y exclusivamente a las situaciones de hecho que coincidan con lo previsto en ella, una vez desentrañado su alcance.”

Con respecto a las excepciones podemos mencionar que de igual forma deben estar contempladas en la norma para su debida aplicación, ya que solamente mediante ley el legislador puede crear situaciones preferentes para determinados contribuyentes expresamente señalados en la norma, mismos que de alguna manera serán beneficiados respecto del pago de alguna contribución. En este sentido y para una mejor comprensión se enuncia la siguiente tesis:

No. Registro: 180,975

Tesis aislada

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XX, Julio de 2004

Tesis: XIV.2o.81 A

Página: 1831

VALOR AGREGADO. LOS SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA TASA DEL 0% PREVISTOS POR EL ARTÍCULO 2o.-A, FRACCIÓN I, INCISO B), SUBINCISOS 1 Y 2, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, NO DEBEN ENTENDERSE DE MANERA LIMITATIVA, SINO ENUNCIATIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2002). “De conformidad con el artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación, las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares (las que se refieran al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa) y las que señalan excepciones a éstas, son de aplicación estricta. Por tanto, si la fracción I, incisos a) y b), subincisos 1 y 2, del artículo 2o.-A de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, regula la aplicación de la tasa del 0% en la enajenación de animales y vegetales que no estén industrializados, salvo el hule, así como de medicinas de patente y productos destinados a la alimentación, con excepción de las bebidas distintas de la leche (aun cuando tengan la naturaleza de alimentos) y de otros productos (jarabes, concentrados, polvos, esencias o extractos de sabores) que al diluirse permitan obtener refrescos, se establece una carga a los particulares, pues la enajenación de bienes es el hecho imponible de la contribución y constituye el objeto del impuesto, entonces, es inconcuso que su interpretación debe hacerse de manera estricta. En tales condiciones, dado que la voluntad del legislador fue la de que sean exceptuadas de la tasa del 0% las bebidas distintas de la leche, así como los concentrados, polvos, jarabes, etcétera, que sirvan (inclusive diluyéndose) para preparar bebidas refrescantes, resulta patente que el producto denominado “horchata” queda incluido dentro de los supuestos de excepción, ya que éstos no deben entenderse de manera limitativa, sino enunciativa, toda vez que resultaría casi imposible que dicho numeral abarcara todas las bebidas existentes diversas de la leche, aun cuando, en ciertos casos, para la elaboración de aquel producto sea adicionada la leche, pues sus cualidades son distintas en sabor y consistencia.”

B. ANALOGÍA, SUPLETORIEDAD Y “A CONTRARIO SENSU”

Una vez concluida la exposición y alcance de la primera parte del artículo en cita ya podemos abordar lo correspondiente a que: “Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal.”

Como se ha expuesto la aplicación analógica surge cuando se ha aplicado una norma a una situación de hecho y posteriormente, se aplica la misma norma a una situación similar no prevista en la ley. Al respecto entre otras tesis nuestros tribunales han sostenido lo siguiente:

Novena Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Enero de 2001

Tesis: XIV.3o.2 A

Página: 1749

“MULTAS FISCALES. EL ARTÍCULO 77, FRACCIÓN I, INCISO C), DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE PREVÉ SU AMPLIACIÓN, VIOLA LOS ARTÍCULOS 22 Y 31, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN (APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 10/95). En la jurisprudencia P./J. 10/95, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “MULTAS FIJAS. LAS LEYES QUE LAS ESTABLECEN SON INCONSTITUCIONALES”, se sostuvo que las leyes que las prevén resultan inconstitucionales en tanto no permiten a las autoridades que las imponen la posibilidad de fijar su monto atendiendo a la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, su reincidencia en la conducta que motiva la multa y todas aquellas circunstancias que deben tenerse presentes para individualizar la sanción. Ahora bien, la jurisprudencia de

mérito resulta aplicable por analogía al artículo 77, fracción I, inciso c), del código tributario federal, que establece el aumento en un cincuenta por ciento fijo de la multa impuesta en términos del artículo 76 de la misma norma, por incurrir en alguna de las hipótesis que prevé el diverso artículo 75 del mismo código, en virtud de que dicho incremento no es el cincuenta por ciento de la multa existente, respecto de la cual la autoridad para imponerla pudo atender a las circunstancias especiales del caso, al establecer ese artículo un porcentaje mínimo y otro máximo, sino del total de las contribuciones retenidas o recaudadas y no enteradas, es decir, el aumento que impone el artículo tildado de inconstitucional, es autónomo en cuanto a su cuantificación, y no depende del monto por concepto de multa impuesto al contribuyente, en términos del artículo 76, pues aunque el aumento es en relación a la multa, su origen se sustenta en el artículo 75, fracción III; por tal motivo, el total de la multa ya integrada se compone de dos conceptos, el primero por la pena impuesta por una conducta base, que satisface los principios de equidad y proporcionalidad tributaria, y otro que se impone por la conducta agravada, que no cumple con tales principios. Con lo anterior no se quiere decir que la conducta agravada del contribuyente se desligue de la falta cometida, ya que para que exista una conducta agravada es necesario que exista la conducta base que generó la sanción, pero en el presente caso, existe autonomía para la cuantificación de cada una de esas conductas, pues mientras la base se sustenta en el artículo 76 antes mencionado, la agravada hace lo propio en el artículo 75 en comento, lo que provoca la imposición en parte, de una multa excesiva.”

En cuanto a la supletoriedad dispone el artículo en comento que: “A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza del derecho fiscal.”

Para recurrir a una norma que no sea fiscal, primero debemos agotar todas las posibilidades existentes analizando por ejemplo la Ley del Impuesto al Valor Agregado, la Ley del Impuesto Sobre la

Renta, la Ley del Activo, la Ley Aduanera y demás leyes propiamente tributarias; solamente cuando en estas disposiciones no se encuentre plenamente regulada la conducta o figura jurídica, podrá recurrirse al derecho federal común, sin que esto implique colmar deficiencias o lagunas que jamás quiso regular el legislador. Como ejemplo en que se ha operado la supletoriedad se cita la siguiente tesis:

No. Registro: 177,406

Tesis aislada

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Agosto de 2005

Tesis: XXI.1o.P.A.35 A

Página: 2067

VALOR AGREGADO. LA EXENCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 21-A DEL REGLAMENTO DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO PARA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE CONSTRUCCIÓN DE INMUEBLES DESTINADOS A CASA HABITACIÓN, INCLUYE LA INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE AIRE ACONDICIONADO Y SUS ACCESORIOS. “El artículo 21-A del Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado establece una exención para la específica actividad relativa a la prestación de servicios de construcción, cuando se trate de inmuebles destinados a casa habitación, ampliaciones a dichos inmuebles y la instalación de casas prefabricadas que se utilicen para tal fin. Dichos supuestos reglamentarios complementan la hipótesis normativa prevista por la fracción II del artículo 9o. de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. Sobre el particular, no se define en la referida ley, su reglamento, ni el Código Fiscal de la Federación lo que debe entenderse por inmuebles ni por casas habitación, lo que lleva a recurrir a las fuentes de derecho aplicables supletoriamente; en el caso, el arábigo 750, fracciones III, VIII y IX, del Código Civil Fe-

deral establece supuestos en que ciertos bienes muebles deben considerarse como inmuebles por destino. De lo anterior se colige que la prestación de servicios de suministro e instalación de equipos de aire acondicionado podrá ser considerada como exenta del pago del impuesto al valor agregado en términos del dispositivo reglamentario, no sólo porque se establezca en los contratos que los edificios para los que pactaron los servicios de referencia se destinarían a condominios habitacionales, porque para que se verifique la estricta aplicación de la norma reglamentaria que contiene la exención es indispensable que se demuestre, con el resultado de la prueba pericial: 1) que se instalaron los equipos de aire acondicionado en casas habitación, que con tal carácter pueden considerarse los apartamentos destinados para vivienda; 2) que la instalación no sólo ocasiona estructuralmente la prevención en los proyectos respectivos de tomar en cuenta las zonas por las que pasa el sistema de ductos que en su caso se encuentran adheridos al suelo; y, 3) que los ductos están ahogados en los muros de los inmuebles y que integran la totalidad de los mismos, quedando fijos de por vida a ellos, y que por tanto los equipos de aire acondicionado y sus accesorios constituyen inmuebles por destino.”

Otro ejemplo podemos encontrarlo cuando la ley específica no contempla la definición o concepto que pretende regular limitándose solamente a enunciarlo, por lo que se tiene que recurrir primero a otra ley fiscal. En el presente caso nos referimos al concepto “asistencia técnica” que no está definida por la Ley del Impuesto al Valor Agregado, pero sí por el Código Fiscal de la Federación en su artículo 15-B último párrafo.

Por último haremos referencia a la interpretación denominada “a contrario sensu”, por medio del cual se analiza la norma y se concluye que la conducta o situación que pretende regularse es contraria a dicha norma. En tal sentido se enuncian las siguientes tesis:

Quinta Época.

Instancia: Primera Sección

R.T.F.J.F.A.: Quinta Época. Año I. No. 3. Marzo 2001.

Tesis: V-P-1aS-11

Página: 75

“AGENTE ADUANAL.- SU RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE CONTRIBUCIONES POR LA IMPORTACIÓN DE MERCANCÍAS, AL AMPARO DE UN TRATO ARANCELARIO PREFERENCIAL.- El primer párrafo del artículo 54 de la Ley Aduanera prevé los supuestos de responsabilidad de los agentes aduanales; sin embargo, el mismo numeral, en diversas fracciones establece excluyentes de responsabilidad para estos sujetos, entre ellas, la relativa a la omisión del pago de contribuciones, derivado de la aplicación de un arancel preferencial, cuando de acuerdo con un tratado o acuerdo internacional se requiera de un certificado de origen para gozar de un trato arancelario preferencial, siempre que éste conserve copia de aquél. Consecuentemente, interpretando a contrario sensu la excepción en cita, el agente aduanal sólo será responsable del pago de las contribuciones que se generen por la importación de mercancías al amparo del tratado mencionado, si éste no conserva copia del referido certificado y omite exhibirla a requerimiento de las autoridades aduaneras en el término otorgado para tal efecto.”

CONCLUSIÓN

Una vez expuestos los diversos métodos de interpretación jurídica y el contenido del artículo 5 del Código Fiscal de la Federación podemos concluir lo siguiente:

1. El método de interpretación exegetico o literal tiene prioridad respecto de los demás métodos de interpretación cuando se trata de cargas, excepciones infracciones y sanciones al gobernado.

- 2.- Las cargas que señala el artículo 5 del Código Tributario relativas al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa, son sólo enunciativas más no limitativas, pues existen otras cargas que no se refieren a estos conceptos.

3. La labor del intérprete no debe limitarse a la interpretación y aplicación estricta de la norma fiscal, siendo válido recurrir a cual-

quiera de los métodos de interpretación jurídica sobre todo cuando las palabras empleadas en la norma son poco claras y confusas, tomando en consideración inclusive cuestiones económicas, circunstancias temporales, la exposición de motivos de la norma y, aun leyes derogadas para encontrar el verdadero significado de la norma, teniendo siempre en cuenta la finalidad de la norma tributaria y la armonía de todas sus disposiciones.

4. Las sanciones y las infracciones, deben estar determinadas con toda precisión en la norma fiscal siendo válido por analogía el aforismo jurídico adoptado de la materia penal “nullum tributum sine lege”.

5. La supletoriedad del derecho federal común solamente opera cuando en la norma tributaria se encuentra contemplada, pero no suficientemente desarrollada, la figura jurídica a regular.

BIBLIOGRAFÍA

Arrijo Vizcaíno, Adolfo, *Derecho Fiscal Mexicano*, Editorial Themis, 13ª Edición, 2ª Reimp. México, 1998, pp. XXXV et 538.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 48ª. Ed., México, 1996, Pp., XVI et 444.

Fernández Martínez, Refugio de Jesús, *Derecho Fiscal*, Editorial Mc Graw Hill, México, 2000, Pp. XXXIII et 466.

Sánchez Gómez, Narciso, *Derecho Fiscal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1999, Pp. XVI et 593.

DISCOS COMPACTOS

COMPILA XIV, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la Federación, México, 2007.

IUS 2006

LEGISLACIÓN FISCAL Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Poder Judicial de la Federación, México, 2007.

JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA 2004, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Breve reflexión sobre el cumplimiento simultáneo de las penas de prisión. El caso de concurso real de delitos

*Astro Alberto Montes Leño**

Sabemos que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la Autoridad Judicial, y esto por disposición expresa del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que en dicha norma legal se consigna un principio de reserva judicial a los jueces respecto de la imposición de las penas, lo cual constituye una garantía a favor de los gobernados; por lo que entonces, solamente la autoridad judicial es la facultada para imponer una pena de prisión a aquella persona a la cual se le comprobó su plena responsabilidad penal en la comisión de un hecho previamente tipificado como delito en cualquier legislación penal o en alguna ley que contemple alguno de los llamados delitos especiales.

Por lo tanto, al dejar claramente establecido que solamente la autoridad judicial es la encargada de imponer una pena privativa de libertad, también a ella es a quien compete resolver toda petición que tenga por objeto modificar el cuántum de dicha pena de prisión, así como resolver toda solicitud que se formule en torno a la adecuación de la condena impuesta al justiciable, aun cuando la petición se formule en la etapa de ejecución de sentencia, y esto en base al reciente criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial 100/2007, cuyo contenido es el siguiente:

* Defensor Público Federal.

PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL LA APLICACIÓN RETROACTIVA EN BENEFICIO DEL REO DE LOS ARTÍCULOS 25, PÁRRAFO SEGUNDO Y 64, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, PARA MODIFICAR EL QUÁNTUM DE AQUÉLLAS, AUN CUANDO ESTÉ EN EJECUCIÓN LA SENTENCIA. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a./J. 174/2005, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, página 455, con el rubro: “REDUCCIÓN DE LA PENA. LA APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE AL REO, AUN CUANDO YA ESTÉ EN EJECUCIÓN LA SENTENCIA, CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUDICIAL (LEGISLACIÓN FEDERAL)”, sostuvo que para definir qué autoridad debe aplicar la ley más benéfica al inculcado o al sentenciado, ha de atenderse a las características materiales del beneficio que concede la nueva norma y, por otro lado, al resolver la contradicción de tesis 38/2006-PS estableció que de la interpretación sistemática de los artículos 25, párrafo segundo y 64, párrafo segundo, del Código Penal Federal, reformados mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 2004, se advierte que cuando se impongan penas privativas de la libertad por diversos delitos en diferentes causas penales en las cuales los hechos no son conexos, similares o derivados unos de otros, aquéllas deben compurgarse sucesivamente, mientras que la prisión preventiva debe tenerse por cumplida en forma simultánea en todas las causas penales, lo cual equivale a descontar el quántum de la prisión preventiva en todas las penas impuestas al mismo sujeto. En ese sentido, se concluye que cuando se está ejecutando una sentencia penal y el reo solicita que se le apliquen retroactivamente los citados artículos para que se le reduzca la pena, tal aplicación corresponde a la autoridad jurisdiccional, pues debe determinar aspectos que requieren un análisis especializado de peritos en derecho, como si se está ante un concurso real de delitos y si los hechos ilícitos son conexos, simi-

lares o derivados unos de otros, además de que tales aspectos inciden en la disminución de la pena que ya había impuesto el juzgador, lo cual se relaciona directamente con la facultad para aplicar sanciones y fijar penas que compete exclusivamente a la autoridad judicial, conforme al principio constitucional de reserva judicial, aun cuando ya esté en ejecución la sentencia porque si bien al dictarla cesa la jurisdicción del juez, ésta no se agota sino que se retoma cuando en virtud de la entrada en vigor de la mencionada reforma debe adecuarse la pena impuesta al reo.

Contradicción de tesis 2/2007-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 30 de mayo de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo en su ausencia hizo suyo el asunto José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Nínive Ileana Penagos Robles.

Se consideró prudente establecer lo anterior, en virtud de que como es sabido por todos los compañeros integrantes del Instituto Federal de Defensoría Pública, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció en el diverso criterio jurisprudencial 8/2007 que derivó de la contradicción de tesis 38/2006PS, que la compurgación simultánea de las penas de prisión, prevista en el artículo 25 del Código Penal Federal, se debía entender en el sentido de que únicamente se compurgaría simultáneamente el tiempo de la duración de la prisión preventiva, no así la totalidad de las penas que se le hubieren impuesto en diversos procesos; lo anterior, trajo como consecuencia que el gobernado perdiera toda esperanza de alcanzar su libertad en forma pronta, ya que muchos condenados esperaban que nuestro Máximo Órgano Judicial emitiera un criterio favorable a sus intereses, para que así las penas de prisión que se les habían impuesto en diversas causas penales, en idénticos o distintos fueros, fueran compurgadas en forma simultánea; sin embargo, el anterior criterio fue contrario a sus intereses.

No se omite precisar que en diversos circuitos judiciales, exis-

tieron criterios que favorecían a los defendidos, lo que traía como consecuencia que los jueces federales o magistrados de Circuito, acatando estrictamente el contenido del artículo 54 del Código Penal Federal, aplicaran en beneficio del reo el compurgamiento simultáneo de las penas de prisión, aunque estas hubieran tenido hechos anteriores al ingreso a prisión y se tratara de distintos fueros, pero esto quedó en el pasado, al resolverse la contradicción de tesis aquí referida por la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahora bien, este humilde Defensor Público Federal considera que no toda esperanza de compurgamiento simultáneo de las penas para los sentenciados quedó en el pasado, ya que podemos hacer tal petición tratándose de un concurso real de delitos, aplicando con ello el artículo 64 del Código Penal Federal; para comprender esta breve reflexión, se considera necesario transcribir la tesis jurisprudencial 8/2007, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual a la letra dice:

PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. LA COMPURGACIÓN SIMULTÁNEA PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL SE REFIERE AL TIEMPO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. Del proceso legislativo que originó la reforma del segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 2004, se advierte que ésta obedeció al problema de sobrepoblación en los centros de reclusión del país, ante lo cual el legislador atendió, por una parte, el reemplazo de las penas de prisión por penas sustitutivas y, por otra, el tiempo que dura la prisión preventiva en los delitos cometidos por hechos anteriores al ingreso a prisión. Ahora bien, de la interpretación sistemática de dicho artículo y del numeral 64 del citado código –también reformado en la fecha indicada–, se colige que en caso de que se impongan penas privativas de libertad por diversos delitos en diferentes causa penales en las cuales los hechos no son conexos, similares o derivados unos de otros, aque-

llas deben compurgarse sucesivamente,¹ mientras que la prisión preventiva debe tenerse por cumplida simultáneamente en todas las causas, lo que equivale a descontar el cuántum de la prisión preventiva en todas las penas impuestas al mismo sujeto. En congruencia con lo anterior, se concluye que el referido artículo 25, al contener la expresión “las penas se compurgarán en forma simultánea”, se refiere al tiempo de duración de la prisión preventiva, el cual debe tomarse en cuenta para todas las causas seguidas en contra del inculcado, sobre todo porque con ello se atiende al objetivo de la pena, como medida aflictiva para quien realiza una conducta delictuosa, la cual también debe ser preventiva e inhibir las conductas antisociales, pues estimar lo contrario, es decir, que la compurgación simultánea de las penas se refiere a las que son impuestas como sanción, la haría nugatoria en tanto que de manera indebida se reduciría considerablemente el tiempo de reclusión.

Contradicción de tesis 38/2006-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Quinto, ambos en materia penal del Primer Circuito. 10 de enero de 2007. 5 votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Rosaura Rivera Salcedo.

Es aquí precisamente, del contenido de esta tesis jurisprudencial, la cual en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, es obligatoria para los tribunales colegiados de Circuito, tribunales unitarios de Circuito, jueces de Distrito y demás autoridades mencionadas en dicho precepto legal, donde surge, en mi concepto, la opción del compurgamiento simultáneo de la penas, y para una mejor comprensión de lo subrayado en la tesis transcrita, estimo pertinente consultar parte de la ejecutoria de donde deriva la tesis jurisprudencial en cita, ya que del cuerpo de dicha resolución se advierte que los ministros determinaron, entre otras cosas, lo siguiente “...De la anterior transcripción se advierte que el segundo párrafo establece que tratándose de concurso real (cuando con pluralidad de con-

¹ Lo subrayado en el criterio apuntado lo realicé para poder comprender lo interesante de lo resuelto por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ductas se realizan varios delitos), si las penas se imponen en el mismo o diversos procesos, pero si los hechos son conexos o similares, o derivados uno del otro, las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de la libertad por el primer delito, es decir, las penas se compurgarán de manera simultánea, así, dicho precepto establece como único caso en el cual las penas se compurgan de manera simultánea el concurso real de delitos cuando los hechos son conexos, similares o derivados unos de otros, lo que resulta lógico partiendo de que se trata de los mismos hechos, o bien, hechos relacionados, los que dan origen a diversos delitos, es decir a varias conductas típicas”.²

En concordancia con lo resuelto por los honorables ministros de nuestro Máximo Órgano Federal, es aquí donde encontramos la llave para solicitar el compurgamiento simultáneo de las penas de prisión que se impongan en diversas causa penales (incluso de distinto fuero) en donde exista el concurso real de delitos, y esto porque es muy común que los Defensores Públicos Federales brindemos el servicios de defensa a defendidos que han cometido un injusto de robo, valiéndose para ello de la utilización de un arma de fuego, conducta que evidentemente encuadra en la figura jurídica del concurso real de delitos, la cual se establece en el artículo 18 del Código Penal Federal, puesto que con pluralidad de conductas se cometen varios antijurídicos, es decir, en concepto del suscrito Defensor Público, en la conducta desplegada por el defendido en este supuesto, los hechos delictivos resultan ser conexos, y en todo caso similares, o derivados uno del otro, por lo que entonces las penas que lleguen a imponerse por dichas conductas típicas, deben compurgarse en forma simultánea, de acuerdo al citado artículo 64 del Ordenamiento Legal antes mencionado, sin que obste para ello que se trate de diversos fueros (local o federal) tal como se verá más adelante.

En el anterior sentido, considero prudente referir que el suscrito promovió a nombre de un defendido, ante el Juez Primero de

² Para una mayor comprensión de lo asentado en letra cursiva, se recomienda imponerse del contenido total de ejecutoria de amparo, la cual se encuentra en forma integra en la página de intranet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Distrito en Materia Penal en el Estado de Jalisco, en el proceso penal 17/2003-III, el día 8 de marzo de 2007, en la etapa de ejecución de sentencia, un incidente no especificado de compurgamiento simultáneo de las penas de prisión, al considerar que existía en el caso concreto un concurso real de delitos, ya que mi defenso cometió un injusto de robo utilizando un arma de fuego, y obviamente fue procesado y sentenciado por el delito de robo ante un Juez del Orden Común. Al resolverse la incidencia planteada, el Juez Federal determinó que era improcedente, ya que analizó la petición bajo la óptica del artículo 25 de la Ley Sustantiva Penal Federal, mas nunca la examinó al amparo del concurso real de delitos, tal como le fue planteada por la Defensa Pública; ante tal decisión, se recurrió en apelación el acuerdo que resolvió el incidente no especificado de compurgamiento simultáneo de las penas, tocando conocer de dicho recurso al Cuarto Tribunal Unitario del Tercer Circuito, bajo toca penal 147/2007, quien consideró fundados los agravios expuestos por la Defensora Pública adscrita a dicho Tribunal y revocó el auto recurrido, ya que consideró que la autoridad judicial era la facultada para resolver la incidencia diseñada y que si existía concurso real de delitos, al ser conexos los hechos en los que participó mi defendido, y entonces consideró que era procedente el compurgamiento simultáneo de las penas de prisión que se le habían impuesto al justiciable en diversos procesos.

Como consecuencia del criterio adoptado por el Cuarto Tribunal Unitario del Tercer Circuito, el suscrito creo que es factible solicitar en la etapa de primera instancia, específicamente al dar contestación a las conclusiones acusatorias formuladas por el Ministerio Público de la Federación y formular las conclusiones que se consideran procedentes a favor del defendido, la aplicación del compurgamiento simultáneo de las penas de prisión que se impongan al justiciable, esto en aquellos casos en los cuales los hechos deriven de un concurso real de delitos, sin que obste para ello que las sanciones se impongan en el mismo proceso o en distintos, siempre y cuando los hechos resulten conexos, o similares, o derivados uno del otro.

Lo antes razonado, parte de la base que al realizar la petición mencionada ante el juez del proceso en la etapa de primera instancia, se brindará al defendido una mayor seguridad jurídica, ya que desde el momento en que es juzgado en el fuero federal, sabrá que la pena impuesta en dicho proceso federal correrá en forma simultánea con la que se llegue a imponer o se imponga en el fuero común, o incluso la que se imponga en el mismo o en distintos procesos federales; aquí debemos tomar en cuenta que en la práctica es muy común que cuando un justiciable comete un delito de robo con un arma de fuego, en la mayoría de los casos se le instruye un proceso en el fuero común por el delito de robo y un proceso penal en el fuero federal por la portación del arma de fuego, llámese sin licencia o de uso exclusivo.

No pasa desapercibido para el suscrito Defensor Público Federal que al solicitar en la etapa de primera instancia el compurgamiento simultáneo de las penas, nos vienen a la mente dos hipótesis, una tal vez confusa y otra muy clara, pues por un lado pensaríamos que si se dicta sentencia primeramente en el proceso federal, el Juez de Distrito no podría pronunciarse sobre el compurgamiento simultáneo de las penas, ya que pudiera ser que se absolviera al defendido por el delito de robo; sin embargo, en mi concepto, en nada interfiere que el Juez de la causa se pronuncie sobre el compurgamiento simultáneo de las penas en su sentencia, ya que de salir absuelto el justiciable en el delito instaurado ante el fuero común, no surtiría efectos el pronunciamiento realizado por el Juez de Distrito, y con ello no se causaría ningún perjuicio al orden público ni al interés social, solamente una certeza jurídica al defendido; la segunda hipótesis es muy clara, ya que al condenarse primeramente al justiciable en el fuero común, no existe duda sobre el pronunciamiento que realice el Juez de Distrito sobre el compurgamiento simultáneo de las penas, pues al acreditarse que en la conducta desplegada por el defendido existió el concurso real de delitos, definitivamente que es procedente aplicar el referido compurgamiento simultáneo de penas, de acuerdo a lo aquí reflexionado.

Con base al argumento anterior, considero que sería una buena opción para la Defensa Pública, y claro, para beneficio del defendido, hacer la petición al Juez Federal sobre este aspecto en la etapa de primera instancia, ya que así el defendido tendrá la certeza jurídica que las penas de prisión que se le impusieran en diversas causa penales las compurgara simultáneamente, aunque se le hubieren impuesto en distintos fueros, al nacer a la vida jurídica el concurso real de delitos. Para mejor comprensión de lo últimamente expuesto, me permito transcribir la tesis de jurisprudencia número 33/2007, aprobada por la Primera Sala del Alto Tribunal del País, la cual a la letra indica:

PRISIÓN PREVENTIVA TRATÁNDOSE DE DELITOS CONEXOS DEL FUERO COMÚN Y DEL FEDERAL. DEBE COMPUTARSE A PARTIR DE QUE SE EFECTUÓ LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR EL PRIMER DELITO. Si bien es cierto que el segundo párrafo de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el 10 del Código Federal de Procedimientos Penales, facultan a las autoridades federales para atraer a su conocimiento los delitos del fuero común cuando éstos tengan conexidad con delitos federales, también lo es que el ejercicio de dicha facultad no interrumpe la detención del inculcado, toda vez que sólo implica la sustitución de la autoridad que conoce del asunto, lo cual supone la remisión tanto de las actuaciones como del detenido, cuya libertad deambulatoria estará restringida en tanto se sigue el proceso. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 64 del Código Penal Federal establece que si las penas se imponen en el mismo o en diversos procesos, pero los hechos son conexos o similares, o derivados uno del otro, aquéllas deben contarse desde el momento en que se privó de la libertad por el primer delito. Así, en virtud de que la prisión preventiva y la punitiva comparten la misma naturaleza en tanto que ambas entrañan la privación de la libertad del gobernado, se concluye que la privación de la libertad a que se refiere el señalado artículo 64 corresponde tanto a la ordenada durante el proceso (pri-

sión preventiva) como a la impuesta en la sentencia (prisión punitiva), por lo que tratándose de delitos conexos del fuero común y del federal, la prisión preventiva debe computarse desde el momento en que al inculpado se le privó de la libertad por el primer delito, independientemente de la autoridad (federal o local) ante quien se haya realizado tal privación. Máxime que el artículo 20, apartado A, fracción X, tercer párrafo de la Constitución de la República categóricamente señala que en toda pena de prisión se computará el tiempo de detención, sin hacer distinción alguna respecto al tipo de autoridad ante quien ésta se realice.

Contradicción de tesis 22/2006-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. 28 de febrero de 2007. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Un caso concreto a lo anterior, fue el caso del suscrito, pues ante el Juez Federal se solicitó en el escrito de contestación de conclusiones que la pena de prisión que se llegará a imponer al defendido en el proceso penal federal 153/2007-II se computará desde el día de la detención del defendido, pidiéndose seguidamente que dicha pena de prisión se compurgará en forma simultánea con la pena de prisión que se llegará a imponer al entonces procesado en la causa penal número 365/2007-A del índice del Juzgado Octavo de lo Criminal, ya que el actuar de mi defendido dio nacimiento a la figura jurídica del concurso real de delitos, puesto que con pluralidad de conductas cometió diversos antijurídicos, siendo el robo calificado y la portación de arma de fuego sin licencia, injustos que fueron ejecutados en el mismo lugar, en la misma fecha y a la misma hora, es decir, se llevaron a cabo el día 23 de mayo del año 2007. Es de mencionar que el efecto de solicitar que la pena que se impusiera a mi defendido comenzará a correr a partir de que se le detuvo, fue por que el asunto en el fuero federal se inició en contra de mi defendido tiempo después de que se le detuvo, ya que se le consignó primeramente ante el juez del fuero común por el delito de robo

calificado y posteriormente se le consignó por el delito de portación de arma de fuego sin licencia, y entonces es muy común que los jueces federales pronuncien en sus resoluciones que la pena de prisión impuesta comienza a correr a partir de que se inició el proceso federal, y para evitar errores judiciales, la Defensa Pública estimó prudente solicitar que la pena se computara a partir de que fue detenido el procesado, de acuerdo a la garantía constitucional consagrada en el artículo 20, apartado A, fracción X, de la Carta Magna, que menciona que en toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención.

En la sentencia dictada en el proceso penal 153/2007-III, el juez federal determinó que era factible que la pena de prisión impuesta a mi defenso debía empezar a correr a partir del día 23 de mayo de 2007, en que fue detenido, así como que las “alegaciones” planteadas por el Defensor Público Federal eran adecuadas, con respecto a aplicar el computo simultáneo de las penas a favor del defendido, ya que consideró el juez del proceso que en la especie se actualizaba el concurso real de delitos, ya que con pluralidad de conductas el procesado cometió diversos antijurídicos, en el caso, con el revolver que portaba se valió para cometer el delito de robo calificado, del que esta conociendo el Juez Octavo de la Criminal en el Primer Partido Judicial del Estado de Jalisco, bajo causa penal 365/2007-A; de ahí que la pena debía ser computada a partir del 23 de septiembre de 2007.

Interpretando la resolución del Juez de Distrito, la pena de prisión impuesta a mi defenso se compurgará en forma simultánea con la que se llegue a imponer en el fuero común, y esto por haberse plasmado en forma expresa en la referida sentencia; lo interesante de la resolución, en mi concepto, es que cuando se dictó sentencia en el juzgado de mi adscripción, aún no se dictaba sentencia al justiciable en el fuero común, mas de ser condenatoria en esa instancia, el defendido compurgara ambas penas en forma simultánea, teniendo ya desde entonces una seguridad jurídica sobre el cumplimiento de sus penas, al existir en su caso, el concurso real de delitos.

Para finalizar esta breve reflexión, hago mención de que la vivencia plasmada en los párrafos anteriores, se realiza con toda la humildad de parte del suscrito Defensor Público Federal, esperando que no se tome como un ego de mi parte, sino como un logro Institucional, ya que es un criterio que en mi concepto, puede servir a todos y cada uno de los compañeros que integramos esta noble Institución que dignamente dirige nuestro Director General el señor magistrado César Esquinca Muñoa, para así cumplir con la defensa adecuada que estamos obligados a brindar, máxime que ello redundara en beneficio del justiciable que dignamente es representado por un Defensor Público Federal.

Guía para el estudio de los derechos humanos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos

Carlos Alberto Morales Gutiérrez*

INTRODUCCIÓN

La inquietud del presente *abstract doctrinal* parte de lo establecido en el Informe Anual de Labores 2006-2007 en el cual el Director General de nuestro Instituto Federal de Defensoría Pública señala la importancia de los derechos humanos como una materia cuya adición es necesaria para la Especialización en Defensa Penal y asesoría jurídica. Así mismo en el citado informe señala la importancia de la protección de los derechos humanos derivado de la suscripción de la Convención Americana de derechos humanos.

De esta manera en el presente ensayo se conjugan los elementos principales de estudio de los Derechos Humanos; con lo cual se establece una base mínima para su conocimiento y estudio de la citada materia.

1. DEFINICIÓN

Un sinnúmero de doctrinarios pretenden establecer cuál es la acepción que engloba de una manera armónica los derechos que debe tener el ser humano; en este apartado enunciaré los más usados en la vida jurídica nacional.

* Oficial administrativo.

1.1. DERECHOS HUMANOS

Estamos aquí en la presencia de una polisemia lingüística toda vez que estamos frente a una palabra perteneciente al lenguaje natural que tiene un significado específicamente jurídico;¹ ya que por un lado se utiliza la acepción de derechos naturales desde el punto de vista moral para enunciar todos aquellos derechos que debe tener el ser humano por el hecho de nacer personas; y por otro lado, se encuentra el punto de vista positivo que clasifica a los mismos como los derechos que se encuentran tutelados positivamente en un lugar y época determinados; por ende, dicho concepto a pesar de ser mundialmente aceptado reviste de cierta ambigüedad por lo cual es prudente la utilización de otras significaciones con un mayor grado de exigencia técnica jurídica. Así mismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación utiliza dicho término toda vez que tiene concordancia con la Convención Americana de los Derechos Humanos, la cual se estudiará en el apartado quinto del presente trabajo. Lo anterior lo podemos ejemplificar en la siguiente tesis jurisprudencial:

DERECHOS HUMANOS. LA GARANTÍA JUDICIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 80., NUMERAL 1, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA RELATIVA, ES CONCORDANTE CON LAS DE AUDIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 CONSTITUCIONALES. El citado artículo 80., numeral 1, al disponer que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, resulta concordante con los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin que llegue al extremo de ampliar las prerrogativas de audiencia y acceso a la justicia en ellos contenidas, porque la

¹ Souriaux, J.L. y Lerat, P., *Le langage du Droit*, Editorial Presses Universitaires De France - Le Juriste. 1975.

prerrogativa de que “toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías”, está establecida en el segundo párrafo del indicado artículo 14, que prevé la garantía de audiencia en favor del gobernado mediante un juicio en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, y la referencia de que la garantía judicial en comento debe otorgarse “dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”, está en consonancia con el mencionado artículo 17, en lo concerniente a la tutela jurisdiccional de manera pronta, completa e imparcial, que previene que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes.

1.2. DERECHOS NATURALES

Fundamentalmente esta forma de definirlos se encuentra su origen en el iusnaturalismo e incluso es utilizada indistintamente en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano. Esta expresión supone un derecho previo al poder y al derecho positivo, que se descubre por la razón humana, y se impone a todas las normas del Derecho creado por el soberano que limita su acción. Este término representa una concepción que prescinde de la historia y de la realidad social para la identificación de los derechos, puesto que no tiene arraigo sólido a la cultura jurídica y política, por lo cual únicamente se acepta su valor en el origen histórico de los derechos.² Mencionando que no existen tesis jurisprudenciales que utilicen esta noción por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1.3. DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Por cuanto hace a la presente acepción, la misma deriva de la utilización de una terminología jurídica más especializada, lo cual hace

² Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y constitución*. Edit. Tecnos 2005.

su utilización menos viable para los no juristas; este término circunscribe a los derechos como límites del poder y sólo esgrimibles ante los poderes, autoridades u funcionarios, es decir los asimila como facultades otorgadas por el Estado y no como derechos emanados de la naturaleza. Finalmente podemos señalar que se trata de una categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico y social de nuestro tiempo.³

Igualmente es aceptada la utilización de este término por el Poder Judicial de la Federación, como se desprende de la siguiente tesis jurisprudencial que se cita:

Suspensión de derechos para el uso de licencia de manejo tratándose de delitos culposos. La aplicación del artículo 76, párrafo primero, del nuevo código penal para el distrito federal viola derechos públicos subjetivos previstos en el artículo 14 de la constitución federal, al no establecer un mínimo y un máximo de duración de la sanción: El artículo 76, párrafo primero, del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece las sanciones a imponer tratándose de delitos culposos; sin embargo, al establecer que: "... Además se impondrá, en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso. ...", su aplicación, en lo relativo a la imposición de la suspensión de derechos para el uso de licencia de manejo, *viola derechos públicos subjetivos* establecidos en el artículo 14 de la Constitución Federal, toda vez que del texto transcrito se advierte que el legislador no precisó un mínimo y un máximo de duración de la sanción de que se trata, salvo si su aplicación se relaciona con la del precepto 140 del referido código sustantivo, por tratarse de alguna de las hipótesis contenidas en éste; por lo que si la autoridad responsable al individualizar la pena fundamenta su resolución en el artículo primeramente citado, procede absolver al quejoso de la sanción respectiva.

³ Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Edit. Tecnos. 664 pp.

1.4. LIBERTADES PÚBLICAS

Este término tiene un origen iuspositivista creada por la ambigüedad que presentaba el término “derechos del hombre”, situado en la tradición revolucionaria de 1789, que tenía una postura iuspositivista.⁴ Dentro de las ventajas de este término se encuentra que el mismo ayuda a la expansión del conocimiento de este conjunto de derechos; sin embargo, tiene la limitante de no abarcar todas las facetas de los derechos humanos, sino que se identifica con la categoría de aquellos derechos derivados de la libre acción de la voluntad, por lo cual difícilmente se pueden acomodar con otro tipo de derechos como lo son los de la salud, seguridad social, educación entre otros. Probablemente se ha difundido el uso de este vocablo toda vez que en ciertas universidades se ha creado una materia en los respectivos planes de estudios con dicha denominación⁵ razón por la cual podemos utilizar este término como sinónimo pero con las limitaciones que ya se mencionaron.

1.5. DERECHOS MORALES

En esta acepción que es propia del derecho anglosajón estamos hablando de derechos previos al Estado y a su derecho, los hombres tienen derechos frente a su Estado, por lo cual, para que avance el Derecho Constitucional, es necesario que previamente entre al estudio de los mismos.⁶ Se puede concluir lo siguiente respecto de este sentido: es difícil distinguirlo del concepto de derechos naturales; de esta manera, las razones que se han utilizado para descartar el término derechos naturales pueden utilizarse para descartar el ya mencionado; sin embargo, los primeros pretenden expresar una realidad jurídica mientras que los derechos morales pueden entenderse

⁴ Esta comparación la realiza Morange, J., señalando que las libertades públicas constituyen una realidad jurídica derivada de la aplicación en un sistema jurídico. (Vid.. *Libertés publiques*. PUF. París 1985).

⁵ En España en 1990, únicamente se contaba con la existencia en esta disciplina de una materia opcional en la Universidad Carlos III de Madrid denominada “Derechos Fundamentales”, y en la Universidad de Valencia, una denominada “Libertades Públicas”.

⁶ Dworkin, Ronald Guastavino, Marta Trad. *Los derechos en serio*. Ariel Dorado 1989, 512 pp.

como un concepto moral al que se añade el derecho, el cual no es monopolio de la realidad jurídica. En otro aspecto estamos ante la presencia de una terminología reciente la cual procede de la cultura anglosajona y tiene una usanza menos extendida.⁷

1.6. DERECHOS FUNDAMENTALES

De acuerdo con el jurista Peces-Barba Martínez, resulta ser más preciso utilizar esta denominación por los siguientes fundamentos: es más, precisa que la expresión derechos humanos y carece de la ambigüedad de la misma; de igual manera puede abarcar las dos dimensiones de los “derechos humanos” sin incurrir en contracciones iusnaturalistas o positivistas; es más adecuado que “derechos morales” o “derechos naturales”, toda vez que no mutila su faceta jurídico-positiva es decir su reconocimiento constitucional o legal; con la misma crítica supera a los términos “derechos públicos subjetivos o libertades públicas” pues como lo hemos visto, estos vocablos pueden perder la dimensión moral. Es así como la utilización de este término es excluyente de los demás que se han analizado con anterioridad, señalando que el mismo precepto es el más apropiado para la conceptualización de los derechos coloquialmente conocidos como “derechos humanos”. Por otro lado la jurisprudencia también ha tenido a bien utilizar este vocablo como se aprecia en el criterio que se cita a continuación:

DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y ALUDIDOS EN LA RECOMENDACIÓN DE ALGUNA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, AMPARO PROCEDENTE EN EL CASO DE. Independientemente de que el incumplimiento a una recomendación emitida por una comisión de derechos humanos (nacional o internacional), no pueda ser reclamable en el amparo por sí misma, subsiste la posibilidad de que *los actos de afectación de derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal*, mencionados o

⁷ Ver *Derecho y moral: Ensayos analíticos* con diversos Autores como Gerald Dworkin, Jerónimo Betegón, Juan Ramón Páramo, publicado en 1990 por Ariel, 208 pp.

abarcados por la aludida recomendación, puedan ser de tal naturaleza (como la privación ilegal de libertad personal), que haga precedente el juicio de amparo para su salvaguarda, no por un posible incumplimiento a una recomendación, sino por la directa violación al derecho fundamental per se.

Si bien es cierto de la interpretación armónica de la anterior tesis jurisprudencial se desprende una postura totalmente positivista al mencionar que los derechos fundamentales se encuentran constreñidos en la Constitución Federal, no debemos dejar de mencionar que el Estado Mexicano ha suscrito gran número de tratados internacionales para positivizar los derechos fundamentales del ser humano.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A continuación, se presenta una breve recapitulación de los principales acontecimientos a través de la historia que han influido en el desarrollo de los derechos fundamentales. En este apartado debemos partir de la premisa apriorística siguiente: el otorgamiento de derechos y prerrogativas a los individuos va creciendo proporcionalmente a su desarrollo económico, social y político y conforme a lo anterior se amplía la esfera de derechos correspondientes a sus ciudadanos e individuos en general.

En este orden de ideas, en civilizaciones antiguas como Egipto y Mesopotamia, el uso de la fuerza era permitido para proteger el derecho de los débiles, lo anterior regulado principalmente en el Código de Hammurabi; posteriormente en el sistema jurídico ateniense se reconoció la libertad del hombre y la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. En Roma puede considerarse a La Ley de las Doce Tablas como el origen de un documento constitucional que cerciora la libertad, la propiedad y la protección de los derechos del ciudadano.

Una segunda etapa podemos denominarla como Positivación, la cual transcurre desde la Edad Media hasta mediados del siglo XI, donde podemos encontrar documentos que realizan restricciones al

poder feudal, verbigracia el “Fuero Juzgo”, el cual señala los lineamientos para que los juzgadores sean independientes, sin consentir influencias de nadie, inclusive del Rey; dentro del sistema jurídico sajón podemos mencionar varios documentos jurídicos importantes como el *Petition of Rights* y *Bill of Rights*, producidos en Inglaterra, hasta llegar al estudio de la “Declaración de Derechos del Estado de Virginia” de Estados Unidos, que declara: “todos los hombres por naturaleza igualmente libres e independientes y con ciertos derechos innatos” que dio origen a la creciente estructuración de un Estado Liberal de Derecho que reconoce los derechos individuales, civiles y políticos originalmente plasmados en la “Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano” originada en la Revolución Francesa de 1789; hasta mediados del siglo XX, se empiezan a incluir por primera vez en los documentos constitucionales los derechos económicos, y sociales, tales como derechos laborales y políticos, protección a la salud, medio ambiente adecuado, fomento al deporte, entre otros. Se encuentran regulados por primera vez en la Constitución mexicana de 1917, la Constitución alemana de Weimar de 1919 y la Constitución Rusa de 1917, por citar unos ejemplos.

Una tercera etapa corresponde a la Internacionalización, en la cual debido a la constante violación de los derechos fundamentales de los seres humanos y la imposibilidad de los textos constitucionales para proteger con instituciones estrictas los mismos se fueron creando Instrumentos Internacionales que colmaran estas deficiencias institucionales de los Estados. Derivado de ello es que se crean instrumentos de gran importancia como la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y, en América, se celebró la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Actualmente se encuentran los mismos en una etapa de difusión en la cual los poderes públicos deben darles la educación e información adecuada de los mismos a todas las personas.

3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

En este apartado se enuncian y describen las principales características de los derechos fundamentales o derechos humanos.

3.1. UNIVERSAL

Porque corresponden a todas y cada una de las personas por el hecho de pertenecer a la especie humana, con independencia de condiciones o circunstancias de tiempo y lugar.⁸ En otras palabras son propios del ser humano de cualquier Estado y pueden hacer uso de ellos desde el tiempo de su concepción hasta su muerte.

3.2. ABSOLUTO

Esta característica otorga preponderancia a estos derechos en caso de conflicto; puesto que los mismos deben satisfacerse con prioridad a cualquier otro tipo de derechos.⁹

3.3. INALIENABLE

Consiste en la imposibilidad de ceder los derechos humanos, en virtud de que éstos son propios de la naturaleza humana, su inherencia es consubstancial a todos y cada uno de los individuos. Verbigracia, el derecho a la libertad no se puede someter al contrato de compraventa.

3.4. INDIVISIBLE

Ello en virtud de que forman parte de una totalidad de derechos, un conglomerado que se ha ido construyendo a lo largo de la historia y son reconocidos socialmente, a través de documentos normativos, citando un ejemplo de su indivisibilidad tenemos la Proclamación de Teherán, la cual manifiesta, en su párrafo décimo tercero, que para la correcta realización de los derechos civiles y políticos es ne-

⁸ Así lo menciona Pedro Nikken en Unión Nacional de Juristas de Cuba-Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Seminario sobre derechos humanos. La Habana. 30 y 31 de mayo. 1 de junio de 1996, San José, HDH., 1997, pp. 26-39.

⁹ José Antonio Baigorri, Luis María Cifuentes, Pedro Ortega, Jesús Pichel y Víctor Trapiello. *Los Derechos Humanos*. Un proyecto inacabado. Ediciones del Laberinto, 2001. Madrid (pp. 43 y 44).

cesario la previa existencia de los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰

3.5. COMPLEMENTARIO

Lo anterior se manifiesta cuando cada uno de los grupos de derechos; ya sea civiles, políticos, económicos, sociales y culturales si bien es cierto abocan a una faceta determinada de los derechos humanos, también lo es que los mismos son añadidura de sus relacionados.¹¹

3.6. INTERDEPENDIENTE

Este conglomerado de derechos contiene un caudal de elementos que lo estructuran y al mismo tiempo los vincula unos con otros para su realización. Verbigracia, el derecho a la paz es interdependiente al derecho de libertad y seguridad jurídica, ya que estos últimos son impulsores para la plena realización del primero.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En las corrientes jurídicas actuales, una de las principales y más aceptadas clasificaciones de los derechos humanos los agrupa en tres generaciones o grados.¹² Las cuales son las siguientes:

4.1. DERECHOS HUMANOS DE PRIMERA GENERACIÓN

Son todos aquellos derivados de las relaciones jurídicas en general, o sea, los derechos subjetivos tradicionales, como pueden imaginarse los de crédito, o personales, y los derechos reales también tradicionales.

¹⁰ Rodríguez y Rodríguez. Jesús (compilador). *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*. Tomo I, México, CNDH, 1998. p. 27.

¹¹ El preámbulo de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 hace hincapié en la indivisibilidad y complementariedad de los mismos.

¹² De conformidad con lo estipulado por Gómez Lara, Cipriano; en “La protección Procesal de los Derechos Fundamentales”; en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid España. 1990. No. 4.

4.2. DERECHOS HUMANOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

Son los que están dados en un sentido más político e ideológico, con un profundo contenido de respeto a la integridad física y sociológica del hombre entendido como individuo digno de respeto y consideración en una esfera mínima de bienestar social. Aquí están los tradicionales derechos del individuo y del gobernado.

4.3. DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

Son los derechos sociales, que se manifiestan en el contexto de la colectividad o de la propia humanidad en su conjunto, en cuanto a su supervivencia, sanidad y disfrute de la vida sobre la tierra; como el derecho a la paz, derecho a la conservación ecológica, derechos colectivos de los consumidores, derechos de refugiados, de minorías étnicas, el derecho a crear un Tribunal Internacional que actúe en los caso de genocidio y crímenes contra la humanidad y el derecho a un desarrollo sustentable entre otros, etcétera.

4.4. DERECHOS HUMANOS DE CUARTA GENERACIÓN

Derivada del avance tecnológico y desarrollo de nuevas técnicas, se promueve la existencia de esta cuarta generación de derechos humanos, en los cuales se reconocen los derechos derivados del ciberespacio; todavía se encuentra en construcción la delimitación de dichos derechos entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

- Las ideas y opiniones de todos los seres humanos merecen una oportunidad igual para poder expresarse, considerarse y compartirse con otras, según la voluntad del emisor y del receptor, directa o indirectamente.
- Toda persona tiene derecho a la privacidad, anonimato y seguridad en las transacciones en línea.
- Nadie debe ser sometido, sin acuerdo previo, a envíos masivos de correo electrónico no solicitado (spam), de archivos vinculados u otros tipos de correspondencia invasiva.
- Toda persona tiene derecho a un nivel básico de acceso

a la información a través de instituciones públicas y proveedores de servicios.¹³

5. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La misma es conocida como el Pacto de San José, es uno de los principales documentos internacionales en materia de derechos humanos; sin olvidar mencionar que nuestro Instituto tiene una función importante respecto de la protección de los mismos, y para corroborar lo anterior citamos la siguiente jurisprudencia:

DERECHOS HUMANOS, ORGANISMOS DEFENSORES DE LOS, Y PROCEDENCIA DEL AMPARO

El juicio de garantías no es la vía procedente para impugnar el posible incumplimiento de una recomendación de alguna comisión de derechos humanos, sea ésta de índole nacional o internacional, con independencia, claro está, de que se dé el supuesto en el que los actos considerados en la recomendación o algunos de ellos sean, por sí mismos, susceptibles de impugnarse en el amparo, no por ser objeto de recomendaciones, sino por relacionarse con una posible violación a las garantías consagradas en la Constitución.

Si bien este criterio no admite una vía procesal para impugnar o defenderse del incumplimiento de una recomendación local o internacional, en caso de encontrarse dentro de dicha recomendación una flagrante violación a las garantías individuales del quejoso, es en ese momento procesal cuando es factible la interposición del juicio de garantías, por lo anterior es que en esta última parte del presente trabajo de investigación me avoco a la tarea de mencionar, en un cuadro sinóptico, si los derechos humanos son recapitulados cabalmente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos u otros cuerpos normativos.

¹³ Lo anterior lo manifiesta el Dr. Javier Bustamante Donas. Profesor de Ética y Sociología. *Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica*. Universidad Complutense de Madrid. Director del Centro Iberoamericano de Ciencia, Tecnología y Sociedad (CICTES). <http://www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm#3.com>.

Derecho tutelado	Artículo de la CADH	NOTA
Personalidad Jurídica	3	Se da cuando se considera a una persona sujeto de derechos e imputaciones. Regulado en el 22 23, y 24 del Código Civil Federal. ¹⁴
Vida	4.1	El código penal sanciona a quien priva de la vida a otra persona viva o viable. ¹⁵
Pena de muerte y torturas	4.2; 4.3, 4.4, 4.5 5.2	El artículo 22 constitucional la prohíbe la aplicación de la pena de muerte y las torturas, azotes y tormentos.
Integridad Personal	5; 5.1	De manera general se regula por el artículo 1ro constitucional. El artículo 2do. const. regula la integridad de los pueblos indígenas.
Privación de la libertad	5.4	El artículo 18 const. separa el sitio de reclusión de la prisión preventiva y los condenados.
Trascendencia de la pena	5.3	El artículo 10 del CPF lo prohíbe.
Menores procesados. Readaptación social	5.5 5.6	El artículo 18 const. establece las bases para la aplicación de justicia adolescente. El mismo artículo señala en su parte final que la pena tiene como finalidad la readaptación social.
Esclavitud. Y Trata de personas	6.1	La esclavitud la prohíbe el artículo 1ro constitucional; y el artículo 206 del CPF ¹⁶ regula el lenocinio.
Trabajo forzoso	6.2	El art. 24 del CPF señala cuáles son las penas aplicables a los delitos y no incluye la misma.
Libertad Personal	7.1, 7.2,	Los artículos 18, 19 y 20 const. señalan la forma en que se lleva a cabo la prisión preventiva, y debiendo ser la misma por delitos graves.
Detención	7.3; 7.4; 7.5; 7.6	El art. 19 y 20 constitucionales regulan la misma.
Detención por deudas	7.7	El art. 22 constitucional la prohíbe la detención por deudas civiles.
Garantía Judicial	8.1	El art. 14 constitucional lo regula.
Presunción de inocencia y adecuado proceso penal	8.2	Estos principios aparecen implícitos en los arts. 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102 apartado A, párrafo segundo, constitucionales. ¹⁷
Retroactividad	9	El art. 14 constitucional lo regula. ¹⁸

¹⁴ El artículo constitucional 124 señala, grosso modo: Lo que no se encuentra conferido expresamente a los Estados, derivado de lo anterior es que se puede estudiar lo relativo a la personalidad en los Códigos Civiles Locales.

¹⁵ El artículo 302 del Código Penal Federal regula el homicidio; el artículo 329, lo relativo al aborto.

¹⁶ Código Penal Federal.

¹⁷ Para más información, consultar la jurisprudencia: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. AL-CANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

¹⁸ Para más información, consultar la jurisprudencia: RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y APLICACIÓN RETROACTIVA. SUS DIFERENCIAS.

DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN

El artículo décimo de la citada convención establece: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial” En este apartado, existe una laguna respecto a su regulación en la Constitución Política de nuestro país y en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; hasta la fecha sólo se encuentra una tesis aislada al respecto la cual se transcribe a continuación:

INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL GRAVE O FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CASO EN QUE NO PROCEDE SU PAGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA)

La acción de pago de daños contra el Estado prevista en el artículo 154, fracción III, de la Constitución Política, en relación con los numerales 83 y 84 del Código Procesal Civil, ambos del Estado de Coahuila, por error judicial grave o funcionamiento anormal de la administración de justicia, únicamente debe prosperar cuando se cause de manera directa e indiscutible un daño objetivo, grave y trascendente a la esfera de derechos de alguna persona, pero no cuando en uso de su arbitrio judicial, las autoridades jurisdiccionales resuelvan de manera contraria a sus intereses algún litigio y, por ello, se vea orillada a interponer los medios de defensa correspondientes a fin de corregir la actuación judicial que considera equivocada pues, de admitir lo contrario, se llegaría al extremo de que cada vez que se declara fundado un recurso y, por ende, se revoca, modifica o nulifica una determinación o resolución de primera instancia, habría responsabilidad de indemnizar con cargo al órgano recurrido que volvería caótica la prestación del servicio público de administración de justicia.

Derecho tutelado	Artículo de la CADH	NOTA
Derecho a la honra	11.1	Regulado por el artículo primero constitucional.
Inviolabilidad de la correspondencia	11.2	Regulado en el artículo 16 constitucional tanto de los bienes como de la correspondencia de las personas.
Libertad Religiosa	12	Permitida en el art. 24 constitucional. ¹⁹
Libertad de Expresión	13	Regulada en el artículo 6to y 7mo constitucionales. ²⁰
Derecho a la Rectificación	14	No se encuentra regulado al igual que el derecho a la indemnización. ²¹
Derecho a reunirse o asociarse	15; 16	Permitido en el artículo 9º constitucional; el mismo cuenta con restricciones en materia política.
Derechos de la familia y del niño	17.1 al 17.5 y 19	Se encuentran regulados en el artículo cuarto y quinto constitucionales. ²²
Nombre y nacionalidad	18 y 20	El nombre es un atributo de la personalidad, por lo cual lo regula el código civil, ²³ el artículo 30 constitucional regula la nacionalidad mexicana.
Derecho a la propiedad	21.1 al 21.3	Se encuentra protegida por los artículos 14 y 16 constitucionales, una limitante es la expropiación señalada en el art. 27 const. ²⁴
Derecho de transito	22	Esta permitido por el artículo 10 const. Limitado para los extranjeros que deben cumplir los requisitos legales. ²⁵
Derechos políticos	23	Se encuentran regulados en el artículo cuarto título primero constitucional. ²⁶
Igualdad ante la ley		A <i>contrario sensu</i> se encuentra regulado en el artículo 1º constitucional. ²⁷
Protección judicial	25	El art. 17 constitucional otorga justicia pronta. ²⁸

¹⁹ Para mayor información, consultar la jurisprudencia: LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS.

²⁰ Para mayor información, consultar la jurisprudencia: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO.

²¹ Ver comentario realizado en la página 16 del presente documento.

²² De igual manera, las entidades federativas pueden legislar en esta materia, verbigracia, Ley de Asistencia Social y Protección de Niños y Niñas del Estado de Veracruz.

²³ Por medio del mismo se individualiza al sujeto que lo utiliza, en el caso de las personas morales el nombre se le denomina como razón social.

²⁴ La misma sólo puede realizarse mediante causa de utilidad pública y mediante expropiación, conforme a los requisitos de la ley de la materia.

²⁵ Para la internación de los extranjeros, véase la Ley General de Población y su reglamento.

²⁶ Para mayor información, ver la jurisprudencia: DERECHOS POLÍTICOS. REGLAS PARA DETERMINAR EN QUÉ SUPUESTOS PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA ACTOS QUE IMPLIQUEN UNA VIOLACIÓN A ESE TIPO DE PRERROGATIVAS.

²⁷ De igual manera, el artículo 13 constitucional señala que nadie puede ser juzgado por leyes especiales lo cual otorga igualdad ante la ley a los sujetos.

²⁸ Consultar la jurisprudencia.

CONCLUSIÓN

Con los antecedentes aquí presentados, podemos construir el concepto correcto de los derechos humanos, posteriormente, se conoce la historia y desarrollo de los mismos desde épocas remotas, llegando a conocer incluso la posibilidad de la existencia de una cuarta generación de los mismos, derivada del uso de la tecnología, como el Internet y su aplicación; ya corresponderá posteriormente a todos aceptar, modificar o promover la divulgación de los mismos. Finalmente, concluimos que México es un país que pretende cumplir sus compromisos internacionales, al adaptar tanto su Constitución como su derecho interno los Tratados Internacionales celebrados; sin embargo, todavía falta mucha cultura jurídica para que la aplicación de los mismos se dé cabalmente.

BIBLIOGRAFÍA

Las principales obras de consulta para la elaboración del presente ensayo se transcriben a continuación; sin mencionar que otras fuentes de consulta bibliográficas han sido señaladas en su oportunidad mediante el uso de las notas al pie.

Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

Alemany Verdaguer, Salvador, *Curso de Derechos Humanos*, Bosch, Barcelona, 1994

Quintana Roldán, Carlos F., *Derechos Humanos*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2001.

Contreras Nieto, Miguel A. *Derecho al Desarrollo como Derecho Humano*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México, 2000.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. Edit. Porrúa. 2001.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil Federal

Código Penal Federal

**TRATADOS INTERNACIONALES CONVENCION AMERICANA SOBRE
DERECHOS HUMANOS**

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

<http://cgcstdsql/iusweb/principag.asp>

Los delitos graves; una violación al derecho internacional de los derechos humanos

Un juez que se creía Dios dispuso
que precintara un guardia nuestro piso,
no quedan plazas para dos intrusos
en el paraíso.
“Eva tomando el sol”.
Joaquín Sabina

Carlos Morales Sánchez*

1. PLANTEANDO EL PROBLEMA

Cuando una persona es juzgada porque se le atribuye la comisión de un delito grave¹ no existe la posibilidad de que enfrente el proceso en libertad porque inexorablemente deberá ser sujeto de prisión preventiva. En el presente trabajo pretendo demostrar: 1) que tal situación viola el principio de presunción de inocencia porque la prisión preventiva se traduce en la ejecución de una pena cierta sobre una persona cuya *culpabilidad* es incierta; 2) que conforme a la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo relativo a la presunción de inocencia) los estados tienen la obligación de no restringir la libertad de los ciudadanos salvo que el enjuiciado pretenda impedir el desarrollo

* Defensor Público Federal.

¹ En materia federal, los delitos “graves” están catalogados en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales. En el fuero común, la mayoría de las codificaciones estatales también establecen un listado de delitos graves.

eficiente de las investigaciones y eludir la acción de la justicia;² 3) que esa norma de la Convención está incorporada a nuestro derecho interno y es aplicable de manera inmediata porque maximiza una garantía individual y 4) que cuando el Estado Mexicano sujeta a un ciudadano a la prisión preventiva sin que previamente se hayan demostrado los dos requisitos establecidos en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es procedente el juicio de amparo porque se viola una garantía constitucional ampliada por una norma internacional.

2. GENERALIDADES

Aparentemente todos estamos de acuerdo: la presunción de inocencia –que en su principal aspecto significa que el acusado no tiene el deber de probar en su favor porque la prueba de su culpabilidad debe ser llevada a juicio por quien lo acusa³– es, como dice Carlos Bernal Pulido, la institución jurídica más importante con la que cuentan los particulares para resguardarse de la posible arbitrariedad de las actuaciones del Estado cuando ejerce el *ius puniendi*; que como consecuencia, no sólo es un principio propio del debido proceso, sino una garantía de la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre.⁴

Nadie, *prima facie*, bajo el riesgo de ser recipiendario del calificativo de autoritario, podría admitir la aplicación selectiva o relativa del principio de presunción de inocencia: en algunos casos sí y en otros no. Este principio no es una garantía que pueda confrontarse con otras garantías para pesarla y contrapesarla con ellas, pre-

² Sentencia de fondo Caso Suárez Rosero versus Ecuador. Puede ser consultada en *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Sergio García Ramírez (coordinador) publicada por la UNAM y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, primera edición, México 2001, p. 417; y además en el disco óptico *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* anexo al libro del mismo nombre, elaborado por Rey Cantor, Ernesto, et al, publicado por Temis, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Bogotá, Colombia, 2005.

³ Ojeda Velásquez, Jorge, *Derecho Constitucional Penal*, Tomo I, editorial Porrúa, México 2005, p. 669.

⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos*. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia; primera edición, Bogotá, 2005. p. 369.

valeciendo en unas y quedando limitada en otras. No es una entre otras libertades: es el fundamento ético del proceso penal.

Sin embargo, aun cuando generalmente se admite lo anterior, cuesta trabajo comprender por qué durante la vigencia de todas las constituciones del México Independiente, se permitió (y se sigue permitiendo) la aplicación de la prisión preventiva que es —en cuanto se traduce en el castigo anticipado de una persona que puede o no resultar culpable— una indudable violación al principio de presunción de inocencia.

La verdad es que nos hemos acostumbrado a la aplicación cotidiana de la prisión preventiva. Hoy parece *normal* que una persona sea separada de su entorno social y reducida a la condición de preso sin condena. Dentro de algunos años, las generaciones venideras nos juzgarán con dureza no sólo porque permitimos la violación, nos juzgarán porque ni siquiera nos pareció grave esa afectación a los derechos humanos.

Luigi Ferrajoli sostiene que todo el pensamiento liberal clásico acabó justificando la prisión preventiva por diversas “necesidades” o “meras conveniencias”: ya fuera el peligro de fuga, el riesgo de obstaculización de las pruebas, la simple gravedad del delito y la necesidad de prevención o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal.⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 1028/96, el 13 de enero de 1998, también acudió a las necesidades aludidas por Ferrajoli y justificó, además, la prisión preventiva como un sacrificio de un bien menor por un bien mayor:

“Hay quienes sostienen que la prisión preventiva es una medida cautelar y provisional, por lo que no está en contradicción con la garantía de audiencia; sin embargo, debe advertirse que su no contradicción con dicha garantía y con el principio de presunción de inocencia deriva más bien de los fines que persigue que de su carácter provisional. Sus fines son preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, Quinta Edición, Madrid, 2001, p. 552.

grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad. Por tanto, existe en este caso una preponderancia del interés social al particular.”

Ninguna de estas necesidades, dice el jurista de Florencia, justifica el aprisionamiento preventivo. Y va más allá:

“Es cierto que, sobre todo para algunos delitos graves, existe el peligro de que, incluso después del primer interrogatorio y de las primeras comprobaciones, el imputado altere las pruebas. Pero ningún valor o principio puede satisfacerse sin costes. Y este es un coste que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser.”⁶

Es necesario decirlo con claridad, en la construcción de las “necesidades justificatorias” se advierte un prejuicio: se estima correcto juzgar a una persona aprisionada preventivamente porque se prejuzga que es culpable, que se fugará, que causará un daño al ofendido, que causará un daño *irreparable* a la sociedad. Encerramos a alguien porque prejuzgamos que así viviremos en paz.⁷ Olvidamos que esta idea primordial –dice Ferrajoli– es “precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal, que no sirve, como se ha dicho para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables.”⁸

3. LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO AMPLIFICADORES DE GARANTÍAS INDIVIDUALES

Podría sostenerse que el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, que –viola sin posibilidad de paliativos⁹ el princi-

⁶ Ferrajoli, Luigi, op. cit. p. 559.

⁷ Voltaire exclamaba hace dos siglos: “quién le obliga a esta desobediencia. Si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por encerrarlo en un calabozo horrible; no permitís el que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros como si ya le hubieseis juzgado culpable. Los testigos que deponen contra él son oídos secretamente. Sólo los ve un momento en la confrontación ...¿Cuál es el hombre a quien este procedimiento no asuste? ¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse? Citado por Ferrajoli, en *Derecho y Razón*, p. 558.

⁸ Ibidem, p. 562.

⁹ Desde otra perspectiva, podría pensarse que la posibilidad de obtener la libertad provisional respecto de delitos no graves condicionada a la exhibición de una caución reduce la violación a la presunción de inocencia al universo limitado de los delitos graves. No es así. La violación

pio de presunción de inocencia con relación a aquellas personas a las que se le atribuya alguno o algunos de los delitos ahí enumerados— no es inconstitucional porque su contenido sólo reglamenta la garantía individual a la libertad provisional establecida en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Ley Fundamental, que preconiza que en los juicios de orden criminal el acusado tendrá derecho a obtener su libertad exhibiendo una garantía siempre que no se trate de delitos que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba la concesión de ese beneficio.

No es así. Los compromisos internacionales asumidos por el Estado Mexicano exigen que la interpretación y aplicación de las normas se realicen no solamente desde la perspectiva del derecho interno, es necesario —ahora— tomar en cuenta los tratados internacionales que forman parte del derecho interno del país en términos del artículo 133 constitucional. Es necesario no olvidar, por otra parte, que la interpretación se rige, entre otros, por el principio de la unidad sistemática que nos fuerza a reconocer simultáneamente la validez de todos los preceptos que integran un ordenamiento jurídico, de modo que la norma penal guarde coherencia tanto con las otras normas penales como con el resto de las normas jurídicas.¹⁰

A propósito, conviene tener presente que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos, los previstos en el artículo 20, son derechos mínimos de los gobernados, y constituyen el piso, no el techo del edificio constitucional. Esto significa que pueden ser ampliados —no restringidos— por los tratados internacionales o la legislación secundaria.¹¹

al principio existe también en tratándose de delitos no graves porque nadie debería estar obligado a exhibir alguna garantía de su libertad cuando no se ha demostrado su culpabilidad. Empero, la posibilidad de obtener la libertad a cambio de una garantía económica hace tolerable la violación.

¹⁰ Vaello Esquerdo, Esperanza, *Introducción al Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, primera edición, Alicante 2002, p. 64.

¹¹ Así, no podría considerarse inconstitucional el artículo 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, que otorga a los pueblos indígenas personalidad jurídica de derecho público por ir más allá del artículo 2 de la Constitución Federal que sólo otorga

El tribunal más alto del país, actuando plenariamente admitió, en la ejecutoria del amparo en revisión 1475/98¹² promovida por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo (en la que estableció que el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado que dice: “En cada dependencia sólo habrá un sindicato...” va en contra del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece la libre sindicación y para ello tuvo que definir la jerarquía normativa de los tratados internacionales) la posibilidad de que los tratados internacionales amplíen el régimen establecido en las garantías individuales:

“Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da *per se* a los gobernados.”

Es importante hacer la reiteración: conforme a lo expuesto, los instrumentos internacionales ratificados por México –entre los que se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Huma-

a esas comunidades el carácter de entidades de interés público. De igual manera, no podría sostenerse válidamente que el artículo 418 del Código Federal de Procedimientos Penales que establece la libertad bajo protesta –la que se otorga sin mediar garantía económica– sea contrario al artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Federal, que exige para la procedencia de la libertad provisional el otorgamiento de caución. Estas normas de derecho interno no son inconstitucionales porque amplían los derechos establecidos constitucionalmente.

¹² Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. Esta ejecutoria generó la tesis aislada: TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

nos¹³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴— pueden ampliar, mejorar o extender el régimen de protección de derechos humanos de nuestra Constitución y ello obliga al Estado mexicano a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o lo compromete a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles. La incorporación de tales normas a la Constitución es automática, sin que sea necesario que medie una disposición legislativa.

4. ¿CÓMO OPERA LA MAXIMIZACIÓN?

En la ejecutoria que definió la jerarquía de los tratados, el tribunal constitucional, también estableció que los tratados que mejoran o amplían garantías individuales deben considerarse *constitucionales*:

“En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales.”

Este criterio llevó al investigador Manuel Becerra Ramírez a afirmar que lo resuelto por la Suprema Corte permite deducir que los tratados internacionales que amplían los derechos humanos están al mismo nivel de la Constitución Federal:

“...esa postura de la SCJ es sumamente trascendente, ya que

¹³ Conocido como “Pacto de San José” depositario OEA. Lugar de adopción: San José, Costa Rica. Fecha de adopción: 22 de noviembre de 1969. Vinculación de México: 24 de marzo de 1981, adhesión. Aprobación del Senado: 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978, general; 24 de marzo de 1981, México. Publicación del decreto de promulgación en el *Diario Oficial de la Federación*: jueves 7 de mayo de 1981. Última modificación *Diario Oficial*: 17 de enero de 2002, aprobadas por el Senado el 10 de diciembre de 2001. Decreto por el que se aprueba el Retiro Parcial de las Declaraciones Interpretativas y de la Reserva, que el Gobierno formuló al párrafo 13 del artículo 12 y al párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴ Depositario ONU. Lugar de adopción: Nueva York, EUA. Fecha de adopción: 16 de diciembre de 1996. Vinculación de México: 23 de marzo de 1976. Adhesión. Aprobación del Senado 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, general; 23 de junio de 1981, México. Publicación del decreto de promulgación en el *Diario Oficial de la Federación*; miércoles 20 de mayo de 1981. Fe de erratas; 22 de junio de 1981. Última modificación *Diario Oficial*: 16 de enero de 2002. Retiro parcial de la reserva que el gobierno de México formuló al artículo 25, inciso b).

significa que a través de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es posible ampliar la esfera de derechos de los gobernados. Es comprensible que en esta hipótesis, la incorporación de tales normas a la Constitución sea automática, sin que medie una disposición legislativa. Si hablamos de una jerarquía podemos afirmar que los tratados en materia de derechos humanos serían no superiores a la Constitución pero sí estarían al mismo nivel, ya que se podrían colmar las lagunas que ésta pudiera tener en materia de derechos humanos, sin que hubiera necesidad de reformarlas. Esta postura de la Corte viene a completar la disposición del artículo 15 constitucional, que prohíbe la celebración de los tratados en los que se alteren las garantías y el derecho establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.”¹⁵

En el mismo sentido, Edgar Corzo Sosa, señala:

“Aceptar este nuevo criterio implica varias cosas. Una de ellas es que los tratados se colocan más cerca de la Constitución de lo que uno cree, pues al estar conforme con la misma entran a formar un bloque de constitucionalidad. Es decir, para analizar la constitucionalidad de las leyes no sólo hay que ver el texto constitucional sino también los tratados internacionales que son reglamentarios de las normas constitucionales.”¹⁶

La jerarquía normativa ordinaria queda de la siguiente manera: la norma constitucional se ubica en el punto culminante de la pirámide kelseniana, el tratado internacional inmediatamente debajo de la ley fundamental y abajo del tratado la ley federal. Sin embargo, si aceptamos la opinión de Becerra, cuando el tratado amplifica garantías individuales tiene la misma jerarquía que la Constitución.

La importancia de lo anterior se traduce en que:

a) El artículo 20, apartado A, fracción I, de la norma-cúspide

¹⁵ Becerra Ramírez, Manuel, “Tratados Internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal (Amparo en Revisión 1475/98)” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 3, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Julio-Diciembre de 2000, p. 175.

¹⁶ Corzo Sosa, Edgar, “Comentario al Amparo en Revisión 1475/98 resuelto por la Suprema Corte de Justicia.” En *Cuestiones Constitucionales*, número 3. p. 194.

establece el derecho mínimo: para la procedencia de la libertad provisional se exige que el delito no esté calificado como grave, por el contrario, si el delito lo está el inculcado no podrá obtener su libertad provisional bajo caución.

b) El artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (norma que se ubica inmediatamente debajo o al mismo nivel de la norma-cúspide) según la autorizada interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷ en el caso Suárez Rosero vs Perú ha considerado que la prisión preventiva no debe ser la regla general y que el estado tiene el deber de no restringir la libertad personal del enjuiciado salvo que éste pretenda impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones y eludir la acción de la justicia:

“77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan

¹⁷ Como referente de derecho comparado menciono que la Corte Suprema de la Nación Argentina en el fallo 315:1492 - 7 de julio de 1992, Caso Ekmekdian V. Sofovich y otros, dejó una estela marcada en la aplicación directa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “ 20. [...]debe tenerse presente que cuando la nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contengan descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que pueda operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. [...] 21.- Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (artículo) 1.”

de ser juzgadas no debe ser la regla general (artículo 9.3) En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.”

Esta norma de génesis internacional es amplificadora de la garantía individual establecida en el artículo 20, apartado A, fracción I, y opera, en nuestro sistema interno, de manera automática.

c) Debajo del tratado se encuentra el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales que establece el catálogo de delitos graves. Este artículo restringe de manera absoluta el principio de presunción de inocencia porque impide que las personas enjuiciadas por delitos graves puedan obtener la libertad caucionada.

Como puede apreciarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en conexión con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) al definir los alcances del principio de presunción de inocencia, amplifica el contenido del derecho que a los procesados otorga el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Mexicana, al establecer el deber del Estado mexicano de no restringir la libertad del ciudadano salvo que se demuestren las dos hipótesis mencionadas. Es evidente que tales instrumentos regulan con mayor prodigalidad el régimen de la prisión preventiva en México: mientras que el artículo 20, apartado A, fracción I, exige para la procedencia del derecho a obtener la libertad provisional: a) la petición del inculcado, b) que el delito no sea grave y c) que el enjuiciado exhiba caución que estará integrada por el monto de las obligaciones procesales, el monto de la reparación del daño y la sanción pecuniaria; los instrumentos internacionales exigen de manera casuística solamente la demostración, por la parte acusadora, de que el inculcado pretende evadirse y entorpecer el desarrollo del proceso.

El derecho a enfrentar el proceso en libertad en nuestro país está maniatado por la condición de que el delito atribuido no sea

grave. La existencia del catálogo de delitos –que no admiten la posibilidad de la libertad caucional– contraviene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos por dos razones:

a) Porque permite que la prisión preventiva sea la regla general y no la excepción; y

b) Porque establece la imposibilidad del otorgamiento de la libertad caucionada por los delitos *graves*.

En efecto, ninguno de los instrumentos internacionales establece la posibilidad de negar el derecho a obtener la libertad caucionada en tratándose de determinados delitos, por el contrario, establecen que la prisión preventiva no debe ser la regla general y que la libertad de las personas –sin indicar límites– podrá estar subordinada a la exhibición de garantías, de donde se advierte, *contrario sensu*, que el derecho a obtener la libertad bajo exhibición de garantías es procedente, a la luz de los tratados, respecto de *todos* los delitos.

Conforme al principio de supremacía constitucional establecida en el artículo 133 de la Constitución Federal, la aplicación del tratado internacional autoriza, por ser superior en la jerarquía normativa, a dejar de aplicar, sin mayores requisitos, el artículo 194. La jerarquía del tratado implica prevalencia sobre las normas que se les contrapongan y primacía de aplicación sobre las mismas.

5. LA PROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO

El órgano encargado de la investigación de los delitos, en acatamiento a la consideración de que las personas sujetas a proceso por

¹⁸ El Pacto señala “9. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.” Y señala además que: “14.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.”

delito grave *per se* no tienen derecho a la libertad provisional bajo caución y ante el desconocimiento de lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, nunca recaba en la indagatoria (ni la ofrece en el proceso) prueba que demuestre que el inculgado pretende evadir la acción de la justicia o impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones el proceso para fundar la negativa al otorgamiento de la libertad en tratándose de delitos graves.

Ante ello, resulta conveniente en el ejercicio defensivo solicitar la libertad provisional bajo caución a favor de procesados por delitos graves con el argumento de que no están demostrados los requisitos que para privar de la libertad a una persona exige la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Posteriormente, es necesario, contra la negativa promover el amparo indirecto.

Es procedente el amparo porque conforme al artículo 103 de la Constitución, los tribunales federales resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales y en el caso que se analiza, el tratado internacional constituye una norma amplificadora de las garantías individuales.

6. LA RESISTENCIA DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS

Existe la percepción generalizada de la resistencia de la autoridad judicial a la aplicación de los tratados internacionales.¹⁹ Los defensores públicos federales del país, constantemente citan los tratados internacionales ante autoridades que generalmente sostienen la prevalencia del dogma de la supremacía del derecho interno sobre el externo.²⁰

¹⁹ Luis Pásara, al analizar sentencias de jueces del fuero común del Distrito Federal indica: En ninguna de las sentencias sometidas a examen en este estudio se encontró la aplicación expresa de una norma constitucional o de una norma de derechos humanos de origen internacional, suscrita y ratificada por México. En el caso del segundo tipo de normas, un factor probablemente explicativo es la falta de conocimiento que, en el ambiente jurídico del país, prevalece acerca de los instrumentos internacionales que México ha ratificado. “*como sentencian los jueces del Distrito Federal*” Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2006, pp. 31 y 32.

²⁰ Estamos en un proceso de cambio —dice Jaime Cárdenas Gracia— y desde el derecho pocas veces advertimos que existen categorías jurídicas tradicionales que obstaculizan los procesos de comprensión de las nuevas realidades. Hay algunos dogmas del derecho constitucional

Algunos jueces omiten considerar que la aplicación del tratado internacional es obligatoria porque constituye un compromiso internacional y que no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Imer B. Flores, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con palmaria claridad, explica lo anterior:

“...son compromisos internacionales asumidos por el Estado Mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional. Por esta razón, se requiere tanto que el presidente –como el jefe de Estado– celebre un tratado, como que el Senado –como representante de los intereses de las entidades federativas– lo apruebe. Ciertamente, los Estados, como los demás miembros de la comunidad internacional, tienen libertad para adquirir mayores deberes al firmar tratados, pero no pueden ignorar tales obligaciones adquiridas libremente. A partir de los principios de *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, los tratados deben cumplirse de buena fe, salvo que las condiciones cambien sustancialmente. De la misma manera, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que un Estado no puede invocar su derecho nacional como una justificación para no cumplir con un tratado.”²¹

Víctor Bazán, estudioso del sistema internacional de los derechos humanos, afirma que son numerosas las razones para profundizar la discusión sobre el asunto en tratamiento (se refiere al problema de la vinculación de los tratados internacionales con el derecho interno) y agrega:

que han tenido en México, desde hace mucho tiempo, su traducción mas burda, simplista y mecanicista[...]Son conceptos y categorías que unidimensionalizan la realidad jurídica, la empobrecen y la reducen[...] y que acaban por transformarse en un instrumento del *statu quo*, en una herramienta ideológica que mantiene la correlación de las fuerzas políticas, sociales y económicas, que hace del derecho un obstáculo al cambio y no un promotor de él. En “Remover los dogmas”, *Cuestiones Constitucionales*, número 6, p. 18.

²¹ Flores, Imer B. “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 13, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Mexico 2005, p. 242.

“...entre ellas figura el reciente cambio de apreciación jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca del rango de los tratados internacionales *vis-á-vis* el derecho interno; la particular percepción evidenciada en relación con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y su potencialidad operativa para ampliar el plafón de derechos y libertades de la persona contenido en el texto constitucional, lo que supondría (expresado en términos figurado lo que sigue) una declaración *a priori* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales u vinculen un ensanchamiento protectorio (“en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles”) frente a la norma constitucional, situación que –más allá de consentir la posible “incorporación” automática de aquellos al material constitucional– deja al descubierto la opción axiológica adoptada por el tribunal a favor de la entronización de la pauta *pro homine* o *favor libertatis* y, por último, la firme presunción en el sentido de que la postura de la Corte generará un realce cualitativo del vigor de los tratados internacionales, según el caso, como parámetros de constitucionalidad o legalidad, respectivamente, de la normativa infraconstitucionalidad.”²²

Desde otra perspectiva podría considerarse que los razonamientos expuestos en este ensayo tienen su más fuerte oposición en la tesis:

PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE. Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia Carta Magna las garantías que ella

²² Bazán, Víctor; *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales. Un análisis de derecho comparado*. Editorial Porrúa, primera edición, México, 2003 p. 83.

otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.²³

Tal aseveración resultaría incorrecta porque la tesis citada resulta en estos momentos anacrónica: fue elaborada en 1998, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ni siquiera había reconocido la existencia implícita del principio de presunción de inocencia en nuestro sistema constitucional (2001), ni había establecido la jerarquía normativa de los tratados ni aceptado la posibilidad de que las normas del derecho internacional de los derechos humanos ampliaran las garantías individuales (1999). Es evidente que el desarrollo actual en la interpretación jurisprudencial y la actual integración de la Corte hacen necesario un nuevo debate sobre el tema.

7.- OTRO PASO ADELANTE EN LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS

Recientemente, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, al resolver el amparo directo número 402/2004, promovido por Miguel Romero Díaz, determinó que el artículo 128, fracción III, inciso b) del Código Federal de Procedimientos Penales (que establece la posibilidad de que el inculpado nombre para que lo defienda a persona de confianza en vez de abogado titulado)

²³ Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.

viola el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta ejecutoria desarrolló plenamente el criterio de la Suprema Corte en el amparo en revisión 1475/98: consideró implícitamente que el artículo 8.2 de la Convención amplifica garantías individuales y, ordenó, al advertir que el artículo 128, fracción III, inciso b) del Código Federal de Procedimientos Penales viola el artículo 8.2 de la Convención, la desaplicación directa de la norma de derecho interno.

“...asiste razón al quejoso cuando expone en otro apartado de su primer concepto de violación que el ordinal 128, fracción III, inciso b) del Código Federal de Procedimientos Penales contraviene la Convención Americana de Derechos Humanos.- En principio, se precisa que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 133 constitucional, los tratados internacionales suscritos por el Ejecutivo Federal, de conformidad con la fracción X del artículo 89 de la Constitución General de la República y ratificados por el Senado, en términos de la fracción I del ordinal 76 de dicho ordenamiento legal, siempre que no contravengan a la Constitución, forman parte del derecho vigente mexicano, por lo que su observancia obliga a todas las autoridades en los términos pactados, con la salvedad de las reservas que en el propio instrumento se hubiesen realizado oportunamente; asimismo la interpretación de precedente de la corte [sic] ha sostenido que dentro de la jerarquía de leyes, los tratados internacionales se ubican por encima de las legislaciones ordinarias y debajo de la constitución federal [sic]; por ende, si es factible que una disposición ordinaria pueda ser declarada contraria a un tratado internacional firmado y ratificado por los Estados Unidos Mexicanos, si sus postulados contravienen los contenidos sustanciales del instrumento internacional, cuya jerarquía se ubica en un plano superior a la legislación ordinaria, como lo es la norma programática que subyace en el numeral 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.[...] De ahí que la citada Convención sí contempla como un aspecto de la adecuada defensa el hecho de que el inculcado, desde el primer momento de su detención, esté asesorado formal y

materialmente por un abogado, es decir, por un conocedor del derecho con autorización legal para poder intervenir en los procedimientos judiciales abogando por otra persona. - Lo anterior es así, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos al emitir jurisprudencia interpretando el ordinal 8 antes transcrito, ha sostenido que existe violación a dicho precepto a cargo de un Estado parte de la Convención, cuando el inculpado no pudo contar con asistencia legal desde la fecha de su detención, hasta su declaración judicial, en la que se le nombró defensor de oficio. En efecto, tal determinación fue tomada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el Caso Castillo Petruzzi y otros contra el Perú, sentencia sobre el fondo, de treinta de mayo de mil novecientos noventa y nueve, fundamentos 146 al 149 de la cual se lee lo siguiente:

[...]

De lo antes expuesto, se arriba a la conclusión de que el numeral 128, fracción III, inciso b) del Código Federal de Procedimientos Penales, transcrito en párrafos precedentes, al permitir que durante la averiguación previa (primer momento de la detención del inculpado) el indiciado pueda designar como su defensor a una persona de confianza, que no ostente la calidad de abogado, sí viola el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin que tal precepto forme parte de las reservas formuladas por México, de ahí que, como Estado Parte de dicha Convención, está obligado a respetar y garantizar los derechos mínimos que en tal instrumento internacional se consagran a favor de las personas.”

8. PROLEPSIS

La posibilidad de que los procesados por delitos graves obtuviesen la libertad provisional bajo caución no dejaría la puerta abierta a la impunidad y a la afectación de la seguridad pública. No sería así porque el estado de derecho supone necesariamente que el poder del estado debe estar sometido al derecho; al derecho interno (la Constitución, la ley, etc.) y al derecho internacional,

específicamente el que reconoce los derechos humanos, o sea, el derecho internacional de los derechos humanos.²⁴

Considerar que la *maximización* de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia se opone a la seguridad pública constituye –como lo advierte Sergio García Ramírez, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– un falso dilema:

“En este orden desordenado, se pretende montar el más falso y peligroso dilema: derechos humanos o seguridad pública. Una sociedad exasperada por la creciente delincuencia no vacilaría en optar, a ciegas por la seguridad pública, a costa de la decadencia de los derechos humanos. Ese sería el producto de la siembra de una idea ominosa: la seguridad pública tiene un enemigo: las garantías individuales.”²⁵

No hay que olvidar –dice en otra parte el citado autor– que “las revoluciones comienzan demoliendo cárceles y liberando presos”.²⁶

El otorgamiento de la libertad provisional para todos los delitos con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no afectaría la seguridad pública. Sólo incrementaría los estándares de fundamentación y motivación de la actuación ministerial: el Ministerio Público deberá demostrar en cada caso, los requisitos establecidos en el sistema internacional de los derechos humanos: que el inculcado pretende eludir la acción de la justicia y que pretende entorpecer las investigaciones. Sólo así tomaremos el derecho a la presunción de inocencia en serio.

²⁴ Rey Cantor, Ernesto, et al, *Medidas Provisionales y Medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Temis y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, Colombia, 2005, pag. 239.

²⁵ García Ramírez, Sergio, “Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso México. En *Estudios Jurídicos*, editado por la UNAM, México, 2000, p. 384.

²⁶ Ibid., p. 700.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS

- Bazán, Víctor; *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales. Un análisis de derecho comparado*. Primera edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
- Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Primera edición, Universidad Externado de Colombia; Bogotá, 2005. p.369.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Quinta Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 552
- García Ramírez Sergio, “Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso México”. En *Estudios Jurídicos*, editado por la UNAM, México, 2000, p. 384.
- García Ramírez, Sergio (Coordinador), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Primera edición, editado por UNAM y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001.
- Ojeda Velásquez, Jorge, *Derecho Constitucional Penal*, Tomo I, primera edición, editorial Porrúa, México, 2005.
- Pásara Luis. *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal*. Primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.
- Pedroza de la Llave, Susana Talía, et al, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, Primera reimpresión, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2004.
- Rey Cantor, Ernesto, et al, *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* editado por Temis, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Bogotá, 2005.
- Vaello Esquerdo, Esperanza, *Introducción al Derecho Penal*. Primera edición, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2002, p. 64.

REVISTAS

1. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 3, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000.
2. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 6, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2002.
3. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 13, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2005.
4. *Diálogo Jurisprudencial*, Instituto Interamericano de Derechos humanos, número 1, México 2006.

OTROS

Disco óptico *IUS 2006*, actualizado a diciembre de 2006. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Disco óptico *Compila XIII*, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

E l cuerpo del delito y la probable responsabilidad (causalismo o finalismo)

*Joel Ronaldo Pérez Álvarez**

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con la reincorporación del cuerpo del delito a nuestra legislación penal federal, dentro de la dogmática jurídico-penal nacional, se ha llegado a sostener que hemos regresado a los postulados teóricos de la sistemática causalista, situación ésta que creemos equívoca, motivo por el cual, los objetivos fundamentales del presente tema de investigación son el llegar a conocer si la doctrina final de acción expuesta por el jurista Hans Welzel, en nuestra actual legislación federal sigue vigente.

II. ANTECEDENTE

En el año de 1993, el constituyente permanente reformó los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, aboliendo por completo el concepto de “cuerpo del delito”, el cual sustituyó por concepto de “elementos del tipo penal”, dejando a la ley secundaria la tarea de determinar qué elementos se pueden considerar dentro del concepto de tipo penal. Ahora bien, la ley secundaria acorde con la teoría del tipo penal desarrollada por la teoría finalista determinó que debían ser considerados como elementos del tipo, los elementos objetivos, normativos, subjetivos (dolo o culpa) y los elementos subjetivos específicos distintos al dolo y la culpa, (ánimicos), lo cual exigía, al Ministerio Público Federal, mayores

* Defensor Público Federal.

requisitos para poder obtener una orden de aprehensión o bien, un auto de formal prisión; requisitos éstos que no pudieron ser superados por la Representación Social Federal, motivo por el cual el 8 de marzo de 1999, después de múltiples discusiones legislativas, nuestra Constitución regresa al concepto de “cuerpo del delito”, el cual había sido abandonado con la reforma de 1993, dejando a la ley secundaria la facultad de establecer qué se debe entender por “cuerpo del delito” y por “probable responsabilidad”, lo cual trajo como consecuencia que se reformara el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, mismo que es objeto de análisis en el presente ensayo.

III. DESARROLLO DOCTRINARIO DEL TIPO PENAL EN LA SISTEMÁTICA CAUSALISTA Y FINALISTA

El sistema causalista se integró de dos fases, siendo la primera de ellas el “*sistema clásico del delito*” y la segunda correspondió al “*sistema neoclásico o teleológico*,” precediendo a los anteriores sistemas, la sistemática de la acción finalista. Mediante las teorías mencionadas con antelación se fue gestando la evolución dogmática del delito, mismo que a continuación exponremos en forma sintetizada, ya que el abundar en el estudio de las mismas excedería los límites propuestos en el presente ensayo.

SISTEMA CLÁSICO

El sistema causalista denominado “clásico”, cuyos máximos representantes son: Franz Von Liszt, Ernst Beling y Gustav Radbruch; inició en el año de 1881 con la obra *Tratado de derecho penal* del jurista alemán Franz Von Liszt, quien inspirado en el positivismo naturalístico se avocó al estudio del Código Penal alemán de 1871 para desprender del mismo la estructura jurídica del delito,¹ y utilizando el sistema concebido a base de clasificaciones del concepto de delito dado por dicho cuerpo normativo germano, para el cual el

¹ Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del delito*, (Sistema Causalista, finalista y funcionalista), Ed. Porrúa, México, 2001, décima ed., p. 9.

delito es “la acción sancionada por las leyes”, y de otros presupuestos de la pena. Liszt, clasificó al delito primeramente en acciones “antijurídicas” y luego en “culpables” y finalmente en acciones amenazadas con una pena;² de lo anterior, se desprende que para Von Liszt el delito se estructuraba fundamentalmente de dos elementos que son: antijuridicidad y culpabilidad, correspondiendo al primer elemento todo lo “objetivo” y al segundo, es decir, a la culpabilidad todo lo “subjetivo”, posteriormente a estos atributos del delito, Liszt se refiere a la característica de estar amenazada con una pena, llegando por consecuencia al concepto de delito buscado, el cual definió como sigue: “delito es la acción antijurídica y culpable colocada bajo la amenaza de una pena”.

Posteriormente, el sistema clásico del delito se enriqueció con la aparición de la teoría del tipo penal elaborada por Beling en el año de 1906, mediante la cual, añadió a la definición de delito expuesta por Liszt, el, elemento “tipicidad”, y consecuentemente, el delito ya no era conceptuado por Beling como en un principio lo definió Von Liszt, sino que lo definió de la siguiente manera: “Delito es la acción típica antijurídica y culpable colocada bajo la amenaza de una pena adecuada y suficiente a las condiciones de la amenaza penal”; sin embargo, cabe mencionar, que Beling, como consecuencia de los postulados filosóficos que profesaba (positivismo naturalista), el tipo penal únicamente lo entendió como la descripción típica de los elementos exteriores de la acción, libres de toda valoración, ya que los elementos subjetivos al igual que Liszt, los ubicó en la culpabilidad; en el mismo sentido se pronunció Gustav Radbruch, para quien el tipo penal era un concepto de tipo avalorado, tal y como lo sostuvo Beling.

SISTEMA NEOCLÁSICO

La construcción dogmática elaborada en el sistema clásico se vio sometida a severas críticas, tanto en sus cimientos filosóficos y polí-

² Moreno Hernández, Moisés, “Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal Mexicano”, *Criminalia*, año LVIII, No. 3, México, 1992, Ed. Porrúa p. 36.

tico-criminales, así como por el método utilizado, lo anterior en virtud de que, para los partidarios del sistema neoclásico, los postulados del sistema clásico no respondían a las nuevas exigencias teleológicas y valorativas, que se derivaban de las nuevas ideologías filosóficas que retomaron los partidarios del sistema neoclásico o teleológico,³ siendo su máximos representantes Reinhart Frank, J. Goldschmidt Freudenthal, Mezger, Hegler y Mayer; quienes se inspiraron en los postulados de la escuela sudoccidental alemana o filosofía de los valores de Baden-Baden, filosofía ésta que estableció por primera vez al lado del método científico-causal propio de las ciencias naturales, un nuevo método científico-espiritual del entendimiento y de la apreciación de los sucesos tomando en cuenta fines y valores,⁴ lo cual trajo como consecuencia el descubrimiento de nuevos elementos integrantes del tipo penal, tales como los elementos subjetivos y normativos del tipo penal, los cuales a continuación se analizan.

Inspirados en Fischer, autores como Mayer, Hegler y Mezger en el ámbito del derecho penal, en 1914 en trabajos separados, reconocieron a los elementos subjetivos como elementos componentes del injusto, separados de la culpabilidad, los cuales Hegler los encontró en los delitos llamados de tendencia trascendental y en los de intención. Con lo anterior, Hegler destruyó muy a su pesar la separación que hacía el sistema causalista de los elementos objetivos y subjetivos, donde al tipo penal así como a la antijuridicidad le pertenecía únicamente lo objetivo del delito y a la culpabilidad todo lo subjetivo, y consecuentemente, Hegler llegó a sostener que no todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad ni todo lo objetivo a la antijuridicidad, sino que en ciertos momentos la conducta puede depender de momentos subjetivos. Con lo anterior, Hegler estructuró su teoría de los elementos subjetivos en el ámbito del tipo penal. Por su parte, Mayer construyó su teoría de los elementos subjetivos

³ Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Ed. Porrúa, México, 2000, primera ed., p. 71.

⁴ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, Ed. Porrúa, México, 2001, novena ed., p. 71.

en el ámbito de la antijuridicidad, lo cual a juicio del doctor Moisés Moreno Hernández, obedece a la configuración teleológica y material de la antijuridicidad como infracción a las normas de cultura de las cuales hablaba Mayer.⁵ Al respecto, Max Ernst Mayer expuso: “los elementos subjetivos de la ilicitud son propias características de lo antijurídico, pero no son características de la culpabilidad ni propias ni impropias”.⁶

Mezger, por su parte, formuló la teoría de los elementos subjetivos del injusto en el ámbito de la antijuridicidad, estableciendo en un primer momento que el injusto es contradicción objetiva de las normas del derecho, pero que ello no quiere decir que la lesión deba ser determinada con independencia de la parte subjetiva, ya que en algunas veces esta parte subjetiva puede influir para fundamentar el injusto, con lo anterior, Mezger hace una doble ubicación de los elementos subjetivos; es decir, en ocasiones los ubica en la culpabilidad y otras veces en el injusto. En 1931, Mezger se vuelve a ocupar de los elementos subjetivos llegando a la conclusión que los elementos subjetivos del injusto, son a la vez elementos de la culpabilidad.

Esta doble sistematización propugnada por Mezger,⁷ fue rechazada por un amplio sector de la dogmática jurídico-penal, y en especial por Welzel y el afamado penalista argentino Zaffaroni.⁸

Max Ernst Mayer fue el jurista que puso de manifiesto que al lado de los elementos descriptivos del tipo perceptibles a través de los sentidos existen otros que hacen necesaria una valoración jurí-

⁵ Moreno Hernández Moisés, op., cit., p. 41.

⁶ Mayer Max, Ernest, “Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts”, nota que aparece en Sosa Ortiz, Alejandro, *Los Elementos del Tipo Penal y el Problema de su Acreditación*, Primera ed., Méx., 1999, p. 233.

⁷ Mezger, en la década de los treinta, había admitido que la acción es final desde un punto de vista ontológico, y que por ello en su estructura hay que considerar a la finalidad, y por otro lado admitió que el dolo podría tener una doble ubicación dependiendo si se trataba de delito consumado o de delito tentado, por ejemplo: en el caso de homicidio, si el delito queda en tentativa, el dolo se ubica en el tipo penal, y si el delito es consumado el dolo pertenece a la culpabilidad; a lo anterior Hans Welzel, en forma sarcástica, replicó: “eso quiere decir que la ubicación sistemática del dolo y la culpa depende de la puntería del sujeto”.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, parte general, tomo III, Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1998, Primera ed., p. 368.

dica o cultural anterior a la antijuridicidad, los cuales consisten en los elementos normativos, dando con ello nacimiento a la teoría de los elementos normativos, la cual llegó a su punto culminante con Wolf, quien le da una amplitud desmesurada a los elementos normativos al considerar que elementos presuntamente descriptivos como hombre, casa, etc., son normativos en su ámbito fronterizo ya que requieren una valorización orientada a la antijuridicidad.

SISTEMA FINALISTA

El jurista alemán Hans Welzel, en la década de los treinta, da nacimiento a la nueva corriente ideológica jurídico-penal denominada *sistema finalista*; lo anterior como consecuencia de las críticas que realizó tanto a la filosofía positivista naturalista que proclamaba que la acción era un movimiento corporal voluntario libre de todo valor donde no importaba el fin propuesto por el sujeto al realizar una acción determinada, sino la relación causal; así como el estudio crítico que realizó al neokantismo. Lo anterior tomando como punto de partida la función ético social como la misión más importante del derecho penal, superando las tendencias naturalistas, apoyándose además en el conocimiento de los valores y en la naturaleza misma de las cosas (estructuras lógico-objetivas), reestructurando con ello los elementos que integran el delito, lo cual trajo aparejado que Welzel diera el paso decisivo y reubicara en forma definitiva el dolo y la culpa en el tipo penal, extrayéndolos del campo de la culpabilidad. Esta nueva ubicación de los elementos subjetivos (dolo y culpa) trae como consecuencia que en el ámbito del tipo penal se pueda determinar si el sujeto actuó a título de dolo o de culpa y, por ende, en ese ámbito se puede hacer la distinción entre una conducta dolosa y una conducta culposa.

IV. DESARROLLO DOCTRINARIO DEL CONCEPTO CULPABILIDAD EN LA SISTEMÁTICA CAUSALISTA Y FINALISTA

A lo largo del desarrollo de la doctrina jurídico penal en torno a la culpabilidad, se han adoptado diversos criterios tendientes a justi-

ficar la naturaleza jurídica de la misma, los cuales han sido desarrollados por las diferentes posturas doctrinarias que se han ocupado del estudio del delito, entre las cuales destacan la teoría causalista y la teoría finalista. Al efecto cabe señalar que en la época del causalismo naturalista (período clásico), se sostuvo que la culpabilidad era de naturaleza psicológica; posteriormente, dentro del período neoclásico, se sustentó un concepto mixto de culpabilidad; por último la doctrina finalista se adoptó un concepto normativo de culpabilidad.

TEORÍA PSICOLÓGICA DE CULPABILIDAD

El pensamiento naturalista de fines del siglo XIX que intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos a datos empíricos explicables por las ciencias naturales, así como la metodología utilizada por los clásicos para el estudio de la teoría del delito; es decir, la separación de lo objetivo y subjetivo del delito ha dado lugar en el sistema de Liszt, Beling y Radbruch, al concepto psicológico de culpabilidad, en el cual el dolo y la culpa se conceptuaban como especies de culpabilidad y, por ende, la culpabilidad se podía presentar en cualquiera de las dos formas (dolo o culpa); es decir, únicamente se podía hablar de una culpabilidad dolosa o bien, de una culpabilidad culposa; al anterior concepto psicológico de culpabilidad imperante en la época del período clásico se sumaron Von Buri Löffler, Kohlrausch, Binding, Merkel, Hellmuth y Meyer,⁹ a quienes se les considera sus máximos representantes, y son coincidentes en señalar que la culpabilidad sólo se compone de dolo y culpa, ya que es el vínculo psicológico que une al autor con su hecho.

La teoría psicológica de culpabilidad en mención, no escapó a las críticas formuladas por un gran sector de la doctrina jurídico penal, entre las que destaca la formulada por Graf Zu Dohna,¹⁰

⁹ Román Quiroz, Verónica, op., cit., p. 6.

¹⁰ Todas las críticas formuladas a la teoría psicológica de culpabilidad son de suma importancia; sin embargo, por el tema específico a tratar en el presente trabajo nos avocaremos únicamente a las críticas en torno al dolo o la culpa.

Basigalupo¹¹ y Moreno Hernández,¹² quienes cuestionaron la teoría que nos ocupa, aduciendo que la teoría psicológica de culpabilidad, al haber situado la esencia de la culpabilidad en la relación psíquica del autor con su hecho, pasaron por alto dos problemas: el primero, que la culpa no cuadra en absoluto porque en ella falta precisamente la relación psíquica que une al autor con su hecho; el segundo, que con el establecimiento de esta relación para el dolo no se ha dicho nada definitivo, pues a pesar de existir el dolo puede faltar la culpabilidad, por ejemplo: los casos de estado de necesidad disculpante.

TEORÍA NORMATIVA O MIXTA DE CULPABILIDAD

Debido a las críticas insuperables de que fue objeto la teoría psicológica de culpabilidad, dicha teoría fue parcialmente abandonada por los partidarios del sistema neoclásico, dándose así nacimiento a la teoría normativa o mixta de culpabilidad, teoría ésta que fue expuesta por el profesor de la Universidad de Munich, Reinhard Frank, en el año de 1907, a quien se le considera el padre de la misma; sin embargo, cabe mencionar que para el desarrollo de dicha teoría contribuyeron en gran medida Goldschmidt (1913); Freudenthal (1922), Hegler (1930) y Mezger (1931).¹³

Tal y como habíamos mencionado en líneas anteriores R. Frank en 1907 en su obra *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, publicada en Alemania, da nacimiento a la teoría normativa o mixta de culpabilidad, sin abolir por completo el concepto psicológico. Para dar vida a la teoría normativa antes mencionada, Frank partió de la base que el concepto puramente psicológico de culpabilidad no satisfacía la necesidad de reconocer como causa exculpante el estado de necesidad, en virtud que para la teoría psicológica, la culpabilidad únicamente comprendía el dolo y la culpa.

¹¹ Cita que aparece en Román Quiroz, Verónica, op., cit., p.8.

¹² Moreno Hernández Moisés, "Consideraciones Dogmático y Político Criminales sobre la Culpabilidad", *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal*, 1981, p. 329.

¹³ Plasencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, Primera Reimpresión, Méx., 1998, p. 164.

E igualmente, Frank para dar vida a la teoría normativa de culpabilidad resaltó la insuficiencia de conceptuar la imputabilidad como presupuesto de culpabilidad, argumentando que el menor de edad, el loco, el idiota también puede actuar en forma dolosa o culposa, de donde resulta que la imputabilidad debe ubicarse como elemento de culpabilidad, y no como presupuesto de ésta. El anterior pensamiento de Frank fue reafirmado por los estudios en Psiquiatría que arrojaron como resultado que efectivamente el niño, el loco puede actuar en forma dolosa o bien en forma culposa, tal y como en la actualidad lo sostiene el finalismo.

Ahora bien, con fundamento en las premisas anteriores, Reinhart Frank elaboró el concepto normativo de culpabilidad, el cual conceptuó como el juicio de reproche que se le hace al nexo psicológico que une al autor y su hecho. El reproche de que nos habla Frank, puede hacerse tanto a quien actúa con dolo como a quien actúa culposamente, consecuentemente, dicho concepto engloba en un sólo concepto tanto el objeto de reproche como el juicio de reproche, lo cual constituiría posteriormente algunas críticas valederas formuladas especialmente por Graf Zu Dohna.

Así mismo, Reinhart Frank señala que la gravedad de la culpabilidad dependerá de la medida de libertad, la que influirá para la graduación de la pena, de tal suerte que a mayor libertad mayor pena.¹⁴

Posteriormente, en el año de 1913 Goldschmidt, siguiendo el pensamiento de Frank, contribuyó en gran medida a fundamentar el concepto normativo de culpabilidad, al proponer situar junto al hecho psíquico de dolo e imprudencia un elemento normativo de culpabilidad, la contrariedad al deber. Esta contrariedad a la norma del deber desaparecería en casos de exculpación como ocurre en la situación justificante; por ejemplo, en los casos en que el sujeto activo de acuerdo al caso concreto no se le pueda exigir que se comporte conforme a derecho, tal y como sucede en los casos de exculpación justificante. Goldschmidt manifiesta que lo anterior es

¹⁴ Román Quiroz, Verónica, op., cit., p. 76.

lo que da contenido a la culpabilidad, ya que ahí es donde juega un papel importante el elemento de la normal motivación; es decir, el reproche se hace al sujeto por no haberse dejado motivar por la representación del deber.

Posteriormente, Freudenthal en el año de 1922, siguiendo el pensamiento de Goldschmidt, contribuyó al desarrollo de la teoría normativa de culpabilidad aportando el requisito de la exigibilidad de otra conducta,¹⁵ como criterio para cubrir el espacio entre culpabilidad e inculpabilidad, pues a juicio de Freudenthal el sistema de Frank no resolvía la interrogante culpable o inculpaible; ya que la esencia de la culpabilidad radica en el desprecio a una conducta determinada cuando el autor pudo y debió realizar otra conducta o porque la representación del resultado debió o pudo ser contrario.

El concepto normativo de culpabilidad, correspondiente a la fase dogmática considerada causalista alcanzó su mayor expresión con el jurista alemán Edmundo Mezger, para quien la “culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al autor la reprochabilidad personal de la acción antijurídica”.¹⁶

Con la elaboración dogmática en torno a la culpabilidad sustentada por los neoclásicos, la culpabilidad se estructuró con los siguientes elementos: dolo o culpa, imputabilidad, exigibilidad de otra conducta y causas especiales de exclusión de culpabilidad (Mezger 1931).

La doctrina jurídico-penal siguió evolucionando, llegándose a la conclusión que el concepto normativo elaborado por R. Frank, Goldschmidt, Freudenthal y Mezger, no satisfacía las exigencias del derecho penal, y al respecto se le formularon diversas críticas, siendo una de las más fuertes la formulada por Alexander Graf Zu Dohna, la cual se encausó en el sentido que el sistema de Frank es erróneo al ubicar en un mismo concepto el objeto de valoración (dolo o culpa), y el juicio de reproche, argumentado que la culpabilidad

¹⁵ Nota que aparece en Román Quiroz, Verónica, op., cit., p. 77.

¹⁶ Nota que aparece en Moreno Hernández, Moisés, “Consideraciones dogmáticas y políticos criminales sobre la culpabilidad...”, op., cit., p. 395.

como categoría de valor, no podía incluir elementos psicológicos (dolo o culpa), ya que dichos elementos se pueden dar o no dar, y consecuentemente, su análisis se debe efectuar en un momento anterior, e independiente de la culpabilidad, en la cual sólo se determinará si esos nexos psicológicos son o no reprochables, con lo anterior se logró diferenciar el objeto de valoración de la valoración del objeto. Al respecto, Zaffaroni menciona que la corriente neoclásica en torno a la culpabilidad presenta una dificultad insalvable fácilmente, ya que independientemente del fundamento en que se apoye el reproche, existe una confusión entre el objeto desvalorado y el desvalor del objeto, ya que la ubicación de ambos en un mismo plano hacen que la culpabilidad tenga un contenido por demás heterogéneo. Al respecto, Sebastián Soler señala que esta doctrina se basa en un equívoco verbal en la que se da a la consecuencia el valor de la causa, trayendo con ello una complicación inútil y engañosa dentro de la sistemática.

CONCEPTO PURAMENTE NORMATIVO DE CULPABILIDAD

De las críticas mencionadas con antelación se desprende que es inconcebible ubicar dentro del concepto normativo de culpabilidad al dolo y a la culpa, tal y como lo hacían los partidarios del sistema causalista denominado neoclásico, motivo por el cual Welzel, al elaborar la teoría finalista rechazó totalmente las anteriores doctrinas expuestas en torno a la culpabilidad, extrayendo del ámbito de la culpabilidad los elementos subjetivos (dolo o culpa) para ubicarlos en el ámbito del tipo penal, separando con ello el objeto de valoración del juicio de reproche (valoración del objeto).¹⁷ Debido a lo anterior, a juicio del doctor Moreno Hernández, el concepto normativo de culpabilidad alcanza su pureza.¹⁸ Lo anterior es así, en virtud de que la doctrina finalista, en forma tajante y definitiva, separó el objeto de valoración del juicio de reproche (valoración del objeto).

¹⁷ Con la reubicación del dolo y la culpa al tipo penal hecha por el finalismo, pierde por completo su vigencia el concepto psicológico de culpabilidad y, por ende, ésta se transformó en un concepto puramente normativo.

¹⁸ Moreno Hernández, Moisés, "Consideraciones dogmáticas...", op., cit., p. 397.

La teoría puramente normativa de culpabilidad fue criticada debido a que se le acusó de haber dejado vacía a la propia culpabilidad, al haber extraído el dolo y la culpa de ésta; a la anterior acusación los partidarios del sistema finalista, y en especial Zaffaroni, respondieron que dicha crítica no afecta su sistema por ser infundada, ya que la misma sólo puede sostenerse desde un punto de vista de un psicologuismo furioso que nadie sostiene en la actualidad, ya que no es admisible sí quienes formulan dicha crítica sustentan un concepto normativo o mixto de culpabilidad, pues para los que adhieren a este concepto, la culpabilidad es reprochabilidad y al quitarle el dolo y la culpa, la reprochabilidad queda, no hay vaciamiento alguno.

V. CUERPO DEL DELITO

El cuerpo del delito es un concepto que ha sido creado por una ficción jurídica del derecho procesal, mismo que fue expuesto por Feuerbach¹⁹ en el siglo XIX, quien hace referencia al supuesto de hecho del delito o cuerpo del delito; sin embargo, el concepto en mención tal y como lo afirma Díaz Aranda, no se creó como sinónimo o equivalente al tipo penal, o viceversa, pues dicha obra apareció aproximadamente un siglo antes de que Beling, en el año 1906, aportara dentro de la teoría del delito el concepto de tipo penal; aunado a ello, que el término de “cuerpo del delito” no se ha empleado en la ley penal sustantiva, sino sólo en la ley adjetiva y, por ende, dicho concepto es propio del derecho procesal penal mexicano. Al efecto, el procesalista Marco Antonio Díaz de León, nos menciona que el concepto de cuerpo del delito es procesal, y no debe nunca identificarse cien por ciento con el concepto que de él se tiene en el derecho penal como tipo objetivo; por lo tanto, ambas figuras tienen naturaleza y elementos diferentes, que además sirven para fines distintos de la política criminal, por lo que resulta inadecuado pretender aplicar al cuerpo del delito la teoría del delito, del tipo objetivo y aun de la tipicidad; es decir, resulta equivoco pretender utilizar como sinónimos los conceptos “cuerpo del delito” y “tipo penal objetivo”.

¹⁹ Díaz Aranda, Enrique, *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, Primera ed., Méx., 2001, Ed. UNAM, p. 9.

Dentro de la doctrina procesal, el concepto de cuerpo del delito ha tenido tres acepciones distintas, pues se le consideró como el hecho objetivo ínsito en cada delito; en otras ocasiones, se le ha estimado como el efecto material que los delitos del hecho permanente dejan después de su perpetración; así, por ejemplo, un cadáver, un edificio dañado, una puerta rota; y finalmente una tercera acepción, como cualquier huella o vestigio de la naturaleza real que se conserve respecto de la acción material realizada (un puñal, una joya, etcétera).

Por lo que atañe al concepto de cuerpo del delito dentro de nuestra legislación procesal federal, es dable mencionar que en la actualidad, dicha codificación se ajusta a la primera acepción, al igual que las restantes legislaciones procesales de los estados; sin embargo, la ley secundaria difiere entre sí en cuanto a los elementos que integran el cuerpo del delito, por lo que se puede decir que el concepto que nos ocupa es flexible, de modo tal que nada impide que pueda existir alguna legislación secundaria que ubique dentro del cuerpo del delito los elementos objetivos, normativos, subjetivos y subjetivos específicos. Lo anterior debido que el concepto de cuerpo del delito es creado por el propio legislador al momento de establecer los elementos que configuran el cuerpo del delito.

VI. ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

La ley procesal en comento define el cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica los requiera; no obstante la definición anterior, es dable mencionar que igualmente en debido acatamiento a los criterios jurisprudenciales vigentes en nuestro Estado,²⁰ también los elementos subjetivos específicos distintos al dolo forman parte del cuerpo del delito en la legislación

²⁰ Criterio Jurídico emitido en Novena Época por el Sexto tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIII, mayo de 2001, Tesis I. 6ª P. 20 p, pagina 1117, cuyo rubro es CUERPO DEL DELITO FORMA PARTE DE EL LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS DISTINTOS AL DOLO.

procesal federal. Lo anterior puede dar pie a que se piense que el precepto legal que se analiza se apega a los postulados del sistema causalista denominada neoclásico o teleológico; sin embargo, se estima que para determinar si el precepto legal en estudio se afilia a una u otra doctrina (causalista o finalista), se debe llevar a cabo un estudio sistemático de dicho precepto en su integridad; es decir, se tiene que estudiar tanto el cuerpo del delito como la probable responsabilidad, y no el cuerpo del delito en forma aislada.

E igualmente, el precepto legal en estudio nos señala que la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de ilicitud o alguna excluyente de culpabilidad. De lo anterior se desprende que dentro de la probable responsabilidad, en primer término se debe estudiar la forma de participación del sujeto activo; en segundo término, se debe analizar el dolo y la culpa;²¹ posteriormente, se debe estudiar las causas de ilicitud (antijuridicidad); y por último, la culpabilidad, de donde se desprende que al igual que la sistemática finalista el estudio sistemático de los elementos subjetivos (dolo o culpa) anteceden al estudio de la culpabilidad, y consecuentemente, la ley procesal que nos rige hace una separación respecto al objeto de valoración (dolo o culpa), y el juicio de reproche, dejando la culpabilidad únicamente como categoría de valor, en la cual sólo se determinará si esos nexos psicológicos son o no reprochables, diferenciando con ello el objeto de valoración de la valoración del objeto, tal y como lo hizo la sistemática finalista.

Al efecto, el tratadista Enrique Díaz Aranda,²² al estudiar la pro-

²¹ Aun cuando la forma de participación, el dolo y culpa formen parte de la probable responsabilidad, siguen siendo elementos del tipo penal, ya que de acuerdo a la forma de redacción del precepto legal en estudio, dichos elementos quedan fuera de la culpabilidad y de cualquier otra categoría del delito. Al efecto, es dable mencionar que en el mismo sentido se pronuncia la legislación Penal y Procesal Penal en el Estado de Coahuila, ya que el artículo 16 del Código Penal, nos señala que el tipo penal se integra de elementos objetivos, normativos subjetivos y subjetivos específicos y no obstante de ello el artículo 312 del Código Procesal en comento contempla como elementos de la probable responsabilidad al dolo.

²² *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, op. cit. p. 36-56.

blemática planteada concluyó que la teoría de la acción final hoy en día sigue vigente, en virtud de que el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, después del cuerpo del delito, coloca al dolo y la culpa, antes de la antijuridicidad y de la culpabilidad; lo anterior a juicio de Alejandro Sosa Ortiz,²³ no es acertado, ya que considera que en la actualidad la teoría causalista sigue vigente, argumentando que el tipo penal se encuentra compuesto únicamente por elementos objetivos, por lo que es evidente que el dolo y la culpa no forman parte del tipo, y que por exclusión son elementos de culpabilidad; e igualmente, debido a que el dolo y la culpa se estudian en la responsabilidad.

CONCLUSIONES

En el presente ensayo, se ha llegado a la convicción de que nuestra actual legislación procesal se adhiere a los postulados de la sistemática finalista, lo anterior por las siguientes consideraciones: a) El cuerpo del delito no es sinónimo de tipo penal, como pretenden hacer ver algunos autores; b) El legislador, únicamente para efectos procesales, y no sustantivos, fraccionó en dos rubros al delito mismo (cuerpo del delito y probable responsabilidad), ya que los elementos que integran al delito en su conjunto no se pueden identificar o utilizar como sinónimos de ninguna categoría procesal (cuerpo del delito o probable responsabilidad), pues dichos elementos son diferentes y sirven a fines distintos de política criminal; c) Dentro del tipo penal se encuentra el dolo y la culpa, ya que de no admitirse así, dichos elementos quedarían fuera de cualquier categoría del delito previamente reconocidas por la doctrina (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); d) El estudio sistemático del dolo y la culpa son anteriores al estudio sistemático de la culpabilidad y, por ende, su análisis se debe efectuar en un momento anterior e independiente de la culpabilidad, lo cual trae aparejado que la ley procesal federal diferencie el objeto de valoración de la valoración del objeto, tal y como lo llevó a cabo la sistemática finalista.

²³ *El cuerpo del delito la problemática en su acreditación*, Ed. Porrúa, México, D.F. 2003, Primera edición, pp. 24-26 .

BIBLIOGRAFÍA

- Díaz Aranda, Enrique, *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, Primera ed., Méx., 2001, Ed. UNAM., p. 105.
- Díaz Aranda, Enrique, “El Dolo. Discurso de Ingreso”, *Criminalia*, año LXIII, No. 3, Septiembre-Diciembre, Méx., 1997, Ed. Porrúa.
- López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, Novena ed., Méx., 2001, Ed. Porrúa, p. 313.
- , *Imputabilidad y Culpabilidad*, Segunda ed., Méx., 1999, Ed. Porrúa, p. 209.
- Luna Castro, José, *El Concepto del Tipo Penal en México*, Primera ed., Méx. 1999, Ed. Porrúa, p. 237.
- Moreno Hernández, “Consideraciones Dogmático y Político Criminales sobre la Culpabilidad”, *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal*, 1981, Ed. Depalma, p. 385-410.
- , “Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicano”, *Criminalia*, año LVIII, número 3, Méx., 1992, Ed. Porrúa.
- Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito* (Sistema Causalista, Finalista y Funcionalista), Décima ed., Méx., 2001, Ed. Porrúa, p. 217.
- Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, Primera Reimpresión, Méx., 1998, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 297.
- Roman Quiroz, Verónica, *La Culpabilidad y la complejidad de y su comprobación*, Primera ed., Méx., 2000, Ed. Porrúa, p. 319.
- Sosa Ortiz, Alejandro, *El cuerpo del delito. La Problemática en su Acreditación*, Primera ed., Méx., 2003, Ed. Porrúa, p. 198.
- , *Los Elementos del Tipo Penal y el Problema de su Acreditación*, Primera ed., Méx., 1999, Ed. Porrúa, p. 269.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo III, Méx., 1998, Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, p. 664.
- Acevedo Blanco, R., *Manual de Derecho Penal*, Primera ed., Colombia, 1983, Ed. Temis, p. 440.

Altavilla, Enrico, *La Culpa*, cuarta ed., Colombia, 1999, Ed. Temis, p. 483.

Arillas Bas, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, Primera ed., Méx., 2001, Ed. Porrúa, p. 350.

Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, segunda ed., San José Costa Rica, 1985, Ed. Juricentro, p. 152.

Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Segunda ed., Colombia, 1994, Ed. Temis, p. 23.

Carmona Castillo, Gerardo, *La Imputabilidad Penal*, Segunda ed., Méx., 1999, Ed. Porrúa, p. 229.

Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Cuadragésimo segunda ed., Méx., 2001, Ed. Porrúa, p. 361.

Cerezo Mir, José, “El Concepto Material de Culpabilidad”, *Criminalia*, año LXIII, No. 2, Mayo-Agosto, Méx., 1997, Ed. Porrúa.

———, “El Finalismo”, *Criminalia*, año LXIII No. 2, Mayo-Agosto, Méx., 1997, Ed. Porrúa.

Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, Trad. y notas, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Traducción de la segunda ed., España, 1999, Ed. Civitas, p. 1071.

Código Penal del Estado de Coahuila. Ed. Gobierno del Estado de Coahuila.

Cortes Ibarra, Miguel A., *Derecho Penal, Parte General*, Cuarta ed., Méx., 1992, Ed. Cárdenas Editor, p. 491.

Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*, Tomo I, Duodécima ed., Barcelona 1956, Ed. Casa Editorial Urgel, p. 875.

Daza Gómez, Carlos, “Teoría de la Imputación Personal”, *Criminalia*, año LXIII No. 1, Enero- Abril, Méx. 1997, Ed. Porrúa.

———, *Teoría General del Delito*, Primera ed., Méx., 1997, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, p. 369.

Díaz Aranda, Enrique, *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, Primera ed., Méx., 2001, Ed. UNAM, p. 105.

Díaz Aranda, Enrique, “El Dolo. Discurso de Ingreso”, *Criminalia*, año LXIII, No. 3, Septiembre-Diciembre, Méx., 1997, Ed. Porrúa.

———, *Dolo (Causalismo, Finalismo, Funcionalismo y Reforma Penal)*, Primera ed., Méx., 2000, Ed. Porrúa, p. 270.

Fernández Carlier, Eugenio, *Estructura de la Tipicidad Penal*, Tercera ed., Méx., 1999, Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 369.

Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, Tomo I, Segunda ed., Colombia, 1998, Ed. Temis, p. 378.

Ferreira Delgado, Francisco, *Teoría General del Delito*, Primera ed., Colombia, 1998, Ed. Temis, p. 435.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Trigésimo tercera ed., Méx., 1982, Ed. Porrúa, p. 444.

Jiménez De Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal* (Clásicos del Derecho, Volumen 7), Méx., 1997, Ed. Pedagógica Iberoamericana, p. 367.

———, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo V, Cuarta ed., Buenos Aires, 1963, Ed. Lozada, p. 1152.

Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Quinta ed., Méx., 1985, Ed. Porrúa, p. 477.

———, *La Antijuridicidad y Jurisprudencia*, Segunda ed., Méx., 1998, Ed. Jurídicas del Norte, p. 424.

López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, Novena ed., Méx., 2001, Ed. Porrúa, p. 313.

———, *Imputabilidad y Culpabilidad*, Segunda ed., Méx., 1999, Ed. Porrúa, p. 209.

Luna Castro, José, *El Concepto del Tipo Penal en México*, Primera ed., Méx. 1999, Ed. Porrúa, p. 237.

Maggiore Giuseppe, *Derecho Penal*, Volumen I, Segunda Reimpresión de la Segunda ed., Colombia, 2000, Ed. Temis, p. 642.

Mancera Espinosa, Miguel A. “El Tipo Penal”, *Criminalia*, año LXIII No. 1, Enero-Abril, Méx., 1997, Ed. Porrúa.

Márquez Piñeiro, Rafael, *El Tipo Penal (algunas consideraciones en torno al mismo)*, Primera ed., Méx., 1992, Ed. UNAM, p. 407.

———, *Derecho Penal, Parte General*, Cuarta ed., Méx., 1997, Ed. Editorial Trillas, p. 320.

Medina Peñaloza, Sergio J., *Teoría del Delito, (Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva)*, Primera ed., Méx., 2001, Ed. Ángel Editor, p. 307.

Mezger, Edmundo, *Derecho Penal, Parte General*, Segunda ed., Méx., 1991, Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, p. 459.

Monarquez Ureña, Rodolfo, *Lineamientos Elementales de la Teoría del Delito*, Primera ed., Méx., 2000, Ed. Porrúa, p. 180.

Moreno Hernández, Moisés, “Elemento del Tipo Penal y la Responsabilidad en la Legislación Mexicana”, *Revistas de Política Criminal y Ciencias Penales (Primer Seminario Internacional de Derecho Penal 1997)*, Méx., 1999, Ed. CEPOLCRIM, p. 271-296.

———, “La Regulación del error en la Legislación Penal Mexicana”, *Revistas de Política Criminal y Ciencias Penales (Primer Seminario Internacional de Derecho Penal 1997)*, Méx., 1999, Ed. CEPOLCRIM, p. 77-92.

———, “Consideraciones Dogmático y Político Criminales sobre la Culpabilidad, Memoria del Primer Congreso” *Mexicano de Derecho Penal*, 1981, Ed. Depalma, p. 385-41.

———, “Sobre el Estado Actual de la Dogmática Jurídico Penal Mexicano”, *Criminalia*, año LVIII, número 3, Méx., 1992, Ed. Porrúa.

———, *Política Criminal y Reforma Penal*, Primera ed., Méx., 1999, Ed. Porrúa, p. 489.

Morselli, Elío, *La Función del Comportamiento Interior en la Estructura del Delito*, Primera ed., Colombia, 1992, Ed. Temis, p. 192.

Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, Cuarta ed., Valencia 2000, Ed. Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Segunda ed., Colombia, 1999, Ed. Temis, p. 190.

Novoa Monreal, Eduardo, *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*, primera ed., San José Costa Rica, 1980, Ed. Juricentro, p. 147.

Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito* (Sistema Causalista, Finalista y Funcionalista), Décima ed., Méx., 2001, Ed. Porrúa, p. 217.

———, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Primera ed., Méx., 1999, Ed. Porrúa, p. 440.

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Imputabilidad e Inimputabilidad*, Tercera ed., Méx., 1993, Ed. Porrúa, p. 134.

———, *La Causalidad en el Delito*, Cuarta ed., Méx., 1993, Ed. Porrúa, p. 197.

Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, Primera Reimpresión, Méx., 1998, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 297.

Polaino Navarrete, Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Primera ed., Méx., 2001, Ed. Porrúa, p. 383.

Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Décima ed., Méx., 1998, Ed. Porrúa, p. 508.

Reinhart Maurach, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, (actualizado por Heinz Zipf) Trad, de la Séptima edición Alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, Ed. Astrea, p. 687.

Reyes Echendia, Alfonso, *Culpabilidad*, Tercera Reimpresión de la Segunda ed., Colombia, 1999, Ed. Temis, p. 229.

———, *Derecho Penal*, Quinta Reimpresión de la Undécima ed., Colombia, 1996, Ed. Temis, p. 228.

———, *Imputabilidad*, Quinta ed., Colombia 1997, Ed. Temis, p. 236.

———, *Antijuridicidad*, cuarta ed. Bogotá-Colombia. 1989, Ed. Temis, p. 297.

Reynoso Dávila, Roberto, *Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología*, primera ed., Méx., 1992, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, p. 366

- , *Teoría General del Delito*, Segunda ed., Méx., 1997, Ed. Porrúa, p. 362.
- Ripolles, Quintano, *Derecho Penal de la Culpa*, Primera ed., Barcelona, 1958, Casa Editorial Urgel, p. 598.
- Roman Quiroz, Verónica, *La Culpabilidad y la complejidad de y su comprobación*, Primera ed., Méx., 2000, Ed. Porrúa, p. 319.
- Romero Tequextle, Gregorio, *Cuerpo del Delito o Elementos del tipo (Causalismo y Finalismo)*, Primera ed., Ed. O. G. S., p. 195.
- Salazar Marín, Mario, *Injusto Penal y Error*, Primera ed., Colombia, 1999, Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 398.
- Sandoval Delgado, Emiliano, *Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal*, Primera reimpresión de la Primera ed., Méx., 2000, Ed. Ángel Editor, p. 284.
- SCHÜNEMANN BERND, “Nuevas tendencias en el concepto jurídico penal de culpabilidad”, *Revistas de Política Criminal y Ciencias Penales (Primer Seminario Internacional de Derecho Penal 1997)*, Méx., 1999, Méx., 1999, Ed. CEPOLCRIM, p. 93-107.
- Sosa Ortiz, Alejandro, *Los Elementos del Tipo Penal y el Problema de su Acreditación*, Primera ed., Méx., 1999, Ed. Porrúa, p. 269.
- Sotomayor A. Juan Oberto, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Primera ed., Colombia, 1996, Ed. Temis, p. 312.
- Summa Legislativa, 1993-1994, Tomo IV, Ed. Gobierno del Estado de Coahuila,
- Vela Treviño, Sergio, *Antijuridicidad y Justificación*, Primera ed., Méx., 1976, Ed. Porrúa, p. 412.
- , *Culpabilidad e Inculpabilidad (Teoría del Delito)*, Segunda Reimpresión, Méx., 1996, Editorial Trillas, P. 415.
- Villa Alzate, Guillermo, *Fundamentos Metodológicos de la Nueva Teoría del Delito*, Primera ed., Colombia, 1991, Ed. Temis, p. 106.
- Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Segunda ed., Méx., 1984, Ed. Porrúa, p. 538.
- Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán Parte General*, Décima primera ed., Trad. Juan Busto Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Chile, 1993, Ed. Editorial Jurídica de Chile, p. 342.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Méx., 1998, Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, p. 465.

———, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, Méx., 1998, Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, p. 664.

———, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo IV, Méx., 1998, Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, p. 578.

———, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Cuarta reimpresión, Méx., 1998, Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, p. 857.

Análisis crítico de la jurisprudencia 1ª/J1/2007

*Javier Alfonso Pérez Chávez**

INTRODUCCIÓN

Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en una tesis de jurisprudencia por contradicción, sobre un tema de suma relevancia en los procesos penales federales, en los cuales la Defensoría Pública Federal es constante protagonista. Dicho criterio incide directamente en la forma de valorar y resolver en definitiva asuntos relativos a delitos contra la salud, los cuales, como es bien sabido, constituyen el grueso de los casos en la gran mayoría de las adscripciones de los Defensores Públicos.

La tesis de jurisprudencia referida constituye un criterio que merece ser discutido por quienes de alguna manera estamos inmersos en el tratamiento de la justicia penal, sin importar que dicha discusión sólo puede exponerse con fines críticos pues, desde luego, el criterio sentado es de observancia obligatoria para todos los tribunales del país, toda vez que se trata de la resolución emitida ante la discrepancia de argumentos entre tribunales colegiados de Circuito, en donde la Primera Sala de la Corte, en materia de su competencia exclusiva (penal), resuelve cuál de ellos debe imperar, procedimiento regulado en la Ley de Amparo así como la imperatividad que enviste tal determinación.

Considero que la obligatoriedad del precedente no significa la

* Jefe de Departamento.

verdad absoluta ni el fin de la discusión, más bien creo que debemos manifestarnos al respecto y exponer ideas sobre el tema tratado pues independientemente de tomar una postura a favor o en contra sobre el tema, con ello se enriquece el debate jurídico que puede ser útil para futuras consideraciones.

Ahora bien, previo a exponer el análisis de la tesis de jurisprudencia en cuestión, es necesario conocer sus antecedentes, los cuales se componen de los criterios emitidos por los tribunales contendientes, un voto concurrente de un Ministro en este caso, y finalmente la ejecutoria sostenida por la Primera Sala, de la cual emergió la tesis motivo de análisis; después de ello, expondré consideraciones propias sobre el tema.

1. ANTECEDENTES

Por cuestiones de acotamiento me limitaré a sintetizar lo total de los argumentos emitidos por los tribunales colegiados contendientes, así como del voto concurrente pronunciado y la ejecutoria con la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis. Cabe puntualizar que tal contradicción se origina porque en los amparos directos resueltos se emiten criterios diversos sobre hechos prácticamente iguales, es decir, se trata de la comisión de delitos contra la salud en donde existe una denuncia anónima de que en un lugar determinado se venden narcóticos, ante lo cual el Ministerio Público Federal ordena la investigación y agentes policíacos se constituyen en lugar observando a personas que entran y salen rápidamente de él, por lo cual son alcanzados metros más adelante, donde se les descubre en posesión de enervantes que, según el dicho de tales personas, fueron adquiridos en el domicilio denunciado, y posteriormente, al rendir los testigos su declaración ministerial, exponen características del domicilio, la forma de adquisición de la droga, media filiación del vendedor etc., pero aportan nombres y domicilios falsos, lo cual tiene como consecuencia que a la postre no puedan ser localizados en la instrucción de la causa penal para sostener la imputación y carearse con el indiciado, aunado a

que, por petición de la defensa, el Juzgado emplea diversos medios para lograr su localización y comparecencia, acreditándose de los informes rendidos por diversas dependencias que los datos personales de identificación no existen o no corresponden a las personas que declararon; siendo la valoración de esos testimonios rendidos en averiguación previa, el motivo de la disparidad de criterios.

1.1 AMPARO DIRECTO PENAL 98/2006, RESUELTO POR UNANIMIDAD DE VOTOS POR EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL QUINTO CIRCUITO

Los argumentos torales del Tribunal en mención son los siguientes: “...Por cuanto hace a lo expuesto por el promovente, con relación a que la responsable no debió otorgar valor probatorio a los testimonios antes referidos, bajo el argumento de que se demostró la inexistencia de los domicilios proporcionados por sus emitentes al declarar ministerialmente, con los informes rendidos por las dependencias requeridas; debe decirse que resulta inexacta la afirmación del impetrante... Este tribunal estima que el hecho de que los testigos no hayan sido localizados para la práctica de los careos con el acusado, o para el desahogo de cualquier prueba a su cargo que pudiera interesar a la defensa, indiscutiblemente restringe la garantía de defensa del procesado y afecta la credibilidad del testimonio, pero la circunstancia de que el testigo haya proporcionado falsas generales, señalando un domicilio que no le corresponde, o incluso un nombre que no es verdadero, no tiene el alcance de anular en forma absoluta el contenido de sus declaraciones en cuanto a los hechos narrados, pues al respecto se conviene con la autoridad responsable en que el hecho de que no hubieran sido localizados pudo obedecer a muy diversos motivos, y no necesariamente a que sea falso lo que declararon, ya que en la causa penal no se demostró que los testigos tuvieran motivos extralegales para conducirse con mendacidad en perjuicio del encausado (sic)... por tanto, si lo expuesto por los agentes aprehensores apoya lo declarado por los testigos de mérito, no puede considerarse que por no haber sido localizados durante la instrucción del proceso, se hayan conducido con mendacidad en sus atestados, máxime cuando la información que proporcionaron

sirvió para fundar la solicitud de cateo y, efectuado el mismo, se logro el aseguramiento del narcótico afecto...” (i!).

1.2 AMPARO DIRECTO PENAL 280/2005 Y 447/2005, RESUELTOS POR UNANIMIDAD DE VOTOS POR EL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL QUINTO CIRCUITO

El Tribunal en mención emitió cuatro ejecutorias de amparo en el mismo sentido, por lo cual dentro de la resolución de contradicción únicamente se asienta lo relativo a los dos amparos directos antes mencionados.

Las consideraciones principales del amparo directo 280/2005 son las siguientes: *“...Son fundados los conceptos de violación vertidos por el peticionario de garantías, en los que se reclama que en el caso no están debidamente acreditados todos y cada uno de los elementos que integran el delito contra la salud, en la modalidad de posesión de marihuana que tipifica el primer párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal, concretamente el elemento subjetivo específico consistente en la finalidad de la posesión del narcótico. En efecto, tal como se expresa en el pliego materia de examen, el análisis de la resolución reclamada, evidencia que la autoridad señalada como responsable, realizó una incorrecta valoración de los medios de convicción en los que sustenta la integración de la prueba circunstancial, para justificar el elemento subjetivo en cuestión. Se sostiene lo anterior, pues en primer lugar tomó en cuenta las declaraciones ministeriales que rindieron los testigos de cargo... Sin embargo, el tribunal ad quem no tomó en cuenta que tales declaraciones resultan ineficaces para tener por acreditado que la finalidad de la posesión... era la de realizar con la misma alguna de las conductas que señala el dispositivo 194 del Código Penal Federal. Se afirma lo anterior, porque al realizar un análisis histórico de las diligencias desahogadas durante la instrucción del proceso, tendentes a la localización de aquellos testigos, para que fueran careados con el ahora sentenciado, a efecto de que le sostuvieran o no la imputación que en su contra formularon, se advierte que proporcionaron domicilios falsos, por lo que*

fue imposible localizarlos y ello hace dudar de que se hubiesen conducido con probidad... En consecuencia, si de las constancias procesales antes relacionadas se advierte que los testigos de cargo no fueron localizados para la práctica de los careos correspondientes con el acusado, en razón de que no existen los domicilios que proporcionaron, es claro que no se condujeron con probidad y, por ende, no pueden producir convicción... Y si bien esos testimonios tuvieron fuerza probatoria para la emisión del auto de formal prisión, resultan insuficientes por ineficaces, para fincar una sentencia condenatoria... Sin que sea obstáculo a lo anterior, el que en la propia resolución reclamada, se señale que la finalidad de la posesión es de carácter subjetivo y que puede acreditarse a través de la prueba circunstancial, porque precisamente partiendo de esa premisa, se requiere que los elementos que conformen las inferencias derivadas de los hechos plenamente acreditados en autos por otras pruebas, sean lo suficientemente convincentes, para llevar a la certeza de que efectivamente, el propósito de la posesión ejercida, era realizar alguna de las conductas que prevé el precepto 194 del invocado código sustantivo. Lo que no ocurrió en el presente caso, toda vez que el tribunal ad quem concatenó indicios inconducentes para integrar la prueba circunstancial y tener por demostrado el elemento subjetivo del ilícito atribuido al impetrante del amparo..."

Por otro lado, las consideraciones emitidas por el mismo Tribunal en el diverso amparo directo 447/2005, son esencialmente similares a las anteriores, por lo cual considero innecesario transcribirlas, pues igualmente se afirma incorrecto que la autoridad responsable considere acreditado el elemento subjetivo específico del tipo penal previsto en el artículo 195 primer párrafo del Código Penal Federal, consistente en que la posesión de enervante por parte del activo tuviera la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del ordenamiento citado, ello en razón de que se otorgó valor indiciario para acreditar dicho elemento subjetivo a las declaraciones vertidas ante el Ministerio Público por dos testigos de cargo que proporcionaron generales falsos, por lo cual no fue posible presentarlos a declarar y carearlos con el indiciado, estimán-

dose que tales indicios carecen de valor convictivo para tal fin, y a consecuencia de ello se concede el amparo y protección de la justicia federal al quejoso para el efecto de que se dicte nueva sentencia condenatoria en la cual se ubique su conducta en la posesión atenuada de narcótico prevista en el artículo 195 bis del Código Sustantivo Penal, puesto que lo único que subyace al no conceder valor a los testigos de cargo es precisamente una posesión simple y no así la finalidad de destinar la droga detentada a conductas diversas como lo señala el numeral 195 primer párrafo del Código Sustantivo Penal. Asimismo, cabe destacar que el Tribunal Colegiado en cita en relación a la valoración del material probatorio, determino que no es útil para el efecto de acreditar la finalidad de la posesión de la droga, el parte informativo de los elementos policíacos que participaron en la detención de los testigos, porque a los mismos sólo les consta que dichos testigos tenían en su poder una porción de los enervantes, pero no el que efectivamente éstos hubieran sido vendidos por el sentenciado y que el acta circunstanciada de cateo, sólo es apta para demostrar las circunstancias relativas a la detención del promovente del amparo y del aseguramiento de las sustancias prohibidas localizadas en su domicilio al momento de la práctica del cateo.

2. JURISPRUDENCIA POR CONTRADICCIÓN DE TESIS 1A./J. 1/2007

De los criterios contradictorios anteriormente expuestos, la Primera Sala resolvió la ejecutoria que finalmente derivo en la tesis de jurisprudencia motivo del presente análisis. Ahora bien, en dicha ejecutoria se señala como materia de la contradicción a dirimir lo siguiente: “...Así las cosas, lo que en esta resolución debe determinarse es, si de las constancias procesales se advierte que los testigos de cargo no fueron localizados para la práctica de los careos correspondientes con el acusado, en razón de que no existen los domicilios que proporcionaron, advirtiéndose por ende, que no se condujeron con probidad, tiene o no el alcance de anular en forma absoluta el contenido de sus declaraciones, en cuanto a los hechos narrados...”

La Tesis de Jurisprudencia finalmente emitida se localiza en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Marzo de 2007. Página: 202, con el rubro y contenido literal siguiente:

“PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. LA FALTA DE PROBIDAD POR PARTE DE LOS TESTIGOS EN PROPORCIONAR SUS GENERALES, EN SÍ MISMA, NO ES SUFICIENTE PARA RESTAR VALOR PROBATORIO A SU TESTIMONIO. De la interpretación sistemática y armónica de los artículos 285, 286 y 290 del Código Federal de Procedimientos Penales se advierte que la prueba testimonial no es una prueba tasada, sino circunstancial o indiciaria, porque la codificación en estudio no le otorga valor probatorio pleno, sino que se deduce la posibilidad de la libre valoración por parte del juzgador, con la limitante de que éste funde y motive debidamente su resolución y las conclusiones a que arribe al valorar dicha probanza. Ahora bien, en términos del artículo 289 de la codificación procesal penal en cita, los requisitos formales que deben tomarse en cuenta al momento de valorar la prueba testimonial, entre otros, son los siguientes: a) que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para declarar en relación a los hechos que narra; b) que por su honradez e independencia de su posición y antecedentes personales, se llegue al convencimiento de que no tiene motivos para declarar en favor o en contra del inculpado; c) que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro; d) que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, respecto de la sustancia del hecho y sus circunstancias esenciales; e) que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno, siendo que el apremio judicial no se reputará como fuerza. Además de observar los requisitos formales recién indicados, se estima también imprescindible que el juzgador aprecie el contenido de la declaración vertida por el testigo, lo que implica que al momento de decidir sobre el mérito convictivo que merece un ateste, en uso de su

arbitrio judicial y libertad para realizar la valoración de las pruebas, el juzgador deberá tener en cuenta todas las demás circunstancias, objetivas y subjetivas que, mediante un proceso lógico y un correcto raciocinio, conduzcan a determinar la mendacidad o veracidad del testigo. Por tanto, se estima que el libre albedrío otorgado al juzgador para apreciar en conciencia el material probatorio, no puede tener como consecuencia absoluta el efecto de negar valor probatorio alguno a las declaraciones de aquellos que se hayan conducido con falta de probidad al proporcionar sus generales, porque al ser la prueba testimonial una probanza no tasada por nuestra legislación, el juzgador debe considerar otros elementos probatorios y, al relacionarlos con lo manifestado por el testigo, llegar a determinar si los hechos que éste narra, se encuentran corroborados con otros elementos de prueba, que permitan al órgano jurisdiccional formarse la convicción respecto de la veracidad de la declaración del ateste. Además, de la lectura de la fracción II del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, se advierte que el aspecto primordial que privilegió el juzgador al apreciar la declaración de un testigo, es precisamente la imparcialidad del mismo, tomando en cuenta tanto la probidad como la independencia y antecedentes personales del ateste, sin embargo, como ya se dijo, la probidad del testigo representa sólo uno de diversos elementos que debe tomar en cuenta el juzgador, para otorgarle o no valor probatorio al testimonio de un ateste, por lo que no se ajustaría al sistema procesal mexicano respecto de la libre apreciación de la prueba, si por falta de probidad al proporcionar sus generales, se dejaran sin valor probatorio las declaraciones de los testigos”.

Contradicción de tesis 99/2006-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito. 25 de octubre de 2006. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Joaquín Cisneros Sánchez.

Tesis de jurisprudencia 1/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diez de enero de dos mil siete.

2.1 VOTO CONCURRENTES DEL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Finalmente, forma parte del criterio en estudio el voto concurrente del señor ministro Cossío Díaz, quien se manifiesta a favor del contenido de la tesis pero difiere del sentido con el cual va considerarse la probidad de los testigos, por lo cual me parece necesario transcribir lo medular de sus argumentos que se componen de lo siguiente: “...He formado parte de la mayoría porque estimo que la falta de probidad, a los efectos de considerar no satisfecho el requisito legal apuntado, no puede ser decretada a la ligera, sobre la base de la inexactitud de uno solo de los datos proporcionados —por ejemplo, los datos y referencias generales facilitados por la persona—... La no probidad de una persona no puede considerarse establecida sobre bases que, consistentemente aplicadas, redundarían en una exclusión de la capacidad testimonial de prácticamente todas las personas... No puede, en otras palabras, interpretarse que, por el hecho de que la ley mencione la probidad de los testigos, los dichos de estos últimos no puedan tomarse en consideración salvo que quede atestiguada, de modo absoluto, la veracidad de lo que manifiestan. Por suerte o por fortuna, el límite final entre la veracidad de ciertas afirmaciones y la falsedad de otras no es una premisa con la que se cuente antes del juicio, sino que forma parte de las conclusiones a las que el desarrollo del juicio y en especial la apreciación global de la totalidad del acervo probatorio deberán arrojar. (i!) ...No hay que soslayar que el hecho de que la persona que después rinde testimonio no haya sido localizada puede deberse a múltiples razones —cambio de domicilio o de ciudad de residencia, imprecisión en la dirección, falta de exhaustividad en la búsqueda, etcétera— y no necesariamente a que sea una persona “improba” y, por tanto, carente de la calidad moral necesaria para poder rendir una declaración que supere la aduana que representan los requisitos formales establecidos en la fracción II del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales... Pero si, con base en los datos que obran en la causa, el Juez penal está en posibilidad de determinar, fundada y motivadamente, que el haber proporcionado datos falsos al rendir una persona sus generales puede finalmente remitirse a un comportamiento de falta de probidad, la declaración no puede tomarse en cuenta ni como

indicio. Afirmar que la imposibilidad de localizar al testigo por haber proporcionado datos generales falsos evidencia que el mismo no se condujo con probidad, pero que ello es insuficiente para restar valor probatorio a su testimonio resulta un contrasentido... Sin embargo, la decisión en la contradicción que hemos resuelto hoy no se centra en determinar las consecuencias que en el plano probatorio deben derivarse de una prueba testimonial realizada ilegalmente, sino en un estadio previo, consistente en determinar en qué condiciones va a considerarse que la prueba testimonial está realizada de modo legal y respetuoso de las garantías constitucionales rectoras del proceso. Y he votado finalmente a favor porque interpreto que la respuesta fundamental que ha dado hoy la Sala es que la detección de inexactitudes en los datos generales sobre la persona que rinde testimonio no basta por sí misma para “llegar el convencimiento”, como exige el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, de que no es honrado (probo) y no tiene por tanto, la imparcialidad requerida para tener incidencia en el juicio, de modo que en esas condiciones, dichas inexactitudes son insuficientes para anular en forma absoluta el valor probatorio de su testimonio...”

3. CONSIDERACIONES PERSONALES

1.- Efectivamente, como la jurisprudencia en cuestión señala, en cuanto al sistema de apreciación de pruebas la testimonial no es una prueba tasada sino de libre convicción con carácter indiciario limitada por la fundamentación y motivación que el juzgador debe realizar acorde a los artículos 285, 286 y 289 del Código Adjetivo Penal. Empero, estimo que en la contradicción de criterios ese hecho fue algo que nunca estuvo sujeto a discusión, es decir, el Tribunal que sustentó el criterio contrario a la Jurisprudencia que hoy se analiza, valoró los testimonios de testigos de cargo con carácter indiciario y únicamente cuestionó el alcance probatorio de los mismos, concluyendo que son suficientes para el dictado de la formal prisión y no así para una sentencia condenatoria. Por lo anterior, me parece inexacto lo que en la ejecutoria se señala como materia de la contradicción, pues en mi opinión, este caso debió centrarse

en el estudio del valor convictivo que a un testimonio rendido en las circunstancias anotadas debe darse, por tanto el alcance probatorio del mismo, y no si la falta de probidad de los testigos al dar sus generales tiene o no el alcance de anular en forma absoluta el contenido de sus declaraciones en cuanto a los hechos narrados o si se limitan o no las amplias facultades del juzgador para calificar un testimonio; insisto, un testimonio rendido con falta de probidad en cuanto a la identidad personal constituye un indicio que de inicio no puede desestimarse porque simple y sencillamente se desconoce dicha falta de probidad al momento de dictar el término constitucional, ya que aún no se ha intentado localizar al testigo; por ende, la imputación hecha es suficiente para acreditar indiciariamente el elemento subjetivo específico (finalidad al poseer un narcótico) y decretar la formal prisión, pero dicho indicio –a mi parecer– pierde valor convictivo en la medida que en el proceso penal se acredita fehacientemente (por tanto se descubre) que los testigos de cargo fueron deshonestos al momento de aportar sus generales y, por tal motivo, no pudieron ser localizados para sostener una imputación frente al juez y carearse con el acusado, por ello es inconcuso que su valor probatorio es insuficiente para fundamentar la sentencia condenatoria ya que no puede asegurarse la imparcialidad del testigo, aunado a que ni el parte informativo, diligencia de cateo, fe ministerial o dictamen químico pueden ser adminiculados con suficiencia al testimonio de cargo para acreditar sin lugar a dudas el fin que el activo daría a un narcótico, tal como lo argumentó el Tribunal Colegiado que sostuvo criterio contrario a la jurisprudencia y con el cual personalmente estoy de acuerdo.

2.- Considero importante hacer referencia a la ponderación que la Primera Sala realiza respecto del concepto probidad, el cual finalmente resulta decisorio para el precedente en análisis.

Señala la Sala emisora en un punto de su ejecutoria: “...*debe decirse que la falta de probidad por parte de los testigos al asentar sus generales al rendir su declaración, no puede ni debe ser determinante para restarle totalmente valor probatorio a sus declaraciones, porque lo*

que el legislador privilegió al redactar la fracción II del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, fue precisamente la imparcialidad que debe tener en cuenta el juzgador... la probidad de un testigo representa sólo uno de diversos elementos que debe tomar en cuenta el juzgador, para otorgarle o no, valor probatorio al testimonio de un ateste..."

De lo anterior, primeramente se puede apreciar que se afirma una falta de probidad en el testigo cuando proporciona datos generales falsos. También se dice que la probidad sólo viene a ser un requisito más a valorar por el juzgador, y ante su ausencia no necesariamente se debe restar credibilidad a un testimonio, por lo cual, entiendo, la jurisprudencia en comento considera la probidad como un elemento de segundo nivel frente a la imparcialidad (lo cual me parece cuestionable) que fue lo privilegiado por el legislador al redactar el artículo 289 fracción II del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual señala:

“Artículo 289. Para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración:

“... ”

“II. Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad.”

Por otra parte, en lo relativo al voto concurrente del ministro José Ramón Cossío Díaz, con todo respeto no estoy de acuerdo, ello porque considero que la Sala no dio como respuesta fundamental a la contradicción de tesis que la detección de inexactitudes en los datos generales sobre la persona que rinde testimonio no basta por sí misma para “llegar al convencimiento” de que no es honrado (como afirma el señor Ministro); por el contrario, la tesis de jurisprudencia es muy clara desde su rubro en afirmar como falta de probidad de los testigos la aportación de generales falsos, lo cual se reitera en el texto del documento, por ello, efectivamente, se califica de ímprobo a una persona que aporta datos falsos de su identidad y, como bien se señala en el voto concurrente, debiera tener la consecuencia de que su testimonio no sea valorado ni como indicio pues resulta un contrasentido afirmar que el testigo se condujo con

falta de probidad y aun así conceder valor probatorio a su dicho.

En relación con todo lo anterior, considero la teleología del artículo 289 fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales, es diversa a lo señalado en la tesis de jurisprudencia en cuestión, es decir, me parece que el legislador no quiso considerar la probidad sólo como un diverso elemento a tomar en cuenta por el juzgador, de carácter secundario ante la imparcialidad o dispensable ante su falta para conceder valor a un testimonio. Además, no creo que en un proceso penal deba haber la intención por parte del Juez de “llegar al convencimiento” de que una persona no es honrada (proba) en sentido amplio, pues efectivamente el hecho de que una persona aporte un nombre y domicilio falso al emitir su testimonio ante la autoridad ministerial, no necesariamente es determinante para emitir un criterio definitorio de personalidad deshonesto, pues bien puede tratarse de una persona generalmente honesta pero que en ese momento actuó deshonestamente, siendo eso precisamente lo relevante, me explico: creo firmemente que la intención del legislador al incluir la probidad como criterio de valoración de los testimonios, no tiene la finalidad de que sólo personas honestas funjan como testigos o que el juez deba convencerse durante el proceso de la honestidad o deshonestidad de una persona; por el contrario, lo que interesa es la improbidad en el acto jurídico concreto (declaración testimonial) pues es precisamente ello lo que cuestiona la imparcialidad del testimonio, ya que mentir sobre las generales no tiene otro propósito coherente que ocultar la identidad para el futuro. En esa misma tesitura, la falta de probidad en los datos personales resultaría irrelevante por ejemplo, si el testigo compareciera a declarar ante el órgano jurisdiccional en la instrucción de la causa, pues con ello se afirmarían judicialmente su identidad dando oportunidad al procesado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa; pero si al contrario (como en el caso en estudio), el juez, a petición de la defensa utiliza diversos medios para lograr la comparecencia de los testigos de cargo y derivado de múltiples informes de autoridades gubernamentales se demuestra que el nombre y domicilio aportado

no existe o no corresponde, dicho juzgador habrá “llegado al convencimiento” de que la persona actuó efectivamente con falta de probidad en ese acto jurídico concreto, en consecuencia, el indicio debe ser insuficiente (como lo expuse en el punto 1) para dictar sentencia de condena al generarse una duda razonable sobre la imparcialidad del testigo, esto en estricta observancia del principio *in dubio pro reo*, o bien la declaración no debe valorarse siquiera como indicio, tal como expuso el ministro Cossío (en cualquiera de los dos casos el resultado sería el mismo), pues sin probidad nunca puede asegurarse la imparcialidad.

3.- Finalmente, considero que la jurisprudencia se emite perdiendo de vista la naturaleza del asunto resuelto, ello porque en ningún momento de la tesis se hace referencia a que los testigos de cargo declaran con relación a la comisión de delitos contra la salud; por el contrario, se limita a establecer mediante una retórica legal rígida los sistemas de valoración de la prueba, haciendo hincapié en la amplia libertad del juzgador para apreciar el material probatorio incluidos los testimonios rendidos con falta de probidad. La gravedad de esto recae en que al concentrarse el argumento de la Sala en dichas cuestiones legales, se pierde de vista la enorme y perjudicial trascendencia procesal que su jurisprudencia genera para todo imputado por delito contra la salud grave (Art. 195 primer párrafo del Código Penal Federal, principalmente) pues en los hechos, una vez consignada la averiguación previa con la declaración de testigos de cargo cuyos generales son falsos, el Juez de Distrito, a pesar de sus intentos, nunca tendrá ante sí a dichos testigos fuente de la imputación, y el imputado nunca podrá conocerlos ni carearse constitucionalmente con ellos, aunado a que la defensa tampoco podrá controvertir el dicho de tales testigos mediante ninguna prueba, y finalmente el juzgador invocando el precedente en cuestión, justificará la valoración de pruebas recabadas en la averiguación previa para emitir una sentencia de condena; ¿es esto una defensa adecuada?

CONCLUSIÓN

En esencia, la seguridad jurídica implica la certeza de todo gobernado de que el Estado, como ente soberano, no podrá afectar su esfera jurídica sin someterse a una serie de requisitos previos y procedimientos legalmente establecidos en donde se justifique de manera fehaciente el acto autoritario ejercido a través de diversas entidades estatales. Lo anterior constituye un estado de Derecho liberal en donde los ideales de libertad y justicia están garantizados a los ciudadanos y opuestos a la autoridad sin diferenciación alguna.

Ahora bien, dentro de la seguridad jurídica, se encuentra inmersa la primordial garantía de audiencia, entendida en palabras sencillas como la oportunidad de defensa, el que todo individuo sea oído y vencido en juicio previo a la privación de sus bienes jurídicos protegidos, siendo lo anterior el fundamento axiológico del derecho fundamental de defensa.

En esa tesitura, el derecho de defensa en materia penal, siguiendo la idea de Raúl F. Cárdenas Rioseco, *“...no es sólo un derecho público subjetivo del imputado, sino que constituye también una exigencia esencial en la estructura del proceso, ya que éste no puede concebirse sin la defensa, en virtud de que deben contradecirse dialécticamente con las hipótesis de la acusación con sus correspondientes pruebas, otorgando a la defensa los mismos derechos y facultades que a la acusación, es decir, resguardar efectivamente el equilibrio procesal entre las partes contendientes...”*¹

El derecho de defensa constituye un derecho fundamental rector del proceso penal en donde por imperativo constitucional y en ejercicio de un sistema penal acusatorio (se supone es el adoptado en nuestra legislación), debe llevarse a cabo una fase dialéctica entre acusación y defensa que genere el equilibrio procesal de las partes en todos los aspectos, logrando así el principio procesal de contradicción, lo cual básicamente consiste en que tanto el Ministerio Público como la defensa puedan ofrecer sus medios probato-

¹ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *El Derecho de Defensa en Materia Penal*, México, Porrúa, 2004, p.8.

rios y refutar los mismos entre sí, quedando al juzgador analizar la tesis de la acusación y la antítesis de la defensa, creando la síntesis jurisdiccional al aplicar la ley al caso concreto.

Finalmente, podemos colegir que no hay proceso penal respetuoso de las garantías constitucionales cuando se priva o se restringe el derecho de defensa de un imputado. En el caso que nos ocupa, si el indiciado no puede carearse con quien depone en su contra, ni tampoco contradecir sus dichos en la instrucción del proceso porque los testigos de cargo se condujeron con falta de probidad al exponer sus generales y por ende no fueron localizados, indiscutiblemente se restringe en su perjuicio las garantías previstas en el artículo 20 apartado A, fracciones IV, V y IX, de la Constitución, pues definitivamente el derecho de defensa contra la acusación es reducido a los límites de su exclusión; por ende, la condena que al efecto se dicte, tendrá como único sustento la averiguación previa, ya que el periodo de instrucción en primera instancia será un intento estéril de la defensa por defender lo indefendible y el Ministerio Público, por su parte, quedará como espectador sin carga procesal, limitándose a realizar las conclusiones acusatorias en base a lo recaído en la etapa prejudicial con la seguridad de que el juzgador invocando la tesis de jurisprudencia ahora analizada y en uso de la amplia facultad que le confiere el sistema de valoración de pruebas, adminiculará los indicios (básicamente testigos de cargo, parte informativo, fe ministerial y dictamen químico, todos producto de la indagatoria) para condenar al indiciado tal y como diariamente sucede en las sentencias emitidas por los jueces de Distrito del país, creándose respecto de los delitos contra la salud no solo una política criminal de línea dura sino una legitimación de la incapacidad manifiesta del Ministerio Público para investigar.

Por todo lo anterior, considero pertinente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una nueva reflexión donde se analice más a fondo el problema expuesto, modifique su jurisprudencia, pues ante el actual criterio, todas las tesis recientes en donde se reconoce y protege el derecho defensa son arado en la mar.

El control difuso en el sistema judicial mexicano

Ana Karina Reyna Rodríguez*

I.- PRINCIPIOS BÁSICOS

1. CONSTITUCIÓN

1.1 Concepto

Para poder abordar el tema es importante partir de los principios básicos que lo integran. Primeramente, el concepto de constitución, en sentido material, doctrinalmente se ha definido como el complejo de normas jurídicas fundamentales escritas o no escritas, que traza las líneas maestras de un ordenamiento jurídico. En sentido formal, conjunto de normas legislativas que ocupan una posición especial y suprema en el ordenamiento jurídico y que regulan las funciones y los órganos fundamentales del Estado.¹

De acuerdo con el maestro Miguel Carbonell, en su libro *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, la define como: “un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder.”²

* Jefe de Departamento.

¹ Cd-Rom, Diccionario Jurídico Espasa Calpe, S.A.

² Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, Editorial Porrúa /UNAM, 3ª. Edición, México 2000, p.147.

Los primeros textos constitucionales en sentido instrumental (documento en que se formula solemnemente la mayoría de las normas materialmente constitucionales) aparecen en el siglo XVII en Inglaterra (*Agreement of the people*, 1649; *Instrument of Government*, 1653). Pero será ya en el siglo XVIII cuando surjan las constituciones modernas, a las que se pretende dotar de estabilidad, con un contenido típico: organización del poder y reconocimiento de los derechos. La ideología liberal dará lugar a que las constituciones se estructuren en dos partes: dogmática y orgánica.

La Constitución es la norma suprema, *norma normarum*, que determina el sistema de producción del Derecho. Goza de supremacía, es decir, de rango superior a las restantes normas del ordenamiento, que no pueden ir en contra suya. Junto a la rigidez constitucional, garantiza esa supremacía el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, que comprueba la adecuación del Derecho positivo a la Constitución.

2. CONTROL

2.1 Concepto

Siguiendo el desarrollo del tema, la palabra *control* dentro del contexto jurídico conlleva a establecer métodos que evitan el ejercicio excesivo de poder.

Así pues tenemos que, para Carla Huerta: “el control es el conjunto de medios que garantizan las limitaciones establecidas al ejercicio del poder, la forma en que se asegura la vigencia de la libertad y de los derechos fundamentales del ser humano. El control es, pues un sistema de vigilancia que asegura la observancia del sistema jurídico.”³

Ahora bien, Karl Loewenstein no propone una definición de control, pero señala que su función se manifiesta de dos maneras:

a) Obligatorio y recíproco, por participar dos o más órganos en la realización de actos estatales en virtud de una norma jurídica, ya que éstos sólo podrán llevar a cabo determinadas funciones conjuntamente, o

³ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, p.36.

b) Un control discrecional y unilateral, si es de un órgano respecto de otro; se considera facultativo, por dejar al arbitrio de ese órgano la decisión de ejercer o no el control, pues el detentador individual de poder está facultado constitucionalmente para intervenir en la actividad de otro y frustrar su acción.⁴

El control significa no sólo la simple interpretación de la Constitución, sino el poder de detener la aplicación de un texto legislativo.

Se puede deducir, de lo anterior, que el derecho es la forma en que se regula el control, son las normas jurídicas las que establecen las limitaciones al poder político, tal como las que determinan las relaciones entre los órganos del Estado, creando de esta forma sistemas de control, siendo el orden jurídico tanto el objeto como el medio idóneo del control.

II.- CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Como se pudo advertir en los conceptos analizados, el control es un elemento inseparable del concepto constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo; si se pretende que la constitución se ejecute,⁵ se debe crear la esfera y los medios necesarios para otorgarle efectividad.

Se tiene entonces que el control constitucional es sistema de control judicial de las leyes propio del Estado de derecho, que tiene su fundamento en la concepción de la constitución como norma jurídica fundamental, mediante el cual se verifica el respeto de las leyes a la constitución.

Históricamente, tiene su origen en el *Judicial Review* estadounidense, que nace con la sentencia del juez Marshall en 1803 (caso *Marbury vs. Madison*), y que se caracteriza por establecer un control “difuso”, donde todo juez puede inaplicar una ley cuando la considere contraria a la constitución, con el límite del *stare decisis* o vinculación a las decisiones del Tribunal Supremo. La Constitución austriaca de 1920, obra de Kelsen, introduce la justicia consti-

⁴ Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª. Edición, Barcelona, Ariel, 1976, p. 252.

⁵ Aragón, Manuel, *Constitución y Control del Poder*, Ediciones Ciudad Argentina, España, 1995, p. 12.

tucional en el continente europeo con notables diferencias respecto de la norteamericana; el control es “concentrado”, pues se confiere a un único tribunal, que efectúa un examen de compatibilidad lógica entre la Constitución y la ley en cuestión, sin detenerse en el conflicto material concreto subyacente; se convierte así en un “legislador negativo”, cuyas sentencias tienen efectos *ex nun*, afectan a todos, y, en ocasiones, ofrecen interpretaciones para habilitar la constitucionalidad de la norma enjuiciada. Actualmente, la justicia constitucional, en determinados sistemas, no se limita al control de constitucionalidad de las leyes, sino que se amplía a los conflictos entre entes territoriales autónomos o entre órganos constitucionales, a la protección de los derechos fundamentales, e incluso al conocimiento de las causas contra las altas magistraturas del Estado.⁶

Controlar la constitucionalidad de la ley, significa, para el juez, abordar la dificultad con la intención, si el caso lo amerita, de rebelarse contra la voluntad del legislador, a diferencia de solamente interpretar un texto buscando la voluntad de su autor, con la intención de someterse a ella.

De lo referido anteriormente podemos afirmar que dentro de los sistemas de defensa de la Constitución de un país existen dos principios centrales, clasificación que se realiza atendiendo al órgano jurisdiccional, y que resulta el más trascendente para el presente estudio.

a) El control concentrado: *El control se realiza por un órgano especial que puede no ser del Poder Judicial, pero es un tribunal creado para ejercer una función específica, y se diferencia de los demás tribunales en razón de su competencia, que es el control de la constitucionalidad de la leyes.*⁷

En un sistema concentrado, solamente existe un órgano que ejerce el control del orden constitucional, el cual debe reforzarse mediante la autonomía e independencia en su actuación. Debe diferenciarse de los órganos de control de la constitucionalidad de las leyes que tienen naturaleza política y de los órganos del poder judi-

⁶ Cd-Rom, Diccionario Jurídico Espasa Calpe, S.A.

⁷ Huerta Ochoa, Carla, op.cit., p. 50.

cial ordinario que, en algunos sistemas, desempeñan tal función.

A manera de ejemplo, se presenta la figura del Tribunal Constitucional en España, encargado de administrar la justicia constitucional. Tiene su antecedente en el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. Actualmente se regula en el Título IX de la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y se le define como intérprete supremo de aquélla. Se *compone* de doce miembros nombrados por el Rey: de ellos, cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos; cuatro a propuesta del Senado por mayoría de tres quintos; dos a propuesta del Gobierno; y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial; deben ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional; su mandato es de nueve años, renovándose por terceras partes cada tres.

El Tribunal Constitucional tiene *competencia* para conocer de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; de los recursos de amparo por violación de los derechos y libertades; de los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas, y de los de éstas entre sí, así como de los conflictos entre órganos constitucionales; de los conflictos en defensa de la autonomía local; de la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y de la impugnación por el Gobierno de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas.

Todas sus sentencias han de publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* y tienen el valor de cosa juzgada; además tienen eficacia erga omnes las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley y las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho.⁸

⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Comentada*, 14ª Edición, Editorial Porrúa/UNAM.

b) El control difuso: *Juventino V. Castro lo refiere cuando cualquier juez ordinario, y no forzosamente uno especial constitucional, tiene autoridad para dejar de aplicar una ley que a su criterio (del juez ordinario) es inconstitucional.*⁹

El control difuso es el que se atribuye a determinados órganos del propio Poder Judicial, ya sea federal o local, los cuales además de sus competencias inherentes, tendrán una competencia especial para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes.

Con esta concepción, se aprecia que el control difuso es un tanto más disperso en la medida de que, en un Estado federal, puede darse el caso de que un órgano jurisdiccional local ejerza competencias de orden constitucional, pudiendo dictar una resolución que prejuzgue la constitucionalidad de una norma en un sentido distinto al que podría haber interpretado un órgano jurisdiccional del orden federal, o del que el órgano federal, al cual se hubiese atribuido dicha competencia en última instancia, pudiera establecer.¹⁰

Los medios de control constitucional en nuestro sistema jurídico con los que se busca mantener o defender el orden creado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son:¹¹

- El juicio de amparo
- Las controversias constitucionales
- Las acciones de inconstitucionalidad
- Los procesos jurisdiccionales en materia electoral
- El juicio político
- La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
- La protección de los derechos humanos

⁹ Castro, Juventino V., *Hacia el sistema Judicial Mexicano del XXI*, Editorial Themis, México, p.38.

¹⁰ Huerta Ochoa, Carla, op.cit., p.51.

¹¹ Clasificación presentada en el Cuadernillo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los Medios de Control de la Constitucionalidad*, p. 3.

III.- EL CONTROL DIFUSO EN EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO

1. INTEGRACIÓN Y FACULTADES DEL PODER JUDICIAL MEXICANO

A fin de desarrollar este tema, es necesario situarlo en el contexto de la forma de gobierno adoptada por el estado mexicano, que es la de República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos, en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación, prescribiéndose que el Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.¹²

Como conocemos, el ejercicio del Poder Judicial, de conformidad con el artículo 94 constitucional, queda depositado en:

- Suprema Corte de Justicia de la Nación
- Tribunal Electoral
- Tribunales Colegiados
- Tribunales Unitarios
- Juzgado de Distrito
- Consejo de la Judicatura Federal (órgano administrativo)

Los demás órganos previstos en nuestra Constitución que ejercen una función jurisdiccional tienen un carácter autónomo, en virtud de la distribución competencial y la independencia en la realización de sus funciones que la misma les confiere.

Las atribuciones del Poder Judicial contenidas en la Constitución se refieren a distintos ámbitos competenciales, es decir, el constitucional y el federal. A continuación se describen de manera sucinta las competencias del Poder Judicial:

¹² Artículo 40.- Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental.

Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales;

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal; y

III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Se desprende de lo anterior que, de conformidad con la Ley Fundamental, se confía al órgano judicial la defensa de la Constitución y, por ello, se habla de función jurisdiccional cuando se determina el sistema de control de la constitucionalidad de la ley. La cuestión fundamental radica en que la inconstitucionalidad no es evidente; por lo tanto, se requiere de órganos especializados con la capacidad de analizar las normas y de realizar la evaluación de la constitucionalidad, es decir, se hará manifiesta mediante la interpretación y normalmente en virtud de un conflicto determinado.

2. NEGATIVA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El control difuso de la constitucionalidad de las leyes no ha sido aceptado, y los Tribunales de Amparo se han orientado por sostener que nuestro régimen de derecho debe estarse al sistema de competencias que nos rige, según el cual, y como ha quedado demostrado en supralíneas, sólo el Poder Judicial de la Federación puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad y no tiene intervención alguna la justicia local y/o órgano jurisdiccional distinto en la defensa jurisdiccional de la Constitución.

El presupuesto más controvertido, y que ha producido que el tema llegue a la mesa de discusión, es el que se refiere al artículo 133¹³ constitucional en relación con el 128 del mismo ordenamiento,

¹³ 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.

que impone a los juzgadores la obligación de preferir la Ley Suprema, cuando la ley del Estado o local la contraría, ya que, de acuerdo con los artículos 103 de nuestra Constitución y primero de la Ley de Amparo, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la leyes, es competencia exclusiva de los Tribunales Federales de Amparo, y los tribunales locales carecen en absoluto de competencia para dilucidar controversias suscitadas con ese motivo.

3. PRECEDENTES COMO ANTECEDENTES DEL CRITERIO ACTUAL

La Suprema Corte de Justicia ha resuelto numerosos precedentes en los que ha sostenido, que sólo al Poder Judicial de la Federación compete establecer la inconstitucionalidad de los actos de autoridad; sirven de apoyo a este criterio, las tesis cuyos rubros y textos son las siguientes:

“INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.-Esta Suprema Corte tiene facultad de resolver respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o de un acto de autoridad, siempre que exista petición o instancia de parte, que se siga el procedimiento establecido por la ley, o sea, el juicio de amparo, y se oiga la defensa de la autoridad responsable, y que, actuando en ese procedimiento y no en otro diverso, se pronuncie sentencia que se ocupe tan sólo del caso concreto y singular al cual se refiere la queja, limitándose a proteger y amparar al agraviado, pero sin hacer declaración general respecto de la ley o acto que motivare aquélla. Incumbe también a la Suprema Corte de Justicia, la defensa de la Constitución en otro caso previsto por el artículo 105 de la propia Carta Magna. Conforme a esa norma, ‘corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten ... entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos ...’. Tal controversia tampoco se abre de oficio; precisa para su planteamiento la demanda del poder que se sienta ofendido o atacado, para que se justifique la intervención de la Suprema Corte de Justicia, por medio de un procedimiento que, entretanto no se lo fije la ley, es el de un juicio ordinario, donde se oye a la parte

demandada. Por tanto, en este caso, la facultad de conocimiento está subordinada también a la existencia de una instancia de parte interesada, y el fallo debe producirse dentro del procedimiento antes citado y no fuera de él. El artículo 133 de la Constitución, es conformativo del régimen federal y evita el predominio de las leyes locales sobre la Constitución, estableciendo con firmeza, la supremacía de la misma Carta Fundamental; pero no es fuente de competencia de la cual resulte la facultad de los tribunales federales y, por tanto, de la Suprema Corte, para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley. Obliga a los Jueces de los Estados a proceder siempre conforme a la Constitución, obligación que, por lo demás, no es tan sólo de estos funcionarios, sino de todas las autoridades, cuyos actos tienen la presunción de constitucionalidad, que cede únicamente ante la eficacia decisiva de un fallo judicial federal que la excluye. Este fallo no puede producirse sino mediante la controversia que prevé el artículo 103 constitucional, esto es, mediante el juicio de amparo, satisfaciéndose las condiciones antes mencionadas. Existe también la fracción XII del artículo 107 constitucional, que obliga a los alcaides y carceleros a obrar conforme a la Constitución, poniendo en libertad a los reos, si no reciben oportunamente el auto de prisión preventiva; pero este caso se estima como de excepción, aun dentro del mismo artículo 107, que establece las bases del juicio constitucional de garantías o de amparo.” (*Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: LXXXIX, página 775, Quinta Época).

“CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN.-No existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que imponga a la autoridad judicial común, por aplicación literal del artículo 133 constitucional, la obligación de calificar la constitucionalidad de las leyes que norman el contenido de sus resoluciones; si bien es cierto que ocasionalmente ha llegado a sustentarse tal tesis, la mayoría de los precedentes se orientan en el sentido de considerar que sólo el Poder Judicial de la Federación

puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional de amparo.” (*Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXXXV, Cuarta Parte, Sexta Época, página 37).

“CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMUN.-Conforme a la Constitución Federal, no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, donde la definición de inconstitucionalidad emitido por la autoridad federal se rodea de una serie de requisitos que tratan de impedir una desorbitada actividad del órgano judicial en relación con los demás poderes; aun en el caso del artículo 133 constitucional en relación con el 128, que impone a los jueces de los Estados la obligación de preferir a la Ley Suprema cuando la ley de su Estado la contraría, el precepto se ha entendido en relación con el sistema según el cual es únicamente el Poder Federal el que puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad. Esto es así, porque nuestro derecho público admite implícitamente que, conforme al principio de la división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre en la Constitución Federal cuando dota al Poder Judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad.” (*Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 42, Cuarta Parte, Séptima Época, página 17).

Ahora bien dentro de este sistema y con los antecedentes citados, el órgano encargado del control de la constitucionalidad es el Poder Judicial de la Federación, al igual que del control complementario denominado *control difuso*, en términos del artículo 133 constitucional, de acuerdo al principio de supremacía constitucional. Este criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vertido respecto de la aplicación del control difuso en la constitucionalidad, soporta la explicación comentada en el párrafo

anterior, y lo pone de manifiesto en la siguiente tesis jurisprudencial:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta

Tomo: X, Agosto de 1999

Tesis: P./J. 74/99

Página: 5

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que “Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.

Amparo en revisión 1878/93. Sucesión intestamentaria a bienes de María Alcocer Vda. de Gil. 9 de mayo de 1995. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Alfredo López Cruz.

Amparo en revisión 1954/95. José Manuel Rodríguez Velarde y coags. 30 de junio de 1997. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Mario Flores García.

Amparo directo en revisión 912/98. Gerardo Kalifa Matta. 19

de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo.

Amparo directo en revisión 913/98. Ramona Matta Rascala. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo; en su ausencia, hizo suyo el proyecto Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González.

Amparo directo en revisión 914/98. Magda Perla Cueva de Kalifa. 19 de noviembre de 1998. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guillermina Coutiño Mata.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el trece de julio del año en curso, aprobó, con el número 74/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Por qué no acepta la SCJN el control difuso en la constitucionalidad de la ley?; para el efecto, se transcriben fragmentos de los razonamientos manifestados al dictar sentencia en el Juicio de Amparo Directo en Revisión 914/98, que produjo que se llegara a esta declaración y que nos llevaran a dilucidar este criterio jurisprudencial.

“En efecto, este Supremo Tribunal al establecer la interpretación de los alcances del numeral 133 de la Constitución Federal, en lo que respecta al denominado “control difuso”, se ha pronunciado en el sentido de que sólo el Poder Judicial Federal, puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio de amparo.

En términos generales este numeral (artículo 133) establece expresamente la supremacía constitucional y un orden jerárquico de los ordenamientos legales en nuestro sistema legal. Además, en su parte final consigna la obligación para los Jueces de los Estados, de respetar la Constitución Federal, leyes federales y tratados, con preferencia a las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y leyes locales.”

El carácter de suprema que se reconoce a la Constitución se impone en todo el territorio nacional, a todos sus habitantes, sin importar que sean gobernados o gobernantes; y en todo el tiempo, aún en los casos excepcionales. Es un valor general y permanente de observancia obligatoria en la emisión de leyes, decretos, actos administrativos y resoluciones judiciales.¹⁴

Como la propia Suprema Corte de Justicia ha expresado las dos cuestiones básicas en este tema son:

1.- El conflicto de leyes en el espacio, por cuanto a la validez del derecho federal y del derecho local cuando rigen de manera diversa una misma materia.

2.- El ejercicio del llamado control difuso de la Constitución por parte de las autoridades fuera del procedimiento constitucional previsto por los artículos 103 y 107 constitucionales.

“En este orden de ideas, y concretamente por lo que se refiere al problema planteado en el caso a estudio, resulta inadmisibles sostener que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución General de la República, los Jueces del orden común puedan abstenerse de aplicar las leyes locales, en base al argumento de que éstas son violatorias de la Ley Suprema.”

Quizá, y a pesar de prohibición explícita en el texto constitucional hacia los jueces locales para declarar inconstitucional una ley, debemos atender a la realidad de la falta de especialización en los jueces locales, los cuales, para estar en condiciones de emitir sus criterios respecto al control de la constitucionalidad, deben tener un amplio manejo de las técnicas de interpretación constitucional, lo que en caso de que a futuro la aplicación del control difuso sea aceptada, habrá que resolver el problema de capacitación de los jueces locales en materia constitucional.

“Y si bien es cierto que en principio la redacción del artículo 133 constitucional sugiere la posibilidad de que los Jueces puedan juzgar la constitucionalidad no sólo de sus actos sino además la de los ajenos, especialmente las leyes y Constituciones de los Estados

¹⁴ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 1999, p. 769.

en cuya jurisdicción ejerzan, y que en dicho sentido se llegó a pronunciar inicialmente esta Suprema Corte de Justicia de la Nación; sin embargo, la postura sustentada hasta la fecha por este Alto Tribunal de manera predominante ha sido en sentido opuesto, teniendo en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que informan nuestra Constitución.

Es decir, el criterio predominante de esta Suprema Corte de Justicia, que se reitera en el presente fallo, considera que el artículo 133 constitucional no es fuente de facultades de control constitucional para los Jueces del orden común, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta para ese efecto, que se traduce en un juicio específico cuya procedencia se encuentra sujeta a diversos requisitos con la finalidad de evitar la anarquía en la organización y distribución de competencias de las autoridades estatales.”

En nuestro sistema jurídico, contrario a lo que en los Estados Unidos de Norteamérica, la aplicación del artículo 126 (correspondiente al 133 de nuestra Carta Magna) tiene una vigencia plena en la medida en que el control constitucional se despliega por la vía de excepción o defensa inicialmente ante cualquier autoridad local y pasa después a la jurisdicción federal a través de recursos procesales, que vinculan dentro de un solo proceso las dos instancias desarrolladas sucesivamente ante las dos jurisdicciones, el control constitucional se previene en la vía de acción y se encomienda exclusivamente al Poder Judicial de la Federación.

Tenemos así que existen dos criterios centrales en cuanto al control de la constitucionalidad atendiendo al órgano que lo aplica; el primero, el *control difuso*, es el que se atribuye a determinados órganos del propio Poder Judicial, ya sea federal o local, los cuales, además de sus competencias inherentes, tendrán una competencia especial para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes; y el segundo, el *control concentrado* que se realiza por un órgano especial que puede no ser del Poder Judicial, pero es un tribunal creado para ejercer una función específica, y se diferencia de los

demás tribunales en razón de su competencia, que es el control de la constitucionalidad de la leyes.

En nuestro país, y de acuerdo con la integración y competencia que la Constitución Mexicana asigna al Poder Judicial, y quizá en discrepancia con lo establecido por el artículo 133 de nuestra Constitución en correlación con el 128, el control difuso en el sistema judicial mexicano no tiene aplicabilidad, así lo expresa y fundamenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su jurisprudencia P/J.74/99 de la Novena Época, en la cuál dicta que sólo el Poder Judicial Federal puede calificar la constitucionalidad de las leyes e inadmisibles que conforme al artículo 133 de la Constitución General de la República, los Jueces del orden común puedan abstenerse de aplicar las leyes locales, en base al argumento de que éstas son violatorias de la Ley Suprema.

Aun y cuando VARIOS JURISTAS se han pronunciado a favor de la aplicación del control difuso en el control de la constitucionalidad, estas consideraciones, si bien es cierto que aportan nuevas ideas y razonamientos respecto a la aplicabilidad de este control en nuestra ley fundamental, en mi apreciación, y teniendo una estructura judicial que puede permitir la aplicación de este sistema de control, existen obstáculos que debieran ser superados, tales como el hermetismo del propio sistema en el ejercicio de la interpretación constitucional, y la instrucción de los jueces locales en el campo de la interpretación constitucional; de ser aceptado este medio de control, provocaría la anarquía en la organización y distribución de competencias de las autoridades estatales, generando un caos en el sistema judicial, que en lugar de cumplir y redefinir los fines últimos de la aplicación constitucional y su tutela, lograría aumentar la problemática interorgánica y competencial del vigente sistema judicial mexicano.

Ante esta panorámica, ¿es el reto del Poder Judicial, lograr la efectividad en la aplicación de sus atribuciones, o sencillamente permitir la creación de órganos e instituciones a los que se transfiera esta responsabilidad?

BIBLIOGRAFÍA

- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Comentada*, 14ª Edición, Editorial Porrúa/UNAM, 1999, 2ts.
- Aragón, Manuel, *Constitución y Control del Poder*, Ediciones Ciudad Argentina, España, 1995.
- Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 1999.
- Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, Editorial Porrúa /UNAM, 3ª. Edición, México 2000.
- Carbonell, Miguel, Compilador, *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, Editorial Porrúa/UNAM, México 2000.
- Castro y Castro, Juventino V., *Hacia el sistema Judicial Mexicano del XXI*, Editorial Themis, México
- Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998.
- Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª. Edición, Barcelona, Ariel, 1976.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los Medios de Control de la Constitucionalidad*, cuadernillo, 2004.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?* Cuadernillo, 2001.

FUENTES INFORMÁTICAS

- Cd-Rom, Diccionario Jurídico Espasa Calpe, S.A.
- Cd-Rom IUS 2006.
- Cd-Rom *La Constitución y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

Breves consideraciones en relación a la nueva Ley del ISSSTE

*José Albie Sánchez Lara**

Mucho se había venido discutiendo respecto de la necesidad de modificar el régimen legal del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, las razones por las que resultaba apremiante realizar la reestructuración de la institución, así como los efectos desastrosos que tendría para la institución y, en general para la economía nacional el posponerla; el caso es que, ahora que la tenemos, existe mucho desconcierto alrededor de este nuevo ordenamiento, confusión que sólo a últimas fechas, y una vez que miles y miles de burócratas se han visto orillados a impugnarla a través de igual número de demandas de amparo, ha tenido el ISSSTE, aunque a destiempo, el buen tino de intentar comenzar a disipar.

Lógicamente, desde su postura oficial, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, pregonaba abiertamente a través de los medios de comunicación y de una serie de panfletos que ha comenzado a distribuir entre los afiliados, únicamente las bondades de la nueva ley, dejando de lado sus puntos oscuros, débiles o perjudiciales para el trabajador; por ello, a través de este documento pretendo hacer un breve análisis crítico a efecto de brindar mayor claridad a los interesados en el tema.

Por principio de cuentas, tenemos que uno de los puntos que más polémica ha causado la nueva ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado es el referente al

* Asesor Jurídico Federal.

sistema de pensiones, y en relación a ello, tenemos que decir que al único sector que deja intocado es al de los que ya se encuentran pensionados, toda vez que por lo que hace a éstos, la nueva ley respeta por completo los derechos adquiridos de los pensionistas así como de sus familiares derechohabientes.

Ahora, una vez establecido cuál es el sector al que ningún perjuicio le ocasiona la reforma, tenemos que, por eliminación, a todos los demás que no nos encontremos en la anterior situación, la nueva ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado nos pega de un modo o de otro.

Así, por principio de cuentas, observamos que una de las diferencias primordiales que podemos encontrar entre ambas legislaciones, consiste en que el monto de las cuotas que le corresponde pagar al trabajador pasan de un 8 % del sueldo básico de cotización, que establecía la ley anterior, a un 10.625% por todos los seguros de la nueva ley; es decir, existe un notable incremento en el monto de la cuota a pagar.

Es de todos conocido que, bajo el régimen de la ley abrogada, los trabajadores tenían derecho a acceder a diversas prestaciones de seguridad social; prestaciones que, en términos generales, subsisten, aunque con una nueva clasificación y en algunos casos distintos nombres, dentro de la actual legislación, ya que las prestaciones que en la anterior ley se contenían todas dentro de las veintiún fracciones del artículo 3 ahora son reguladas por los artículos 3, en lo referente a los seguros obligatorios, y 4 del nuevo ordenamiento lo que se refiere a las demás prestaciones económicas, sociales y culturales del régimen de aseguramiento obligatorio.

Dentro de los seguros obligatorios y las consecuentes prestaciones que se establecían bajo el anterior régimen, están los de riesgos de trabajo, cesantía en edad avanzada, jubilación, retiro por edad y tiempo de servicios, invalidez, muerte e indemnización global.

Por lo que hace al estudio del tema de las pensiones, el cual es el que más revuelo ha causado, la nueva ley establece cambios estructurales en relación al sistema de pensiones que venía existiendo y que todos nosotros conocemos; cambios que de manera obligato-

ria regularán el régimen de seguridad social para los trabajadores que, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, se sujeten a una relación laboral con dependencias o entidades gubernamentales, pero que para los trabajadores que ya venían cotizando, su observancia y aplicación es optativa, tal y como se determina en el artículo quinto transitorio y subsecuentes de la nueva ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Atendiendo a lo ya expuesto, paso a continuación a mostrar cuáles son las que considero como las principales diferencias encontradas entre ambas legislaciones, así como en qué consiste cada una.

1.- El artículo 82 de la ley anterior consideraba el derecho a obtener una pensión por cesantía siempre y cuando, al llegar a la edad de 60 años, el trabajador se separara voluntariamente del trabajo; o bien, quedara privado del mismo. En cambio, la nueva legislación, en su numeral 84, nos dice que para acceder a disfrutar la misma prestación, debe quedar privado de relación de trabajo (considero que será motivo de análisis y discusión en acalorados juicios ante los tribunales competentes, el determinar si esa separación puede o no ser voluntaria, ya que la nueva ley suprime la frase “separación voluntaria”, omisión que, para mí, constituye por sí mismo un retroceso).

2.- Bajo el régimen legal anterior, contando con sesenta años de edad y al menos 10 de servicio, el trabajador podía obtener una pensión de al menos el 40 % del sueldo regulador a que hacía referencia el artículo 64 de la anterior ley. Actualmente, la pensión sólo la podrás obtener con 25 años de cotización, y si no los tienes, solamente se podrá retirar lo que se tenga ahorrado en la cuenta individual de ahorro para el retiro. Lo anterior, claro está, es bueno para el Estado, para las administradoras de fondos de retiro o de inversión que se harán cargo del manejo de las cuentas individuales y sin duda para la economía nacional; pero, ya entrados en números, ¿lo es para el trabajador común? Yo, por mi parte, considero que no.

3.- Desaparece en la nueva ley la pensión por edad y tiempo de servicios que contemplaba el artículo 61 de la anterior. Esta prestación otorgaba derecho al trabajador que cumplía 55 años de edad y contaba

con 15 de servicio a gozar de una pensión de al menos 50 % del sueldo regulador o básico, cuantía que se incrementaba un 2.5 % por cada año más de servicios que hubiera tenido reconocidos al momento de retirarse, hasta llegar, con 29 años de servicio, al 95% del sueldo.

4.- También se suprime tal y como se conocía a la pensión por jubilación prevista en el artículo 60 de la ley abrogada. Esta prestación daba a los trabajadores derecho a retirarse, los hombres con 30 y las mujeres con 28 años de servicio reconocidos, con la posibilidad de obtener, como pensión mensual, el equivalente un 100 % del promedio del sueldo básico disfrutado durante el último año, independientemente de la edad con que éstos contaran.

Todas estas prestaciones, para el grueso de los burócratas, significaba obtener una pensión mucho más digna de la que se ofrecía para la mayoría de la clase trabajadora de este país, es decir, los sujetos al régimen de la ley del IMSS; pues, contrario a las pensiones que paga ese instituto, las cuales son de hambre en la mayor parte de los casos, los trabajadores que cotizaban para el ISSSTE podían, al retirarse, irse (dependiendo del caso y el número de años de servicio) con el último sueldo casi íntegro.

Mención aparte merece el caso de los burócratas de mandos medios y superiores, para los cuales siempre existió un tope legal de 10 veces el salario mínimo general; es decir, si te encontrabas en este caso, llegado el momento, tu pensión no podía superar un límite legal que al día de hoy oscila alrededor de los \$ 14,464.00 mensuales.

5.- En lugar de estas pensiones que se suprimieron y que les permitían a los burócratas jubilados y sus familias sobrellevar un nivel de vida más o menos similar al que han venido llevando la mayor parte de sus vidas, surge una pensión que antes no existía y que responde al nombre de pensión por vejez, misma que se encuentra prevista en los artículos 88 y 89 de la actual Ley. En esta nueva disposición se establece el derecho a obtener una pensión con 65 años de edad y 25 de servicios; es decir, lo mismo que ya desde 1997 le habían recetado a los trabajadores que cotizan para el régimen de la ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, nomás que para los burócratas.

6.- Desaparece también del panorama el anterior régimen de incrementos a las pensiones que establecía la vieja ley en su artículo 57, el cual, como sabemos básicamente era el siguiente:

a) El de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1983, en el que se establecía que la cuantía de las pensiones aumentaría al mismo tiempo y en la misma proporción en que aumentarían los sueldos básicos de los trabajadores en activo;

b) El de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 4 de enero de 1993, en la que se establecía que la cuantía de las pensiones se incrementaría en la misma medida en que lo hiciera el salario mínimo general para el Distrito Federal, de modo tal que todo incremento al salario mínimo se reflejara simultáneamente en las pensiones que paga el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, y finalmente;

c) El establecido en la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2001, mismo en el que se determina que la cuantía de las pensiones se aumentará anualmente conforme al incremento que en el año calendario anterior hubiese tenido el Índice Nacional de Precios al Consumidor, con efectos a partir del día primero del mes de enero de cada año; con la salvedad de que, para el caso de que el incremento del referido índice resulte inferior a los aumentos otorgados a los sueldos básicos de los trabajadores en activo, las cuantías de las pensiones se incrementarán en la misma proporción que éstos últimos.

Este ya desaparecido régimen de incrementos, ofrecía a los pensionistas del ISSSTE, el derecho a que su pensión se mantuviera más o menos a la altura de las circunstancias, pues en muchas ocasiones, al trabajador activo le incrementaban el salario por encima de lo que se incrementaba el Índice Nacional de Precios al Consumidor; y cuando el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado otorgaba al jubilado incrementos anuales tan sólo equivalentes al INPC, brindaba a nosotros los abogados la posibilidad de demandar y obtener ante los tribunales que se reconociera el derecho del jubilado a que se le incrementara

su pensión en igual proporción que al trabajador en activo.

Por su parte, en la nueva ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, se borran del mapa los anteriores modos para calcular el aumento de la pensión, para en su lugar, establecer uno en el que las pensiones que se otorguen al amparo de la nueva Ley, sean incrementadas cada año en el mes de febrero conforme a los incrementos que reporte el Índice Nacional de Precios al Consumidor, incremento que, mientras la economía nacional permanezca –como es lo deseable– de cierto modo estable (como ha venido sucediendo en los últimos 10 años aproximadamente) será mínimo; situación que, considero, es una de los temas que más controversia judicial desatará en los próximos tiempos.

7.- Otra notable diferencia que existe entre ambas legislaciones, gira en torno al concepto de salario, ya que la anterior ley lo definía con meridiana claridad estableciendo que el sueldo que regula el monto de las prestaciones y aportaciones al instituto se componía del sueldo presupuestal, el sobresueldo y la compensación hasta por una cantidad que no rebasare las 10 veces el salario mínimo general del Distrito Federal. En cambio ahora, la nueva Ley, aunque conserva el tope legal de las 10 veces el salario mínimo, deja fuera del concepto a la compensación y al sobresueldo, para definir al sueldo básico de cotización en su artículo 17 solamente como: “el sueldo del tabulador regional que para cada nivel de puesto se haya señalado”; es decir, a juicio del suscrito aquí se corre el grave riesgo de que se susciten controversias respecto de la interpretación y alcance del concepto, así como que, como consecuencia de ello, el ISSSTE pretenda excluir tanto al sobresueldo como a la compensación para así reducir el monto de las prestaciones a los trabajadores.

Sobre este mismo tema, es prudente aclarar que la nueva ley contempla un beneficio que la pasada no otorgaba, mismo que consiste en que la anterior, en su artículo, 15 establecía que el sueldo básico de cotización no podría exceder de 10 veces el salario mínimo general para el Distrito Federal y que dicho tope sería el que se tomara en cuenta para calcular el monto de los seguros, pensiones y

demás prestaciones que otorgaba la ley; en cambio, la nueva ley, si bien conserva dicho tope salarial de las 10 veces el salario mínimo del Distrito Federal en su artículo 17, dicha limitante sólo topará ya las prestaciones derivadas de los seguros de riesgos de trabajo, invalidez y vida, pero de ninguna manera los directamente relacionados con el retiro (cesantía en edad avanzada y vejez), ya que para establecer el tope de las prestaciones derivadas de dichos seguros, la única limitante se determinará por el saldo que posea el trabajador en su cuenta individual de ahorro para el retiro, razón por la que, entre más ahorre el trabajador en dicha cuenta, más alta podría llegar a ser la pensión que obtenga.

8.- Entre las cosas buenas que tiene la ley actual, es que se crea una nueva posibilidad que antes era inexistente, misma que los expertos en el tema de las pensiones han denominado como “portabilidad”, es decir, con la entrada en vigor de la nueva ley se establece la posibilidad de unificar las cotizaciones que haya efectuado un trabajador bajo régimen de aseguramiento la ley del IMSS con las realizadas en el del ISSSTE y viceversa; o sea, existe ahora la posibilidad de migrar los recursos de su cuenta de retiro de un régimen al otro dependiendo de las condiciones, necesidades y oportunidades laborales que priven en cada uno de los diferentes momentos que componen la vida laboral de una persona, sin que se pierdan.

9.- Otro de los aspectos más positivos que contempla la nueva legislación, y que viene a beneficiar principalmente a los trabajadores pertenecientes a las clases sociales más desprotegidas, es el establecimiento en esta ley de una figura que ya existe dentro del régimen legal de pensiones que opera para los trabajadores que cotizan para el Instituto Mexicano del Seguro Social; prestación que consiste en el derecho a acceder a una pensión mínima garantizada para el caso de que el monto del fondo de ahorro no le permita al trabajador, llegado el momento del retiro, contratar una renta vitalicia, pensión que al día de hoy, al amparo de la nueva ley ascendería a la cantidad de \$ 3,034.20; la cual es susceptible de ser actualizada cada año conforme a los cambios que reporte el Índice Nacional de Precios

al Consumidor, y que por mucho es superior a la pensión mínima garantizada que se otorga a los trabajadores que cotizan para el IMSS.

10- También se establece en esta nueva ley, la posibilidad del trabajador para realizar aportaciones voluntarias a su cuenta individual de ahorro para el retiro, con la opción de que por cada peso que aporte el trabajador, el estado aportará a su vez \$3.25 (tres pesos 25/100 m.n.); aunque existe un tope máximo para la aportación estatal que es del 6.5 % del sueldo básico del trabajador.

Las características que diferencian más claramente a los seguros que prevén las dos diferentes leyes, se pueden apreciar con mayor claridad en el siguiente cuadro comparativo:

Nueva Ley				Ley Abrogada			
	Edad	Monto	Años Cotizados	Edad	Monto	Años Cotizados	
Salud		50 a 100%			50 a 100%		Salud
Riesgos de Trab.		100% ¹			100% ¹		Riesgos de Trab.
		No	existe		100%	28/30	Jubilación
Retiro		No	existe	55	50% ²	15% ³	Retiro, Edad y tiempo de Serv.
Cesantía	60	\$3,034.2 ⁴	25	60	40% ⁵	10% ⁶	Cesantía
Vejez	65	\$3,034.2 ⁴	25		No	existe	
Invalidez		35%	5	15 ²	50% ³		Invalidez
Vida		35%	3	15 (cualquier edad) 10 (con 60 ó más años)	100%	15 (cualquier edad) 10 (con 60 ó más años)	Muerte

¹ Hasta por 52 semanas.

² Susceptible de incrementarse por cada año adicional que cotice el trabajador hasta llegar a los 29 años.

³ Susceptible de incrementarse por cada año adicional que cotice el trabajador hasta llegar al 95 % del sueldo básico.

⁴ Monto mínimo garantizado susceptible de ser incrementado en febrero de cada año conforme al INPC.

⁵ Susceptible de incrementarse por cada año adicional que cotice el trabajador hasta llegar al 50 % del sueldo básico.

⁶ Susceptible de incrementarse por cada año adicional que cotice el trabajador hasta llegar a los 65 años de edad.

Resulta destacable el hecho de que la reforma, al menos por lo que hace a las pensiones relacionadas con el retiro del asegurado, no alcanza *per se* y de manera arbitraria al trabajador, toda vez que en los artículos transitorios de la nueva ley se establece con toda claridad que, a partir del primer día de enero del año 2008, los trabajadores podrán manifestar al Instituto, por conducto de su dependencia y a través del formato que al efecto se establezca, por cuál régimen optan, es decir, si se acogen al nuevo o se mantienen en el anterior, siendo la opción que elijan hasta ese momento definitiva e irrevocable.

Ahora bien, tomando en cuenta que la nueva ley otorga la oportunidad a los trabajadores que ya se encontraban inscritos antes de su expedición, de elegir acogerse a las disposiciones de cualquiera de los dos ordenamientos, tenemos que, para el caso de que se opte por mantenerse bajo el régimen de pensiones de la ley anterior, los requisitos y beneficios serán muy similares a los que ya existían, salvo el requisito de la edad necesaria para el retiro, misma que se irá elevando gradualmente de la siguiente manera:

Pensión por jubilación

Año Corriente	Edad Mínima de Jubilación hombres	Edad Mínima de Jubilación mujeres
2010 y 2011	51	49
2012 y 2013	52	50
2014 y 2015	53	51
2016 y 2017	54	52
2018 y 2019	55	53
2020 y 2021	56	54
2022 y 2023	57	55
2024 y 2025	58	56
2026 y 2027	59	57
2028 en adelante	60	58

Pensión de retiro por edad y tiempo de servicios

Año corriente	Edad requerida para obtener una pensión por edad y tiempo de servicios
2010 y 2011	56
2012 y 2013	57
2014 y 2015	58
2016 y 2017	59
2018 en adelante	60

Pensión por cesantía en edad avanzada

Año corriente	Edad requerida para obtener una pensión por cesantía en edad avanzada
2010 y 2011	61
2012 y 2013	62
2014 y 2015	63
2016 y 2017	64
2018 en adelante	65

Por todo ello, del análisis efectuado con antelación puedo concluir que –desde mi muy particular punto de vista–, ante la disyuntiva en la que nos encontramos los trabajadores al servicio del Estado en el sentido de acogernos a las disposiciones de la nueva ley, o bien mantenernos dentro del régimen que prevé la anterior; la nueva ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, resulta ser un mal necesario que, a largo plazo y siempre y cuando sean correctamente manejados los recursos económicos de la institución, bien pudiera ser benéfico para el país, toda vez que el gobierno se ahorrará dinerales por concepto de pago de pensiones. Ahora bien, desde el punto de vista de la clase trabajadora considero que, siendo un hecho notorio el que la expectativa de vida de las personas tiende a incrementarse cada vez más, con

el aumento de la edad de retiro, los trabajadores que recién ingresen al régimen de pensiones del ISSSTE podrán aspirar a obtener una pensión bastante decorosa siempre y cuando comiencen a realizar aportaciones adicionales cuanto antes y preferentemente sobrepasen la edad mínima de retiro antes de obtener su pensión.

Del mismo modo, resulta más que evidente que, para los trabajadores de menores ingresos; es decir, aquellos que aún hoy en día reciben a cambio de su trabajo salarios ínfimos, los cuales algunas a veces no alcanzan ni siquiera los \$ 2,000.00 mensuales, acogerse al nuevo régimen de pensiones del ISSSTE les resulta más que beneficioso, habida cuenta que éste les asegura, en términos del artículo 6° fracción XIX de la ley, obtener en su momento una pensión mínima garantizada que al día de hoy asciende a la cantidad de \$ 3,034.20, la cual es susceptible de ser actualizada cada año conforme a los cambios que reporte el Índice Nacional de Precios al Consumidor; es decir, de este modo se estaría reportando al trabajador en retiro un ingreso superior al que le pudiera corresponder al amparo de la vieja ley, el cual como sabemos, cuando mucho podría corresponder al 100% del promedio del sueldo básico recibido durante el último año de servicios prestados.

Ahora bien, por cuanto hace a los trabajadores que percibimos un sueldo básico de cotización por arriba de la pensión mínima garantizada, la conveniencia o no de acogerse al nuevo régimen legal dependerá primordialmente del plan de vida que cada individuo tenga diseñado para sí y su familia, toda vez que, al amparo de esta nueva ley, si decidiera retirarse con la edad mínima requerida que es de 60 años en cesantía y 65 por vejez y no hubiera optado por realizar aportaciones adicionales, tendrá que resignarse con recibir una pensión muy por debajo de la que hubiera podido obtener con el régimen de la ley abrogada o bien, si su dependencia, salud y plan de vida personal así lo permiten, podrá seguir cotizando varios años más allá de la edad de retiro de los 60 o 65 años, para sólo así poder aspirar a obtener una pensión similar o incluso superior a la que hoy mismo podría recibir si llenara los requisitos para alcanzar su pen-

sión jubilatoria al amparo de la vieja ley; sin embargo, algunas estimaciones actuariales a las que he tenido acceso para elaborar este estudio, me indican que para que esto pudiera suceder, el trabajador tendrá que continuar laborando hasta los 75 y 80 años de edad inclusive, para solamente de esta forma, poder acceder a una pensión muy conveniente de hasta el doble o incluso el triple de lo que le correspondería al trabajador en caso de optar por mantenerse dentro del antiguo régimen.

Podemos decir también que, para los trabajadores que al día de hoy rozan los 50 años de edad, la nueva ley no les es recomendable, toda vez que los recursos que pudieran acumular en el tiempo que le resta como trabajador en servicio activo, no serán suficientes para obtener una buena pensión.

El funcionalismo jurídico y sus alcances en el sistema jurídico penal mexicano

José Candelario Seseña Martínez*

Sumario. I. Planteamiento del tema. II. Antecedentes. III. El funcionalismo. IV. El normativismo de Günther Jakobs. V. Sistema teleológico de Claus Roxin. VI. Funcionalismo social de Enrique Díaz Aranda. VII. Aportaciones del funcionalismo. VIII. Teoría de la imputación objetiva. IX. Creación del riesgo no permitido. a) Exclusión de la imputación en supuestos de disminución del riesgo. b) Exclusión de la imputación si falta la creación de peligro. c) Creación del peligro y cursos causales hipotéticos. d) Exclusión de la imputación en supuestos de riesgo permitido. X. Realización del riesgo no permitido. a) Exclusión de la imputación por falta de realización del peligro. b) Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido. c) Exclusión de la imputación si el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado. d) Conducta alternativa conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo. XI. La imputación objetiva en México. XII. Por una dogmática funcional. XII. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Es indudable que México y los países latinoamericanos han sido influenciados por la dogmática jurídico-penal europea por más de ciento veinte años, especialmente de la alemana, italiana y france-

* Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública.

sa, por tanto, los penalistas están pendientes de lo novedoso que en aquellos lugares se desarrolla para proceder a traducir y difundir el pensamiento de sus homólogos, lo que trae como consecuencia que no se consideren nuestros usos, costumbres, tradiciones y problemas reales.

Queriendo seguir un sistema jurídico penal que pretende ser funcional en otros países, se ha tratado de instaurar en el nuestro uno “novedoso”, sin tomar en consideración que los postulados del funcionalismo no son acordes a la idiosincrasia del pueblo mexicano, y además es redundante en aspectos que han sido resueltos con anterioridad.

II. ANTECEDENTES

Antes de adentrarme al análisis y emitir una opinión personal respecto a la aceptación del funcionalismo en el sistema penal mexicano, es necesario indicar que la teoría del delito es trascendental para el desarrollo de la actividad que realizan los defensores públicos federales, quienes deben conocerla para estructurar las estrategias defensivas que realizan al analizar un caso específico, para formular alegatos durante su participación en la averiguación previa, conclusiones y alegatos durante la primera instancia, y agravios durante el desarrollo de la alzada. Por ende, el defensor público federal debe aplicarla como una herramienta fundamental para desarrollar eficazmente su función, lo que comprende conocer principalmente desde el esquema objetivo subjetivo del causalismo de Liszt, el modelo objetivo-subjetivo típico de Beling, la teoría mixta de Mezger, la acción finalista de Hans Welzel, hasta la concepción sistemática de Claus Roxin, y la normativa de Günther Jakobs.

Debe recordarse que la moderna sistemática del derecho penal inicia con Franz Von Liszt en 1881 al publicar su obra *Tratado de Derecho Penal*, en el que desarrolla el concepto de acción, estructurado al delito de dos elementos: Antijuridicidad y culpabilidad. En 1906 Beling aportó la tipicidad de la acción, dando con ello función específica al tipo penal de garantía; de esta manera, por prime-

ra vez se concibe al delito estructurado de tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

El sistema clásico de Liszt-Beling se caracterizó por un concepto causal de acción, considerando exclusivamente el resultado que la voluntad ocasiona en el mundo exterior sin importar si el activo quiso o no la producción del resultado. En este sistema, la acción es concebida naturalísticamente; el tipo, como descripción de los elementos exteriores de la acción; la antijuridicidad, como una contraposición del hecho objetivo con el orden jurídico; la culpabilidad puramente subjetiva, como una relación psíquica entre el autor y la parte externa del hecho.¹

EL sistema neoclásico o teleológico propuso cambios a nivel de tipo y antijuridicidad, y de la culpabilidad; en primer término se acude al concepto normativo de culpabilidad, para tratar de superar las críticas que originaba el concepto psicológico, principalmente al tratarse de culpa inconsciente, sin que se pudiera demostrar la relación psicológica entre el autor y el resultado. Por tanto, culpabilidad era reprochabilidad.

La teoría de la acción finalista amplió el estudio de los elementos subjetivos del injusto y del elemento normativo de la culpabilidad, pero el dolo es trasladado del campo de la culpabilidad al de la acción y consecuentemente al del injusto. Se rechaza la fundamentación naturalística y que la acción sea entendida como un mero proceso causal ciego carente de sentido y, en su lugar, se hace resaltar la finalidad de toda actividad humana; conforme a esta concepción, la acción es actividad final.

La doctrina finalista conservó los conceptos de injusto y culpabilidad, entendió que el primero comprende tanto la tipicidad como la antijuridicidad, y esta compuesto además tanto de elementos objetivos como subjetivos; el dolo no pertenece a la culpabilidad, sino a la acción típica y por tanto al injusto, en el de la tipicidad debe distinguirse el delito doloso del culposo. El tipo se estructura de ele-

¹ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, "Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana". *Criminalia*, año LVIII, No. 3, septiembre- diciembre, México, 1992, pp 33 y ss.

mentos objetivos y subjetivos, en todos los delitos dolosos el dolo es un elemento esencial del injusto; la antijuridicidad se entiende como la contradicción de la realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto; la culpabilidad es normativa, como un juicio de reproche que se hace al autor de una conducta antijurídica, por haber actuado en contra de la norma jurídica pudiendo haberlo hecho de otra manera. El objeto de reproche de la culpabilidad es el dolo, por lo que no puede ser parte de la misma, no puede contener la conciencia de la antijuridicidad; por ello la culpabilidad se integra de la imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.²

En México, el sistema finalista tuvo auge a partir de la reforma constitucional de tres de septiembre de 1993, reformas que se consideraron en su momento las más trascendentales de los últimos sesenta años; sin embargo, resultaron no muy comprensibles principalmente por la autoridad investigadora, provocando problemas en su aplicación práctica. De las reformas constitucionales destacaron las realizadas a los artículos 16 y 19 constitucionales, relativas a los requisitos que debía cumplir la orden de aprehensión y el auto de formal prisión que dictara la autoridad judicial; asimismo, en lugar de cuerpo del delito y presunta responsabilidad, se hablaba de elementos del tipo penal y de probable responsabilidad.

Esta reforma tuvo una vida breve, y la contrarreforma del ocho de marzo de 1999 introdujo nuevamente el concepto clásico de cuerpo del delito, teniéndose como argumento en la exposición de motivos, entre otros, que la exigencia de comprobar los elementos del tipo no correspondía al desarrollo del derecho penal mexicano y, al exigirlo como requisito para girar una orden de aprehensión o para el dictado de un auto de formal prisión, evitaba el enjuiciamiento de probables responsables y como consecuencia provocaba mayor delincuencia e impunidad.

En nuestro país, al igual que en todo el mundo, la discusión

² Cfr. Welzel, H. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 1961, trad. Cerezo Mir, José. *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1964. p. 30.

teórica de los últimos años en la ciencia del derecho penal se ha concentrado en el concepto de acción sustentado por los sistemas casualista y finalista, pareciendo que con la vigencia en su momento de cada una de estas corrientes todo estaba solucionado, pero desde la década de los setenta despertó un nuevo interés en el estudio de problemas básicos del tipo de injusto como la imputación objetiva, incorporándose en la dogmática jurídica-penal nuevas tendencias llamadas posfinalistas.

III. EL FUNCIONALISMO JURÍDICO

De las corrientes posfinalistas, la más destacada hasta el momento es el sistema funcionalista, por ello, brevemente se indicarán los criterios de los principales exponentes, sus aportaciones, y especialmente se hará referencia a la teoría de la imputación objetiva y sus elementos, para poder establecer si tiene efectivamente aplicabilidad en nuestra legislación o se trata simplemente de cambios de nomenclatura en temas que ya han sido resueltos.

Es el filósofo inglés Herbert Spencer quien por primera vez trata de adaptar aspectos de la biología a los hechos sociales, argumentando que una institución social es como un órgano cuya función consiste en contribuir al funcionamiento total del grupo al que pertenece; estableció que cada ente desarrolla un papel que contribuye al mantenimiento del todo social, siendo objeto de valoración el estudio de cada comportamiento. Estas ideas sirvieron de antecedente para el derecho, que por tratarse de una ciencia social se ha pretendido aplicar una tendencia similar llamada funcionalismo jurídico, en el que la función de cada uno de los individuos juega un papel importante para el mantenimiento de la sociedad.

IV. EL NORMATIVISMO DE GÜNTHER JAKOBS

Günther Jakobs plantea un funcionalismo normativista que se entiende como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Establece que la sociedad está constituida por un sistema

de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo, y que se afecta cuando alguien no cumple con su rol y realiza una conducta delictiva afectando o contradiciendo los intereses sociales. Teniendo como principal fundamento el quebrantamiento de un rol, ha desarrollado en la dogmática penal una teoría de la imputación objetiva exclusivamente normativa, cuyo fundamento teórico reside en la teoría del sistema social.

En cuanto a la pena establece que constituye una reacción frente a un hecho que supone el quebrantamiento de una norma, ya no se afirma que es una reacción frente a un hecho que lesiona un bien jurídico tutelado, su finalidad es restituir la vigencia de la norma violada y restablecer la identidad social. Le atribuye una función de prevención general positiva, el delito simboliza una falta de fidelidad al derecho, que lesiona la confianza institucional y, por ende, la pena se hace necesaria para establecer la confianza en el derecho. Por tanto la pena como reacción ante la infracción de la norma, no es sino la reafirmación de la norma.³

V. SISTEMA TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN

Claus Roxin desarrolla su pensamiento bajo las bases de la política criminal y sobre la teoría de los fines de la pena y considerando los principios rectores de un estado social y democrático de derecho. Establece que la dogmática no debe sustentarse exclusivamente en desarrollos lógicos y normativos, sino que tiene que entender a la realidad social y ofrecer soluciones conforme a los conocimientos ofrecidos por la política criminal.⁴

Plantea que en los delitos comisivos ha de darse en primer lugar la causalidad entre la acción del autor y el resultado; pero la misma no basta, por ello es necesario también seleccionar con criterios jurídicos de valoración de entre las conductas causales para el resultado, aquellas que se puedan considerar acciones productoras de daños

³ Jakobs, Günther et al., *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal*, México, Jus Poenale, 2002, p. 39.

⁴ Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., México, Porrúa, 2004. p. 140.

a las cosas. Y a la constatación de los presupuestos con los que es lícito considerar un resultado como obra de un determinado sujeto se le denomina imputación al tipo objetivo.

VI. FUNCIONALISMO SOCIAL DE ENRIQUE DÍAZ ARANDA

El doctor Enrique Díaz Aranda plantea un funcionalismo social precisando que la dogmática debe analizar al derecho penal de acuerdo a la problemática o necesidades de la sociedad en la que tiene aplicación, siendo importante las aportaciones de la criminología y política criminal para determinar aspectos culturales, económicos, sociales, y políticos, lo que permitiría garantizar que el derecho penal ofrezca soluciones seguras al sancionar conductas delictivas y evitar sanción de inocentes, encausándolo en un estado social y democrático de derecho en el que el bienestar general sea el punto de referencia obligado.

Por ello el derecho penal encuentra su fundamento en su funcionalidad como medio para procurar el beneficio del hombre en sociedad y se puede denominar “funcionalismo social”. Deja claro su alejamiento del funcionalismo normativista de Jakobs, el cual, desde su concepción de roles y expectativas sociales, responde a las necesidades actuales de Alemania, pero es inaplicable en una sociedad como la mexicana, en donde la mayoría no cumple con sus roles sociales.

Rechaza las teorías que se limitan al análisis del derecho penal atendiendo exclusivamente a la letra de la ley, llámese escuelas exegéticas, legalistas o funcionalistas normativistas, así como también posturas doctrinarias dispuestas a servir al Estado.⁵

VII. APORTACIONES DEL FUNCIONALISMO

Las “aportaciones” que se pueden considerar del funcionalismo a la teoría del delito son las siguientes: a) en cuanto a la conducta, Roxin establece que la acción es definida por la identidad del aspecto vo-

⁵ *Ibidem*, p 144.

luntario. Un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona; por su parte, Jakobs argumenta que la conducta humana es relevante para el derecho penal cuando tiene suma importancia en un determinado sistema social de comunicación y no porque lesione un bien jurídico tutelado. El bien jurídico deja de ser el fundamento que justifica al derecho penal y es sustituido por el criterio de lesividad de la conducta que se manifiesta en una contravención a una expectativa social; b) en lo relacionado a la tipicidad, la teoría funcionalista le asigna a los tipos penales una función preventiva, es decir, el tipo tiene como finalidad que el individuo capte a través del intelecto cuáles son las conductas que constituyen un delito; c) que desarrolla una serie de criterios normativos que estaban esparcidos por la teoría del delito sin conexión alguna para reunirlos en lo que se ha denominado como teoría de la imputación objetiva, cuya función es determinar el sentido y alcances teleológicos de la descripción contenida en el tipo y, de esa forma, establecer si el hecho de la realidad puede considerarse como típico; d) al igual que en el sistema finalista, el tipo subjetivo sigue conformándose con el dolo y la culpa y los elementos subjetivos distintos al dolo y el único cambio radicó en su conceptualización; e) en cuanto a la antijuridicidad, considera una acción formalmente antijurídica cuando contraviene un mandato legal y materialmente antijurídica en la medida en que se plasma una lesión de bienes jurídicos; y f) la contribución principal es realizada por Roxin al abordar el tema de la culpabilidad, término que es sustituido por el de responsabilidad, la cual se conforma por la culpabilidad, imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y la necesidad de la pena.

VIII. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

En síntesis, podemos afirmar que la teoría de la imputación objetiva pretende reemplazar la teoría del nexo causal, por tanto, debe decirse que un resultado podrá ser objetivamente imputable a un individuo cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado

y ese riesgo haya provocado un resultado, de manera que la imputación objetiva posee dos elementos, el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de realización de dicho riesgo en el resultado, entendiendo a este último no en sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de normas.

IX. CREACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO

EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN EN SUPUESTOS DE DISMINUCIÓN DEL RIESGO

Se excluye la imputación objetiva cuando el sujeto interviene para disminuir la lesión del bien jurídico ante el peligro de una causa externa ajena. Ejemplo, el sujeto que empuja a una persona para evitar que sea atropellado por un automóvil, pero quien al caer se lesiona. En este caso, el activo provoca la lesión de manera voluntaria, pero con ello evita que el sujeto hubiese sufrido lesiones de mayor gravedad o la muerte.

EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN SI FALTA LA CREACIÓN DE PELIGRO

Exclusión de imputación del resultado a conductas que no aparecen ex ante como peligrosas del bien jurídico o como prohibidas, aun cuando la finalidad del sujeto fuera provocar un resultado. El supuesto clásico de quien envía a otro por leños durante una tormenta para que muera fulminado por un rayo, lo que acaece en la realidad, queda excluido de la imputación del resultado.

CREACIÓN DEL PELIGRO Y CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS

En el caso de los cursos causales hipotéticos en el juicio sobre la creación o aumento de un riesgo, se ha determinado que la imputación no puede excluirse por la existencia un autor sustituto, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción).

Por ejemplo, el robo de vehículos en una colonia peligrosa. El hecho de que en una colonia sea elevado el índice de robo de vehículos no excluye la tipicidad de la conducta de quien los roba, aunque hubiese en el momento de la comisión del hecho otro u otros dispuestos a robárselos.

EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN EN SUPUESTOS DE RIESGO PERMITIDO

En el funcionalismo se entiende por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general está permitida y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.

El conductor que observa todos los deberes de cuidado, pero sin poder evitarlo arrolla a una persona, ese resultado no se le puede imputar normativamente, dado que la conducta de conducir estaba permitida al observar todos los deberes de cuidado.⁶

X. REALIZACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO

EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN POR FALTA DE REALIZACIÓN DEL PELIGRO

Existen casos en los que se realiza una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado, pero posteriormente sucede otro evento impredecible que lesiona a dicho bien, aunque pudiera estar relacionado con el riesgo original no se puede imputar la conducta. Por ejemplo, quien dispara a su víctima, pero la bala sólo le hiere, por lo que es trasladado al hospital donde posteriormente ocurre un incendio y muere el herido.

EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN SI FALTA LA REALIZACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO

Al actuar de las personas se han impuesto obligaciones que deben ser observadas para no lesionar determinados bienes jurídicos; de lo contrario, al no tomar las medidas pertinentes el autor eleva el riesgo de hacerlo, adempéro llegan a presentarse resultados aunque el autor hubiese observado dicho deber, por tanto, el resultado no puede imputarse a su conducta. Ejemplo, el médico que ordena la transfusión de sangre al paciente que resulta infectado del virus del sida (VIH), no obstante de realizar las pruebas pertinentes no se detecta el virus por encontrarse la sangre infectada dentro de los primeros cuatro meses de incubación (periodo de ventana).

⁶ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo*. 3ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 92.

Para imputar un resultado a la conducta del sujeto que desobedece un deber de cuidado no basta con el incumplimiento del deber y la verificación del resultado, sino que además, se requiere que ese resultado específico sea el que se pretendía evitar con el cumplimiento del deber.⁷

EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN SI EL RESULTADO NO ESTÁ CUBIERTO POR EL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA DE CUIDADO

Algunas normas imponen especiales deberes de cuidado cuyo fin es la protección de determinados bienes jurídicos; pero cuando el autor eleva el riesgo al desobedecer el deber impuesto produciendo un resultado cuya evitación no estaba dentro del fin de protección de la norma, entonces se puede negar la imputación de la conducta al tipo. Conviene tener siempre presente que, bajo este criterio, sólo quedan comprendidos aquellos supuestos en los que el sujeto activo viola algún deber de cuidado, lesiona un bien jurídico, pero esa lesión no es la que la norma pretendía evitar. Por ejemplo, el conductor que circula a cuarenta kilómetros por hora en una zona en la que debería hacerlo a treinta y arrolla a una menor que intempestivamente se atraviesa en una avenida y por delante de un vehículo estacionado, en este caso no es la falta de cuidado la que origina el resultado, sino la conducta de la menor, quien de manera intempestiva cruzó la cinta de rodamiento, siendo inevitable el accidente para éste.

CONDUCTA ALTERNATIVA CONFORME A DERECHO Y TEORÍA DEL INCREMENTO DEL RIESGO

Bajo este criterio se encuadran los supuestos en los cuales el autor desobedece un deber de cuidado, eleva el riesgo, y lesiona un bien jurídico tutelado, resultando que de haber realizado la conducta debida, probable o posiblemente habría evitado el resultado y por tanto se le puede imputar normativamente. Ejemplo, el del chofer de un camión de una escuela primaria que transporta un niño menor de diez años en el asiento delantero, al que no le colocó el cinturón de seguridad, y en un percance el niño se lesiona gravemente.

⁷ *Idem.*

XI. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN MÉXICO

La imputación objetiva trata de diferenciar el acto del hombre del caso fortuito, por ende, hablar de juicio de imputación objetiva equivale a realizar el razonamiento y determinar si un comportamiento activo u omisivo es obra de un sujeto.

En la dogmática que adopta el sistema jurídico penal mexicano, no asume los criterios objetivos del juicio de imputación. No obstante, existen criterios limitativos de responsabilidad en algunos artículos del código sustantivo penal federal, sin que se pueda decir que adoptan el nexo de imputación objetiva, sino que se refieren a la aplicación de razonamientos de la teoría de la equivalencia de las condiciones formulada en 1860 por Maximilian Von Buri.

La jurisprudencia se inclina de igual manera por la teoría de la equivalencia de las condiciones, que intenta explicar cuando un resultado es consecuencia de una acción; para esta teoría, toda condición que no pueda ser suprimida mentalmente sin que ello desaparezca el resultado en su forma concreta es causa, así, toda condición tiene un valor equivalente en la producción del resultado, todas pueden considerarse causa del mismo, siendo imposible diferenciar entre causa y condiciones; corroboran lo anterior las siguientes tesis:

NEXO DE CAUSALIDAD. Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad, no es otra que la denominada de la *conditio sine qua non* de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sen-

tenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad.⁸

HOMICIDIO. CUANDO ES CAUSA DE LAS LESIONES INFERIDAS. Si el delito es una conducta humana que comprende en una parte la acción ejecutada y la acción esperada o no, y de otra el resultado sobrevenido, para que éste pueda ser inculcado precisa una relación de causalidad entre ese acto y el resultado producido, que existe cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto; por lo que si las lesiones inferidas por el sujeto activo ocasionan el deceso del pasivo, como consecuencia le será imputable dicho resultado, al aplicarse el principio jurídico que rige la causalidad, que se enuncia diciendo que “lo que es causa de la causa, es causa del daño causado”.⁹

El Código Penal Federal, como ya se ha indicado, en algunos artículos contempla los criterios de la teoría de la equivalencia de las condiciones, tal y como se desprende del contenido de los artículos 303 y 304, que establecen los requisitos para que una lesión se considere mortal:

Artículo 303[...]

Fracción I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada invariablemente por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por incurable, ya sea por no tenerse al alcance los recursos necesarios.

Artículo 304. Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá por mortal una lesión, aunque se pruebe:

- I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;
- II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; y
- III. Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que se recibió la lesión.

⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: IV. 3o.144 P, p. 415.

⁹ *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: VI.1o.P.175 P, p. 1354.

Los preceptos en cita niegan relevancia causal a las concausas posteriores y preexistentes, reconduciendo la eficacia del resultado al sujeto como efecto de su actividad original, de modo que si se suprime mentalmente a esa persona del escenario del acontecimiento, el resultado no se habrá producido.

Se puede aseverar que en México se adoptó la teoría de la equivalencia de las condiciones, algunos tratadistas exponen que también acepta la doctrina de la causalidad adecuada, pero lo que se pretende esclarecer es que el funcionalismo y la teoría de la imputación objetiva no tienen reconocimiento en el sistema jurídico penal mexicano hasta el momento.

XII. POR UNA DOGMÁTICA FUNCIONAL

Desafortunadamente, el Derecho Penal Mexicano sigue conservando el pensamiento dogmático de finales del siglo XIX y principios del XX, en virtud de que la conducta de un sujeto tiene relevancia jurídica cuando se realiza de manera causal; asimismo, constitucionalmente se ha establecido que para considerar probable responsable a un sujeto se debe acreditar primeramente un concepto clásico como “cuerpo del delito”.

Comparto el criterio del maestro Enrique Díaz Aranda cuando plantea que la dogmática debe analizar al derecho penal de acuerdo a la problemática o necesidades de la sociedad en la que debe tener aplicación, considerando las aportaciones de la criminología y política criminal para consolidar un estado social y democrático de derecho en el que el bienestar general sea el punto de referencia obligado.¹⁰

También es cierto que el derecho penal encuentra su fundamento en su funcionalidad como medio para procurar el beneficio del hombre en sociedad, e independientemente de la corriente filosófica –causalismo, finalismo o funcionalismo–, el derecho penal ha tratado de sustentarse sobre bases político-criminales, de los fines de la pena, y la readaptación del delincuente a través del trabajo y

¹⁰ Díaz Aranda, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 144.

la educación; pero no se debe confundir y dogmatizar que ésta es una aportación reciente funcionalista, ya que incluso este pensamiento fue expuesto por César de Bonesana, el Marqués de Beccaria, en su libro *De los Delitos y las Penas* en el año de 1764, cuando habló de la *utilidad de la pena y trazaba los lineamientos para una política criminal*.

Con el desarrollo de la dogmática cuya función es ofrecer certidumbre y seguridad jurídica para los individuos en un Estado democrático de derecho, surgen nuevas teorías que encuentran partidarios, que en algunos casos no valoran la realidad jurídica existente, ocasionando confusión y cuestionamientos en relación a cuál permite que el derecho cumpla con la función de proteger los bienes jurídicos.

Se dice que, actualmente, las construcciones sistemáticas enfrentadas son el funcionalismo y el finalismo; sin embargo, considero que la primera corriente mencionada no aporta puntos trascendentales para orientar a la dogmática penal. Y el alejamiento de los criterios de la corriente finalista no se debió a su agotamiento jurídico por haber cumplido con el ciclo de vida que le correspondía sino por la ignorancia y tozudez en no aplicar correctamente la teoría del tipo penal, por lo que no dudo que, en su momento, la figura del tipo penal deberá resurgir en forma renovada con la finalidad de otorgar fortaleza a la garantía de libertad y seguridad jurídica para los gobernados.

XII. CONCLUSIONES

Después de la evolución de la dogmática penal en torno al delito, que pasó del sistema Liszt-Beling, por el periodo teleológico de Frank, Mayer, Hegler y Mezger, hasta la doctrina de la acción finalista, creo que a partir de ahí se entre en una cierta decadencia, probablemente porque lo más importante ya se ha dicho y los puntos de vista más elementales ya han sido expuestos. Considero que actualmente hay el peligro de querer darle demasiadas vueltas a los asuntos y acabar complicando innecesariamente las cosas.

En lo que respecta al funcionalismo, desde mi particular punto de vista, no existe gran aportación en relación a la teoría del delito, porque parte de los mismos elementos existentes o que fueron am-

pliamente discutidos en el sistema finalista; por lo que respecta a la conducta típica, de igual manera, está constituida por elementos objetivos, normativos, y ubican al tipo subjetivo integrado por el dolo y la culpa y elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo; por cuanto a la antijuridicidad, está caracterizada por la ausencia de causas de justificación; y en la culpabilidad, hablan de responsabilidad, integrada por la misma culpabilidad, imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad, la necesidad de la pena y la ausencia de excluyentes de culpabilidad.

Coincido con los que señalan que su aportación principal referente a la teoría de la imputación objetiva no tiene futuro, porque no ha tenido reconocimiento en los tribunales alemanes y mucho menos en otros países como los latinoamericanos, entre ellos México, aunque se diga que algunos códigos mexicanos han adoptado la teoría de la imputación; además, intenta solucionar problemas que ya han sido resueltos anteriormente mediante las causas de justificación, la no exigibilidad de otra conducta y el tratado de la culpa con y sin representación.

El fundamento de la imputación objetiva del resultado radica en resolver los problemas que, según sus seguidores, no realiza el finalismo al tratar los delitos culposos y de omisión, sin embargo, si fueron resueltos ya que, en esa corriente, el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad sino del tipo, en el injusto del delito culposo lo esencial no yace ya en la simple causación del resultado, como para la teoría causal, sino en la forma como se causa el resultado; éste no es realizado finalmente pero se presenta como consecuencia de un actuar final. Lo esencial no es el fin, sino la defectuosa dirección y conducción de la acción realmente realizada frente a aquella conducta que debió haberse realizado en virtud del cuidado exigido. Por lo que al igual que en los hechos dolosos, el elemento decisivo del injusto de los delitos culposos se encuentra en el desvalor del resultado.

En el ámbito de los delitos de omisión, se precisó que desde el punto de vista ontológico no puede existir un fundamento común

para la acción y la omisión, de tal manera que la teoría de la acción tiene que ser distinta a la teoría de la omisión. La omisión, en su estructura real, aparece junto a la acción como una segunda e independiente forma de la conducta humana, como no ejercicio de la posible actividad final. La omisión es siempre omisión de una determinada acción, mas no una acción misma; y esa acción omitida sólo puede ser una acción final. Por eso la omisión no puede ser entendida como la simple negación de la existencia de una acción o como la simple negación de un movimiento corporal, sino como la no realización de una acción exigida, esto es, como omisión del ejercicio del poder final del hecho, ya que el elemento constitutivo de la omisión es el potencial dominio final del hecho.

Estoy de acuerdo con la estructura del delito sustentada por el sistema finalista, principalmente cuando analiza los elementos dolo y culpa en el tipo penal, toda vez que, efectivamente, las conductas humanas siempre tienen un fin específico, aspectos que se contemplaron en nuestra legislación a partir de las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1994, pero como es de todos conocido, con la contrarreforma del 8 de marzo de 1999 se retornó a la categoría procesal de cuerpo del delito porque se consideró que el derecho penal mexicano no había alcanzado el desarrollo necesario para comprender y aplicar la teoría finalista de la acción.

Concluyo con el argumento de que no se puede decir que nuestros códigos penales sean casualistas, finalistas o funcionalistas, pero existe gran influencia de las dos primeras corrientes penales; considero que, independientemente, de nuestra postura en relación a estas escuelas filosóficas, se debe conocer la legislación penal vigente que nos permita como defensa analizar los elementos del delito en un caso particular, así como las categorías procesales de acuerdo a la tendencia actual; de igual manera, contribuir mediante aportaciones jurídicas a superar deficiencias que permitan en lo futuro comprender que una verdadera dogmática penal tiene como finalidad no sólo interpretar los textos positivos, sino entender la realidad en que se desenvuelve determinada sociedad.

Libertad provisional: un derecho discriminado

Apolinar Pedro Vargas Ordóñez*

INTRODUCCIÓN

Suele decirse que “la democracia si no es *sustancial*, es una pobre democracia”, queriendo enfatizar con ello la expectativa de la sociedad en resultados concretos de bienestar, con lo cual se le atribuye una suerte de poder mágico.

Aunque esta mirada democrática no es del todo acertada, lo cierto es que esta forma de gobierno, desde los contractualistas como Locke, Montesquieu o Rousseau, fue concebida como un instrumento eficaz para delimitar el poder absoluto del gobernante y para redistribuirlo entre los miembros de la sociedad. Esa restricción, en contrapartida, fue la ocasión propicia para ensanchar el ámbito de las libertades de los gobernados, como principio del posterior auge de los derechos políticos y civiles en el siglo pasado. Ahora estamos presenciando la asunción de los derechos sociales, a los cuales Pedro Salazar califica como el primer elemento innovador y específicamente característico de la democracia constitucional.¹ Y qué decir de esta última fase expansiva de los derechos humanos: su internacionalización.

Simultáneamente, hoy día, estamos siendo testigos del intento por consolidar el paradigmático *estado constitucional de derecho*, cuya

* Defensor Público Federal.

¹ Salazar Ugarte, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006. p, 148.

mejor expresión es la actividad constitucionalizadora de los derechos fundamentales (derechos humanos), dentro de las constituciones, donde no puedan ser trastocados, adscribiéndolos en un ámbito impenetrable: el *coto vedado*, a que se refiere Ernesto Garzón Valdés, o la *esfera de lo indecible*, en el lenguaje de Ferrajoli.²

Indiscutiblemente, en los últimos lustros, en nuestro país, se han registrado avances significativos hacia una condición de mayor democracia, lo que de suyo supondría un paso decisivo en el camino hacia el respeto y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, pero extrañamente, algunos de éstos, como la libertad en general y la *libertad provisional* de que deben gozar las personas acusadas de una infracción penal, se encuentran en ciernes, y no han sido objeto de suficiente protección, a pesar de que parecía una tarea ya terminada. De hecho, este sexenio, por ejemplo, no inició con buenos augurios, la incursión excesiva del Ejército Mexicano en actividades de seguridad pública supuestamente para combatir el narcotráfico y la instrumentación de una política criminal *dura* son muestra irrefutable de que estos derechos humanos se hayan en un clima de alta vulnerabilidad, sobre todo el de libertad.³

En esta tensión, entre constitucionalismo democrático y un desafortunado retroceso momentáneo en materia de respeto a las libertades en el país, se trazan algunas líneas que pretenden inducir a una reflexión sobre las enormes dificultades que se les presentan a los individuos sometidos a procedimiento penal o *prepenal* para ejercer realmente su derecho a la *libertad provisional*, situación que se ve agravada con el uso de *medidas* restrictivas del derecho de locomoción *in genere*, *legales* pero *arbitrarias*. Este planteamiento se hace desde una óptica que no es la habitual porque parte de la contem-

² Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª. ed. Madrid, Trotta, pp. 19, 24.

³ Muy recientemente la Comisión Nacional de Derechos Humanos hizo copiosas recomendaciones a la SEDENA por abusos de autoridad, detenciones ilegales y otros actos violatorios de derechos humanos, ejecutados por miembros del Ejército. En este contexto, el presidente Felipe Calderón envió iniciativa de ley de reforma judicial donde se propone, por ejemplo, la permisión de cateos sin autorización judicial; hecho que revela un intento de retorno al autoritarismo. Afortunadamente, existen al menos cinco proyectos de ley en la Cámara de Diputados de línea garantista, las cuales seguramente prevalecerán sobre aquélla.

plación de la “faceta oculta” de este derecho. Se trata de puntualizar su génesis, donde se encuentra su verdadera esencia, la cual, en estricto sentido, no permite reafirmar el principio de presunción de inocencia, al contrario, se detecta un signo inequívoco de preeminencia del principio de culpabilidad.

Si bien esta “garantía” se inscribe en la Constitución (artículo 20, apartado A, fracción I), no ha sido merecedora de mecanismos eficaces para ser justiciable; la legislación procesal ordinaria y la práctica favorecen su compresión recurrentemente, por lo que *se está lejos de alcanzar los estándares internacionales*. Por si fuera poco, un fragmento importante del universo de los presos antes de sentencia no está en condiciones de igualdad de oportunidad para acceder a la libertad provisional debido a su estatus económico, lo que la convierte en derecho “discriminado”. Vale decir, a manera de aclaración, que lógicamente la discriminación recae propiamente en los inculpados.

LIBERTAD PROVISIONAL. MARCO CONCEPTUAL REAL

Un amplio sector doctrinario coincide en considerar *grosso modo* que la libertad provisional es una reafirmación del principio de presunción de inocencia en los sistemas penales donde los inculpados, merced a ese derecho, afrontan el procedimiento sin ser detenidos. Su efecto, señala Jorge Nader Kuri, es suspender la prisión preventiva.⁴

Sin rechazar de tajo esta conceptualización costumbrista, conviene no perder de vista “el otro lado de la moneda”. En efecto, la idea de libertad provisional presenta una doble dimensión: una de luces y otra de sombras, por decirlo de alguna forma. La primera es la que conocemos idealmente como garante de la presunción de inocencia; pero la otra faceta, pocas veces explorada, nos revela un aspecto deplorable, el marchamo inequívoco de la *presencia de un esquema penal sustentado en el principio de culpabilidad* y no en el de inocencia, ya que si éste verdaderamente prevaleciera, no tendría

⁴ Nader Kuri, J., “¿Qué es la presunción de inocencia?”, en *Iter Criminis*. INACIPE. Núm. 12. Segunda época. México, 2005, pp. 297-319.

ninguna razón de ser la libertad provisional, dado que tampoco se utilizaría la prisión preventiva.

La existencia de esta detención cautelar torna necesario el uso de esa libertad provisional como instrumento necesario para reducir los efectos de aquélla, pero pone de relieve la superposición de la presunción de culpabilidad.

En este contexto, si bien es cierto que la prisión preventiva viene a ser la consecuencia necesaria y directa de que en un esquema penal determinado prevalezca el principio de culpabilidad, no menos lo es que la libertad provisional también *deriva indirectamente* de esa situación, al surgir, más que para afianzar el principio de inocencia, para atemperar los estragos de la detención anticipada, sin poder ocultar su génesis desafortunada. El pecado de origen de este derecho radica, pues, en ser resultado de la prevalencia de la presunción de culpabilidad en virtud de la cual se utiliza la detención preventiva.

Además, al enfocar esta dimensión “oculta” del concepto de libertad “provisional”, se aprecia que, de entrada, hace clara referencia a un momento previo a la detención definitiva. Este carácter “provisional” denota que es “en vía de mientras”, en tanto se dicta sentencia condenatoria. Es decir, la libertad provisional, así vista, viene a ser la antesala o el anuncio de una inminente y fatal privación definitiva. Esta connotación ya genera la sensación de una condena adelantada. Consecuentemente, esta libertad momentánea (provisional) lleva implícita la idea de reproche anticipado, nada que ver con la confirmación de un estado de derecho donde se privilegia el principio de presunción de inocencia, tal es su faceta oscura, pero cierta.

Así, desde esta perspectiva jurídica, la libertad provisional, lejos de reflejar un esquema paradigmático estructurado en la presunción de inocencia, en realidad, es un indicio inequívoco de un discurso donde se sobrepone la culpabilidad de las personas antes de decidirse judicialmente y por tanto inquisitorial, de ninguna forma garantista.

LIBERTAD PROVISIONAL. SU NECESIDAD

La libertad provisional, al margen de su conceptualización negativa debido a su génesis, debe prevalecer como un derecho de vital importancia para reducir efectos negativos en toda persona sometida a juicio criminal dentro de un paradigma donde sobresale la presunción de culpabilidad.

Este derecho fundamental debe priorizarse frente a la prisión preventiva, la cual sólo excepcionalmente y en forma subsidiaria ha de utilizarse cuando se trate de delito calificado como grave y que además exista riesgo fundado de que el inculcado se va a sustraer a la acción de la justicia, o a borrar pruebas, o a cometer algún otro delito contra la víctima, servidor público o testigo. Ni siquiera en todos los supuestos de delito grave debería operar la prisión preventiva.⁵

En este bloque de ideas, la regla general debería ser que todo indiciado o procesado goce de libertad preventiva y sólo tratándose de eventos que causan severa conmoción a la sociedad se deniegue ese derecho.

Finalmente, conviene perfilar como idea central, en este espacio, que la “vía ordinaria” para detener a una persona por haber cometido un delito, debe ser, en fase de averiguación previa, cuando exista flagrancia. Después, sólo mediante orden de aprehensión dictada por el juez, evitando utilizar medidas, si bien legales, arbitrarias, como el arraigo, la detención urgente, flagrancia equiparada, a las cuales en seguida me refiero, como obstáculos restrictivos del derecho de libertad provisional.

Esta modalidad de libertad denominada provisional desafortunadamente no se halla adecuadamente protegida en la Constitución, ni mucho menos en las leyes secundarias federales o locales, ya que, en principio, ni siquiera se consagran explícitamente la presunción de inocencia y la excepcionalidad de la prisión preventiva.⁶

⁵ Véase el proyecto de Ley Federal de Justicia de Adolescentes, de corte garantista, ya aprobado por las dos cámaras del Congreso de la Unión, donde se establece el uso excepcional del internamiento (prisión preventiva) como medida cautelar y la procedencia de libertad como regla genérica, en el proceso.

⁶ En la Carta Magna, al lado de los derechos a la vida, al nombre, la objeción de conciencia,

DETENCIONES ARBITRARIAS LIMITANTES DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

Partiendo de la premisa de que la prisión preventiva sólo debiera operar en delitos graves (no en todos) y, ante el Ministerio Público, sólo en caso de flagrancia, todas las demás restricciones de libertad, en esa fase, se convierten en detenciones abusivas y factores todavía más limitantes del derecho de libertad provisional.

Las medidas restrictivas de la libertad permitidas, *grosso modo* son: detención en flagrancia (incluida la equiparada), caso urgente, orden de aprehensión, orden de presentación,⁷ detención con fines de extradición, arresto, ya sea administrativo en términos del artículo 21 de la Constitución o como medida disciplinaria o de apremio, conforme a los numerales 42 y 44 del código adjetivo federal, hasta por treinta y seis horas.

De estos medios, los arrestos no interesan al fin de esta exposición, ya que no surgen a raíz de la comisión de un delito, ni la detención con fines de extradición, por estimarse análoga a la orden de aprehensión, así que las consideraciones que se vierten sólo versan en torno al arraigo, flagrancia equiparada, cuasiflagrancia y detención urgente, que se catalogan como *figuras atípicas y arbitrarias* que impiden la justiciabilidad de la libertad provisional.

ARRAIGO

Se trata de un mecanismo de detención o prisión preventivas, en fase *extra-procedimental*, no previsto en la Constitución, mediante el cual la autoridad investigadora muchas de las veces ni siquiera posee datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable respon-

presunción de inocencia, etc., todos de gran envergadura, se hallan olvidados, no están expresos. El Pleno de la Suprema Corte de justicia de la Nación ha sustentado criterio en el sentido de que el principio de presunción de inocencia se contiene implícito en la Constitución, en la jurisprudencia rotulada: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, Novena Época. t, XIV, agosto de 2002, Pleno Tesis P. XXXV/2002, P. 14. Con todo, es indispensable que esté expresa, sin dubitación en la norma fundamental mínimamente.

⁷ Se ha sostenido que esa medida no es una restricción de libertad, cuando en realidad sí lo es, aunque con menor intensidad.

sabilidad del arraigado. Es una especie de salvoconducto o autorización al Ministerio Público para detener a una persona sospechosa y buscarle pruebas de cargo o arrancárselas, dejando que la presión física o moral haga su parte. No es raro que para ello, en vez de albergar al arraigado en su propio domicilio, se le confine en una “casa de seguridad”, no habiendo diferencia alguna entrambos, salvo la idoneidad para presionarlo y desanimarlo hasta que confiese los hechos. Tampoco es casual que un gran número de los arraigados con motivo de delitos de delincuencia organizada, en la práctica, admitan su responsabilidad proporcionando información sobre sus cómplices, a partir de la cual se ejercita la acción penal en su contra. De hecho, el arraigo ha sido, en las investigaciones de la Procuraduría General de la República, casi el único mecanismo con cierta efectividad para combatir las organizaciones delincuenciales, que de otra forma sería imposible, pero esa eficacia no lo legitima ni le despoja de sus características inquisitoriales.

El arraigo no dista mucho de ser un medio de tortura física y moral disfrazado que concede al Ministerio Público amplias ventajas procesales, dentro de un *procedimiento penal mixto*, con todo lo que ello implica: ausencia de presunción de inocencia, inadecuada defensa, inoperancia de la adversarialidad, recepción y desahogo de pruebas, fuera de proceso, por agentes del Ministerio Público, como si fuesen jueces, etc.⁸

Para mayor claridad, resulta pertinente citar el preámbulo del Conjunto de los Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 43/173 de nueve de diciembre de 1988, donde explica que la “detención” es la condición a que se somete a las personas cuando todavía no hay condena por delito, mientras que la “prisión” consiste en la condición a que se sujeta a personas como resultado de una condena por delito. De tal suerte que el arraigo se constituye en una deten-

⁸ Cfr. Dagdug Kalife, A., “Hacia una modernización del sistema de enjuiciamiento penal mexicano”, en *Iter Crimini*, México, enero-febrero, 2006, pp. 13-39.

ción preprocedimental, inconstitucional y arbitraria que imposibilita a los detenidos en “domicilio” disfrutar de su libertad, como ocurriría en un procedimiento normal, hasta en tanto no se ejerciera acción penal en su contra.

ORDEN DE DETENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CASO DE “URGENCIA”

Es un mandato administrativo de detención, *sin flagrancia*. Al igual que el arraigo, aunque con menor intensidad, constituye una manera inquisitorial de privar de la libertad a un individuo sospechoso, con cómodas ventajas para investigarlo.

La regla general para la detención de una persona cuando no hay flagrancia es que únicamente debe ordenarla un juez, no el Ministerio Público, de tal suerte que este medio, es legal, pero *arbitrario*. Además también nulifica el ejercicio de la libertad provisional, la cual debería proceder en general, incluso en algunos delitos graves.

CUASIFLAGRANCIA Y FLAGRANCIA EQUIPARADA

Son *formas atípicas* de detención, también legales, pero ilegítimas. En efecto, conforme al artículo 16 del texto constitucional, cualquiera puede detener a una persona poniéndolo sin demora a disposición del Ministerio Público cuando haya flagrancia, es decir, *cuando está cometiendo el delito*. Ahora bien, esta captura se legitima *ante la evidencia* de esa ejecución y la responsabilidad del agente, lo que no ocurre cuando inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido (cuasiflagrancia) y menos aún, cuando *no se le vio cometiendo el delito*, sólo se le señala como probable responsable por víctima, testigo u otro partícipe o se le encuentra en poder algún objeto o huella (flagrancia equiparada), pues en estos supuestos no es flagrante o evidente que haya cometido el delito, por lo que no es válida la detención, sino después que el Ministerio Público integre la averiguación, ejercite acción penal y el juez la ordene.

La retención cuando no hay flagrancia, lógicamente, es legal, pero arbitraria, porque no se evidencia en un primer momento la

comisión del delito. Para una mejor comprensión de este punto, merece referencia la distinción entre detención o prisión legales y arbitrarias, que en su momento introdujo el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la siguiente definición: la detención o prisión sería arbitraria cuando se efectúe: a) por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos en la ley, o b) *conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y la seguridad.*⁹

Otras causas que acotan el derecho de libertad provisional tiene que ver con la cada vez más larga lista de delitos figurados como graves y un sinnúmero de supuestos en que el juez puede negarla, a petición del Ministerio Público, por ilícitos no graves, como la misma Constitución lo regula en su artículo 20, apartado A, fracción I y el código federal procesal, en su numeral 399 BIS.

LIBERTAD PROVISIONAL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL. CONTRASTE ENTRE DERECHO INTERNO E INSTRUMENTOS SUPRANACIONALES

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la libertad e igualdad del ser humano; la prohibición de una detención arbitraria (artículos 1 y 9), y, en su artículo 11 prescribe que: *toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se demuestra su culpabilidad.*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra la libertad de los individuos *latu sensu* como un derecho derivado de la dignidad inherente a la persona humana. El fundamento de la libertad provisional se encuentra, a *contrario sensu*, en el artículo 9, numeral 3, al establecer que *la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general*; en contrapartida, la libertad provisional debe ser el instrumento jurídico más utilizado, no como excepción.

En nuestro sistema de justicia penal, especialmente referida al

⁹ O' Donell, D., *Protección Internacional de los derechos humanos*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, pp.144-145.

plano federal, la regla opera a la inversa: la prisión preventiva se emplea abrumadoramente y la libertad provisional excepcionalmente, tal como se advierte de la creciente lista de delitos catalogados como graves y de los múltiples obstáculos arbitrarios para acceder a ese derecho.

Es importante hacer notar que en este artículo 9, se estatuye que *nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitrarias* y que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal *será llevada sin demora ante juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales*, y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

En el ámbito regional de protección de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, análogamente, en su capítulo de Derechos Políticos y Civiles consagra la libertad personal como derecho humano, remarcando, en su artículo 7, numeral 2, que *nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes conforme a ellas*.

Por su parte, el numeral 3 del citado artículo 7 prescribe que *nadie puede ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios*.

Finalmente, al igual que el Pacto, en este mismo artículo, la Convención, en su numeral 5 señala que *toda persona detenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez... y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...*

Sintéticamente se puede destacar, *prima facie*, la relevancia que los instrumentos internacionales conceden a la libertad en general y, por natural extensión, a la libertad provisional, partiendo de la premisa de que toda persona es inocente hasta en tanto no se demuestra su culpabilidad, lo que se halla previsto explícitamente. En contrapartida, en el régimen mexicano, ni siquiera en el texto constitucional existe disposición expresa del axioma jurídico de presunción de inocencia. Éste un derecho olvidado, no positivizado. Tal es el primer antagonismo entre normatividad nacional y supranacional.

Como segundo aspecto contrastante entre estos dos órdenes normativos, puede destacarse la ausencia de una disposición interna que regule el uso excepcional de la prisión preventiva a fin de priorizar la libertad provisional, como se establece en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En esta línea de conceptos, hay dos rasgos salientes tanto en el Pacto como en la Convención, en comento: la prohibición de *detenciones ilegales* o *arbitrarias* y la *necesidad* de que una persona acusada por la comisión de una infracción penal sea llevada *sin demora* ante un juez para ser juzgada en *un plazo razonable* o puesta en libertad.

El arraigo, que fue calificado como obstáculo para el adecuado ejercicio del derecho a la libertad provisional, se enmarca claramente en el concepto de detención *arbitraria*, en la terminología de los instrumentos enunciados, ya que la inmovilización de una persona arraigada (hasta por treinta o noventa días, de conformidad con el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, respectivamente), incuestionablemente obstruye la inmediatez con la que se debe remitir ante el juez e impide el enjuiciamiento en un *plazo razonable*, lo que remarca el antagonismo entre los dos planos de regulación.

A fin de realzar todavía más estas divergencias existentes entre los dos niveles normativos, resulta pertinente recordar que uno de los *temas considerados de preocupación* en el informe del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria del 2002, fue el arraigo. Éste, señala dicho documento, tiene como consecuencia práctica otorgar a la autoridad investigadora tiempo para recabar pruebas con *preinculpabilidad*, en una suerte de preproceso o anteproceso, en domicilios que no son los de los arraigados sino en establecimientos similares a prisión; por ello, como se adujo, el arraigo se constituye en una forma de *detención preventiva* sin opción del preindiciado para acceder a la libertad provisional.

Otra de las cuestiones preocupantes del Grupo de visita a México, en ese 2002, fue el relativo a la flagancia equiparada, que permi-

te, dice el informe, arrestos (detenciones) sin orden de autoridad judicial o ministerial, en el peor de los casos, y sin existir flagrancia.

La flagrancia equiparada, se indicó, es *incompatible con el principio de presunción de inocencia*, en consecuencia, mina el derecho a la libertad provisional, ya que se detiene a una persona por un tiempo variable, cuando debería permanecer libre, en los cauces normales, hasta en tanto se girara la orden de aprehensión del juez.

Por otro lado, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión también establece, en el principio 36, la presunción de inocencia; en tanto que en el 37, fija como obligación que toda persona detenida por alguna infracción penal sea llevada *sin demora*, ante un juez u otra autoridad, no pudiendo ser mantenida en detención en espera de la instrucción, imperativos que evidentemente la figura del arraigo contraviene.

Tanto la Convención como el Pacto Internacional referidos constituyen instrumentos jurídicos internacionales vinculantes que integran en automático derecho interno por disposición de los artículos 1, 15 y 133 de la Constitución, acarreando obligaciones al estado mexicano ante la comunidad internacional, las cuales consisten, no únicamente en respetar, absteniéndose de afectar este derecho humano, sino en garantizarlo, mediante la generación de mecanismos jurídicos para su defensa y en armonizar las leyes locales a las internacionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, si bien no tienen carácter vinculante por no ser convenios o tratados, lo cierto es que las disposiciones de la primera, por su prestigio, alto reconocimiento y costumbre, adquieren el rango de *ius cogens*, es decir, normas obligatorias de derecho internacional; en tanto que el otro instrumento representa una especie de reglamentación que refleja el interés de la comunidad internacional y, por esta razón, su cumplimiento se torna obligatorio.

LIBERTAD PROVISIONAL. UN DERECHO “DISCRIMINADO” EN LA PRAXIS JUDICIAL

En virtud del principio de igualdad inmerso en el artículo 1 de la Constitución, a partir del cual se edifican los derechos humanos, todos los mexicanos nos ubicamos en una condición de equivalencia jurídica entre sí y respecto a los poderes públicos, como regla general.

Ello supone que, tratándose de personas acusadas de alguna infracción penal, ya sea en fase de investigación o juicio, todas gozan del mismo estatus jurídico; de esta manera, ante Ministerio Público o juez podrán solicitar de inmediato la libertad provisional, misma que se les deberá conceder cuando no se trate de delito grave. Para tal efecto, el monto y la forma serán asequibles tomando en cuenta las condiciones del delito y las del individuo, así como las posibilidades de que se cumplan las obligaciones procesales, sanciones pecuniarias, daños y perjuicios que eventualmente pudieran imponerse al emitirse sentencia (artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución).

Ahora bien, en la práctica, los jueces generalmente utilizan el mismo rasero para todos los encausados, a pesar de sus diferencias económicas, al fijarles idénticos montos de caución, cuando ésta, por disposición constitucional, tiene que ser *asequible* para no hacer nugatorio el derecho en comento. Cotidianamente, con algunas salvedades, el *quantum* se señala en dos cantidades, que resultan de la suma del número de días de las penas de prisión y pecuniaria (que se prevé en el mínimo del marco de punibilidad), multiplicándolo por el salario mínimo general en el Distrito Federal, ya que normalmente se desconocen con exactitud los ingresos de los solicitantes o son fluctuantes. Finalmente, en ocasiones, se establece un tercer monto para reparación del daño u otro aspecto análogo que deba garantizarse. La crítica a esta costumbre estriba en que *genera condiciones de desigualdad* en perjuicio de quienes carecen de medios económicos con respecto a quienes los tienen. En este panorama, ciertamente *se da una discriminación notoria* y se pierde de vista la regla de accesibilidad.

Bajo estas premisas, resulta injusto para quien posee un bajo nivel económico que, por un delito determinado, por ejemplo, el de portación de arma de fuego sin licencia, se le exija pagar la misma cantidad que a otro con mayor posibilidad pecuniaria. Naturalmente ello ocurre porque los tribunales habitualmente *no reconocen esa diferencia económica*, que resulta indispensable, en principio, para evitar discriminación. Pretender *dar trato igual a desiguales es igual a desigualdad*.

En un determinado momento de la historia, se luchó por el acceso de todos a una igualdad jurídica *formal*, tratando de borrar diferencias reales; pero actualmente, se exige reconocerlas, como punto de partida, para generar una situación de equivalencia entre desiguales, es necesario dar el trato diferenciado.

Resulta indispensable que a personas con bajos recursos monetarios se les fijen cantidades inferiores para garantizar su libertad provisional y así producir realmente una situación de *igualdad jurídica sustancial de oportunidad* entre todos los que conforman el universo que posee ese derecho. Cuando los órganos jurisdiccionales soslayan este aspecto fundamental, incurren en notoria discriminación de los imputados con incapacidad económica.

Para reafirmar lo que aquí se expone, se hace referencia a la definición de discriminación en el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Dicho precepto describe diversos supuestos de discriminación. Uno de ellos es el relativo a toda distinción o *exclusión o restricción* basada en la condición económica que tenga por efecto *impedir o anular* el ejercicio real de los derechos y la *igualdad real de oportunidades* de las personas.

Sobre la base de este concepto legal de discriminación, derivado del artículo 1 de la Constitución, detecto el factor económico como una verdadera causa de desigualdad, que anula o menoscaba la igualdad de oportunidad para que el grupo más vulnerable económicamente pueda acceder a la libertad preventiva, situación que está prohibida por la Constitución y la ley, en comento. A nivel

internacional, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos presenta una cláusula de condición de no discriminación; en tanto que el Protocolo 12 hizo explícita esta prohibición de discriminación.

Cierto, tanto en el texto constitucional como en la legislación procesal federal se contempla un mecanismo jurídico para modificar y en su caso *reducir* el monto de las garantías fijadas para gozar de la libertad provisional, pero en tal hipótesis inevitablemente se prolonga el tiempo en prisión a causa de la sustanciación del incidente, además de implicar un costo adicional por honorarios de peritos.

Por ello, se estima que no sería descabellado que, en la legislación y sobre todo en la práctica, se adoptaran mecanismos de *discriminación inversa* (discriminar para igualar), de tal forma que al sector con menos recursos del total del conjunto con derecho a la libertad provisional se le coloque en una mejor situación jurídica para obtenerla, fijándosele montos inferiores en relación al resto.

En sentido contrario, si ello no se regula así, el estado se ubica en una actitud impasible y, por tanto, de responsabilidad por *discriminación indirecta*, al no proveer lo necesario para evitar un trato discriminatorio.

CONCLUSIONES

Hecha esta exploración, podemos afirmar que en México, teniendo como especial referencia el ámbito federal, no se han consolidado los principios de *presunción de inocencia* y el de *excepción del uso de la prisión preventiva*, ni siquiera están explícitos en el texto constitucional, lo que da pie a que se mine gravemente la libertad de los *preindiciados*, indiciados o inculpados, situación que se agrava con el uso de medidas arbitrarias. Además, los procesados con limitados recursos económicos presentan una condición de discriminación por no tener la misma oportunidad de excarcelación provisional, frente a otros más pudientes.

Se requiere limitar el uso excesivo de la prisión preventiva, a

través del reconocimiento de los principios esenciales mencionados: disminuir el catalogo de delitos graves; instrumentar de medidas precautorias alternas a prisión, etc.

Urge armonizar el derecho interno al internacional sobre derechos humanos en general y en esta temática de libertad y libertad provisional, ya que actualmente no se cumplen los estándares mínimos internacionales.

Se exige adoptar una política criminal más humana que facilite la excarcelación a través de múltiples convenios de colaboración que se celebren con instituciones públicas o privadas para el pago de fianzas.

Producir mecanismos jurídicos de *discriminación inversa* y alentar una sana práctica judicial para colocar a indiciados y procesados con escasez pecuniaria en una condición más favorable para acceder a la libertad provisional.

Sección Tercera

DOCUMENTOS

La defensa de los derechos humanos en el ámbito de la Defensoría Pública*

En materia penal, puede afirmarse que el defensor es el primero en percatarse de la infracción de los derechos humanos que agravia al detenido y detona este hecho para que cese cuanto antes la violación y se encauce legalmente el procedimiento o bien, en su caso, para que tomen conocimiento las autoridades que están en aptitud de corregirlo. Por eso es tan importante que en eventos como el presente, se sume la voz de los defensores públicos federales a cualquier examen que se realice en torno a los derechos humanos, mayormente si se tiene presente que ocho de cada diez detenidos lo designan para que haga valer en su nombre esos derechos.

Pero tengo que empezar por el principio, expresando mi agradecimiento en nombre del Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, que me encomienda que lo represente en este acto y, en lo particular, como miembro de la Junta Directiva del propio Instituto, al Consejo de la Judicatura Federal, aquí representado por la talentosa consejera Elvia Rosa Díaz de León D'Hers y al embajador Juan Manuel Gómez Robledo, Subsecretario para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos, de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la amable invitación para participar en este foro sobre aplicación y uso de normas internacionales por el Poder Judi-

* Ponencia presentada por el doctor Julio Antonio Hernández Pliego en el Foro Sobre Aplicación y Uso de Normas Internacionales del Poder Judicial de la Federación, organizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores y el Consejo de la Judicatura Federal el 5 de noviembre de 2007.

cial, particularmente en lo que concierne a la defensa de los derechos humanos en el ámbito de la defensoría pública.

A contar de la mitad del siglo pasado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos elevaron a un axioma la libertad, la igualdad, la dignidad y el disfrute de los derechos, *sin distinción fundada en la condición jurídica de la persona*.

De estas normas surgieron diversos instrumentos que han hecho compatible el derecho internacional con el derecho interno de nuestro país.

Tales son, como es sabido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que hace liderazgo en los sistemas regionales de protección a los derechos humanos, como la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el llamado Pacto de San José, en vigor desde 1978, y también la denominada Carta de Banjul o Carta Africana sobre los Derechos Humanos, de 1981.

Las declaraciones e instrumentos han asumido la importantísima tarea de poner en relieve el derecho del inculcado a un justo proceso penal, público, sin dilaciones, en el que se arranque de la presunción de inocencia traducida no en que entre al juicio como culpable, ni siquiera como sospechoso de la comisión del delito, sino precisamente como inocente.

Las comisiones de derechos humanos contribuyen, a no dudarlo, en la tarea del conocimiento, difusión y respeto a los derechos humanos, mediante la formulación de recomendaciones públicas e interpretaciones generales a las normas contenidas en los Pactos de las Naciones Unidas, partiendo de las denuncias particulares sobre violaciones de derechos fundamentales.

El Instituto Federal de Defensoría Pública, cuya creación data de 1998, está ligado a la atención en el más alto nivel, de los problemas que suscita el acceso a la justicia en asignaturas distintas a la penal, así como la defensa legal adecuada en la que tiene bajo su cuidado la protección de las garantías individuales y los derechos

humanos de los inculpados de un delito, generalmente los marginados de escasos recursos económicos, que desconocen las bondades de la legislación mexicana, los procedimientos legales y la protección que brinda a los derechos de universal observancia.

No han cesado, no obstante, las resistencias de la autoridad al respeto incondicional y absoluto de tales derechos, bajo el argumento de que hay cierto determinismo que ha impuesto un pasado de apatía e inercia en la fijación arbitraria de límites en la actuación de la defensa, por una parte, y el hecho de que han surgido corrientes legislativas y doctrinarias, por otro lado, que avalan un cierto derecho penal llamado *del enemigo*, en el que se pretende fundar la tranquilidad y seguridad públicas en la disminución y a veces en la cancelación de las garantías de inculpados y defensores.

Entendiendo claramente su función, la Dirección del Instituto, acatando las disposiciones de las Ley Federal de Defensoría Pública ha asumido la obligación de denunciar, a través de sus defensores y asesores jurídicos, la violación de los derechos humanos, de cualquier naturaleza que sean.

Ya por falta de atención médica en los establecimientos de detención, por tortura, golpes, tratos crueles, degradantes o inhumanos, provenientes de cualquier servidor público, formulando en cada caso las quejas detalladas correspondientes y, en su caso, las denuncias debidamente documentadas ante el Ministerio Público, en el afán, primero, de que se ponga fin a dichas violaciones y por fin, de hacer manifiesta la oposición radical a que las acciones de combate al delito, sirvan de pantalla a la infracción de esos derechos.

Por eso estos foros nos sirven también para sacar a la luz las prácticas vejatorias e infamantes que buscan en el defensor público a alguien que se limite a validar los actos autoritarios del Ministerio Público, porque resulta incómodo y perturbador un defensor activo que se empeñe en la lucha defensiva, sobre todo en el procedimiento de averiguación previa que, por necesidad, trascenderá a la postre a todo el proceso penal.

De ahí que resulte preocupante el considerable número de con-

signaciones que el Ministerio Público realiza con detenido, que hacen un elevado porcentaje comparado con los casos de ejercicio de la acción penal sin detenido, ello a pesar de que las hipótesis en que la autoridad ministerial puede instruir la investigación estando el indiciado privado de la libertad, o sea, la existencia de flagrancia y el caso de urgencia, figuren sólo como excepciones a la regla general que fija la Constitución y que reclama una orden judicial para detener a una persona.

Las explicaciones sobre ello ponen en evidencia la ausencia de investigación científica por parte del órgano encargado constitucionalmente de la función, o bien la violación de los derechos humanos de los gobernados que son detenidos en ausencia de una orden de juez y sin que se cumplan las condiciones constitucionales fijadas para ello al Ministerio Público.

Las características que asume la averiguación previa presidida por la autoridad del Ministerio Público, por ejemplo, se prestan para que algunos agentes de la institución impidan de hecho la intervención del defensor, bien sea reservando para la etapa final de la investigación la declaración del indiciado cuando se encuentra en detención, lo que le imposibilita a él para estar asistido por un defensor durante la averiguación previa, tanto como al defensor público mismo, para ejercer su ministerio.

Según el mandato de la ley procesal federal, si el cargo de defensor recae durante el proceso penal en propio procesado o bien en persona de su confianza que no sea perito en Derecho, habrán de acompañarse del defensor público para que los oriente.

Sin embargo, como la disposición legal no alude expresamente a la investigación previa, reiteradamente el Ministerio Público, haciendo escarnio de la garantía individual consagrada en la fracción VIII del artículo 20 constitucional, evita la intervención del defensor público en esa crucial etapa procedimental, designando el mismo agente a una persona de su confianza, que no de la confianza del indiciado, con patente infracción de los derechos humanos de este último.

Una queja constante del Instituto Federal de Defensoría Pública, a través de su Director, que ha sido inclusive apoyada por algún criterio de nuestros tribunales federales, se orienta hacia la negativa del Ministerio Público a la comunicación del defensor con el indiciado, de manera reservada y en lo privado antes de que rinda declaración ministerial.

Esto resulta de particular importancia, pues el momento de prestar el necesario asesoramiento al inculcado, es justamente al efectuarse la detención y antes de que declare ante la autoridad del Ministerio Público.

Cómo podrá otorgarse una defensa adecuada según el mandato de la ley suprema, si no se permite la comunicación entre abogado y defendido antes de que éste preste declaración.

No vale como excusa argumentar que con ello se propician los aleccionamientos defensasistas pues éstos, antes que prohibirse, son parte del deber que implica esa defensa adecuada, claro, sin abandono de la ética profesional, ello sin dejar de considerar que a una investigación policiaca seguida con atingencia, no se oponen los términos en que declare el inculcado porque no siempre su declaración constituye una prueba sino que a veces deja de serlo para convertirse sólo en el ejercicio de un derecho consagrado en su favor por la Constitución.

Por eso es extraño y desatinado que el Procurador y los jefes policiacos salgan a los medios a manifestar que, por el momento, carecen de líneas de investigación de un delito federal, aduciendo que no ha prestado declaración el indiciado, como si de ello dependiera exclusivamente la exploración y el sondeo del caso, en busca de la verdad histórica máxime, según se lleva dicho, que la declaración del inculcado pudiera ni siquiera darse, si se acoge al derecho que sobre el punto le asiste constitucionalmente.

Con alguna frecuencia, las quejas de la Defensoría Pública Federal se dirigen a los obstáculos opuestos por algunos agentes del Ministerio Público, que señalan innecesariamente para recibir la declaración del inculcado, horas del todo inapropiadas —en la ma-

drugada, por ejemplo—, y de paso para hostigar a la defensa, impiden al defensor la consulta del expediente o el derecho de interrogar libremente a su defendido; la negativa a recibir las pruebas que se ofrecen durante la averiguación previa, argumentando la brevedad del plazo de que disfrutan para consignar, cuestiones que han llevado al Instituto de Defensoría al extremo de utilizar en ocasiones los servicios de fedatarios públicos para que certifiquen los hechos.

Hay casos graves que también se traducen en violaciones a los derechos fundamentales de los individuos y que la Procuraduría General de la República disimula o pretende hacerlo, tras el engañoso velo con el que encubre investigaciones de delitos contra la salud o de delincuencia organizada, pero que no esconden totalmente la violencia física o de otro tipo ejercidas para intimidar al inculpado.

En múltiples casos de pretendido combate al narcomenudeo, verbigracia, se han formulado quejas porque en las acciones respectivas, antes que intervenir la Agencia Federal de Investigaciones, que es la autoridad competente para ello, las acciones son implementadas por el Ejército con el apoyo de las policías locales o municipales.

La defensoría ha atendido casos en que, junto con detenidos en flagrancia, por delitos contra la salud, en hipótesis en que su adicción a las drogas está demostrada, tan inmotivada como ilegalmente se detiene a la familia entera, luego de practicarse cateos en domicilios, sin contar con la orden de juez exigida por nuestra Carta Fundamental.

Una de nuestras mejores cartas en el penalismo mexicano, el doctor García Ramírez, dice en el prólogo a la obra que sobre la función constitucional del Ministerio Público escribe magistralmente el maestro Fix: “Estamos hablando del Ministerio Público, de la institución indagadora y persecutora, de los poderes Ejecutivo y Judicial, del Estado sancionador. Ahora bien, ¿cómo olvidar que nada de esto existe más allá de la persona concreta, el servidor público, el empleado judicial, el funcionario de la procuración de justicia, el

policía o el fiscal que ostenta la condición, grave condición, de autoridad? En consecuencia, cuando nos referimos a instituciones hablamos de personas; esa es la realidad; con ellas –las personas, no las instituciones– se encuentran los ciudadanos en el cuartel de policía, en la oficina del Ministerio Público, en el estrado judicial. Y de la calidad profesional y moral de esas personas depende lo que sea, haga y pueda la justicia. Esa es la realidad, la dura realidad”.

No ha sido mi propósito perder la medida abusando de la hospitalidad de los organizadores de este importante evento, ni forzar la tolerancia de la selecta concurrencia que nos honra con su presencia, sin embargo, tampoco puedo perder la oportunidad en este espacio de reflexión, de que se escuche y pondere nuestra posición.

La defensoría pública federal condena y denuncia las acciones de la autoridad que redundan en afectación de los derechos humanos porque, según se afirma al principio, el derecho interno ha de ser compatible con el derecho internacional, para cumplir así con los compromisos que ha adquirido nuestro país con la suscripción de tratados concernientes a los derechos humanos. Por ello, planteadas algunas, sólo algunas de las violaciones que más a menudo enfrenta la defensa pública, esencialmente dirigidas al capítulo de la averiguación previa pero cuya importancia en la impronta del proceso es indiscutible, resulta conveniente expresar que, en la búsqueda de soluciones, se hace indispensable la implementación de programas de capacitación profesional del Ministerio Público, de combate a la corrupción que no hemos podido desterrar de nuestro medio, de mejora en la efectividad de las investigaciones y también, de otra parte, de asignación de recursos económicos suficientes que tiendan a aumentar el número de defensores y asesores públicos, a elevar el nivel en sus condiciones de trabajo y profesionalización, para ser parte del requerido apoyo y cooperación internacionales en el establecimiento de acciones conjuntas para buscar la consolidación de los sistemas de justicia penal, con énfasis particular en las defensorías de oficio.

Demanda de amparo en lengua indígena chinanteco de Oaxaca

En la reforma al artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001, se reafirma la composición pluricultural de la Nación sustentada en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones, o parte de ellas.

Respecto al tema de la justicia, la fracción VIII del apartado A de este artículo, estableció el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado y que, para garantizarlo, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la norma suprema. En la parte final del párrafo primero de esta fracción, se especifica que los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

En consonancia con las nuevas disposiciones constitucionales, por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de diciembre de 2002, se reformaron y adicionaron, entre otros, los artículos 15, 18, 124 bis, 128 fracción IV, 154 y 159 del Código Federal de Procedimientos Penales, para establecer un sistema tutelar de los derechos de los pueblos o comunidades indígenas y de sus integrantes, que parte de la base del conocimiento de sus lenguas y culturas.

Esto es así porque, en lo esencial, el artículo 15 previene que cuando intervengan en las actuaciones personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas, deberán ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura; el 18, que cuando se trate de personas integrantes de pueblos o comunidades indígenas el intérprete, además de tener conocimiento de su lengua, deberá conocer sus usos y costumbres; el 124 bis, que tratándose de personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas, tanto el defensor como el intérprete correspondiente deberán tener pleno conocimiento de su lengua y cultura; el 128 fracción IV, que cuando el detenido sea un indígena, el traductor y el defensor que lo asistan deberán tener conocimiento de su lengua y cultura; el 154, que si el inculcado pertenece a un pueblo o comunidad indígena, se le hará saber el derecho que tiene de ser asistido por un intérprete y por un defensor que tengan conocimiento de su lengua y cultura; y, el 159, que cuando el inculcado pertenezca a un pueblo o comunidad indígena, la designación del defensor de oficio recaerá sobre aquel que tenga conocimiento de su lengua y cultura.

Estas reformas procesales, sin duda alguna trascendentes, provocaron un serio problema a la defensoría pública federal porque, al entrar en vigor al día siguiente de su publicación, no permitieron realizar las gestiones administrativas pertinentes para contar con los recursos financieros necesarios para su cumplimiento, y menos aún para seleccionar a defensores públicos federales con las características exigidas. Por esas razones, el camino ha sido largo y complicado, máxime que, por una parte, no existen profesionales del derecho que conozcan todas las lenguas y culturas indígenas –más de cien– en las que descansa la composición pluricultural de la Nación a que se refiere el artículo 2o. de la Constitución Federal.

Con la finalidad de cumplir el mandato constitucional y legal, se realizaron trabajos de campo para localizar a licenciados en derecho con conocimientos de lenguas y culturas indígenas, que además reunieran los requisitos exigidos por la Ley Federal de Defensoría

Pública para ser nombrados defensores públicos federales; en paralelo, a través de las escuelas y facultades con las que se tienen celebrados convenios institucionales en materia de prestación del servicio social, fue posible localizar a estudiantes de los últimos años de la licenciatura en derecho con esos conocimientos, a quienes paulatinamente se ha incorporado a la institución para formarlos como futuros defensores públicos federales bilingües.

Producto de esas acciones y gracias al apoyo presupuestal proporcionado por el Consejo de la Judicatura Federal, en la actualidad el Instituto cuenta con defensores que hablan las lenguas y conocen las culturas tzotzil, tzeltal, zapoteco del istmo, rarámuri, náhuatl, maya, huichol, yaqui, chontal, chinanteco, p'hurepecha, zapoteco del valle y zoque, lo que si bien no es suficiente, significa un avance notable en la defensa y protección de los derechos de los indígenas de nuestra patria.

Como ejemplo de este avance, no como mera curiosidad, presentamos en este cuarto número de la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, una demanda de amparo redactada en chinanteco y su correspondiente traducción al castellano. Esta demanda, que en el aspecto técnico fue responsabilidad del licenciado Carlos Morales Sánchez, defensor público federal, fue redactada en chinanteco por el licenciado Juventino Pérez Gómez, quien actualmente es oficial administrativo en apoyo de un defensor hablante de esa lengua.

Con independencia de las cuestiones legales, lo que importa destacar es el lenguaje sencillo, coloquial y humano con el que la quejosa expresa: “Yo me llamo Amelia y me apellido Castillo Galán, soy hablante del idioma chinanteco de San Lucas Ojitlán, que pertenece a Oaxaca”, y se dirige a “USTED QUE ES MAGISTRADO QUE ESTÁ EN SEGUNDO TRIBUNAL UNITARIO DEL XIII CIRCUITO DE OAXACA”, porque nos remonta a los orígenes del amparo, cuando se buscaba precisamente eso, que cualquier ciudadano, con sus propias palabras, pudiera acudir a demandar la protección constitucional, sin mayores formalidades ni tecnicismos, lo que con el paso del tiempo

se fue desvirtuando hasta convertir al juicio de amparo en un procedimiento complicado, lleno de vericuetos por los que es difícil transitar para la mayoría de los mexicanos.

Concluyo estas breves notas introductorias con la transcripción de la petición final que Amelia Castillo Galán, indígena hablante del idioma chinanteco, hace al Magistrado del Tribunal Unitario:

“Recibe mi amparo, también manda un tanto a la autoridad que hace de lo que no estoy de acuerdo, para que diga su razón, también se debe avisar a quien se llama Ministerio Público. También acepte a quien he autorizado para que reciba las notificaciones. También diga usted cuándo se va a llevar a cabo la audiencia constitucional. Además ampárame en la final para que el Magistrado rápido diga si debo quedarme o ya no en la cárcel”.

Conmueve esta petición en el lenguaje llano de la agraviada, que desde el punto de vista humano es más contundente que cualquier argumentación técnico-jurídica.

MAGISTRADO CÉSAR ESQUINCA MUÑOA

JNU³ TSØ³ LØN³MAGISTRADO, i³ CUÀ³ i²MA³ TOU² TRIBUNAL UNITARIO i²TI³ QUIÀ⁴ JNE⁴ CIRCUITO

2006 DIC 29 P 2: 26

QUIOH¹ NIN² CUÀNH¹INSTITUTO FEDERAL DE
DEFENSORÍA PÚBLICA

Jna¹ jmain⁴² Amelia, ña³ tsø¹ quio¹ jna¹ Castillo Galàn, Løn³ jna¹ jan³ tsø³ jmain⁴ zia³ i² jou¹ guò⁴² ti³ nin² cuành¹ la³. Na lòn³ jna¹ jan³ tsou³ tsø³ ta³ quion³ tsø³ làh³ ra³ lèh³ zì⁴ i³ quia⁴ número ton³⁴ jè⁴² la³; quioh⁴ i³ ne³ jon³ nèn⁴, juành³ jna¹ juø⁴ jau¹ re³ ra³ la³.

Zøh⁴ jna¹ ù³ jña¹ i³ guih² jna¹ ni² ai⁴ si³ i³ zøh¹ nu³ i² conh⁴ jna¹ naih³ ni² ta² guioh¹ Defensoria Pública Federal, ni² ta² i³ ra² jna³ i² con⁴ juè¹ i² ma³ jña² Distrito, zøn⁴ Heroico Colegio Militar 531, i² jaih³ mai⁴ quioh⁴, Colonia Reforma, ti³ i² jou¹ tiu² jna¹ la³.

Cuèn³ jna¹ jau¹ guion¹ i² con⁴ ca² Morales Sánchez, tsø³ quia⁴ ta² i² jmain³ Defensor Publico Federal, ai³ i³ ra² jna³ i² con⁴ juè¹ i² ma³ jña² distrito, càn³ jon³ li³ jmò² s la⁴² ra³ juàh³ artículo quiùn³ quio² quioh¹ amparo.

UDICIAL
ERACIO
RIDOS
MEXICO
CÁDIZ
JANUARI
1994
møn³ jna¹ i² con⁴ nu³ lách³ cónh³ ra³ juàh³ ley i³ tø³ jmi¹ zióh¹ guioh¹ lá³ jø³⁴ nei² ley, i³ tø⁴ guioh¹ ú⁴ jma³. Lou⁴² nu³ jna¹, ña² ján⁴ ta³ tø⁴ tsón² jna¹ quioh⁴ i³ jmo⁴ tsø³ lòn³ ta². i³ jon³ juah¹ i³ jmain³ ta² quia⁴ s tø⁴ chí² jiá³ si³ la³; ña³ juah¹ jna¹ jah³ jon³ i³ ta³ tø⁴ tsø² jna¹ nio⁴².

Cáh³ jon³ møn² tín⁴² jna¹ lách³ ra³ juàh³ artículo quia³ lou³ ra² tsø¹ quia⁴ qí³ quioh¹ amparo, juàh³ jna¹ né⁴.

JURADO
EN EL ESTADO DE
JUN RESIDENCIA
MEXICO
La³ ne³ pa² jmain⁴² jna¹, la⁴² ma³ cá⁴ juàh⁴ jna¹ ne³, ña³ giun² jna¹ ni³ quø¹ zih⁴ Santa María Ixcotel, i² jou¹ nin² cuành¹ la³.

II.- Ján⁴ ta³ zian³⁴ i² jan³ tsou³ i³ lu² li³ jmó¹ lách³ guioh^{1s} i³ chí² juàh³ jna¹ la³.

III.- Tsø² lòn³ ta² i³ chí² jmo⁴ s aih⁴ i³ ta³ tø⁴ tsø² jna¹ né⁴, jmain³ ta² i³ quia⁴ s ra³ la³.

Magistrado tsø³ cuah¹ i³ nei² Tribunal Unitario i² ti³ quiá⁴ jne⁴ circuito guioh¹ nin² Cuanh¹ la³. Zih⁴ ni² ta² guioh¹s juø⁴ jmain³ Juárez número quió² ni³ loú³ ra² tsó¹ coun³, i² jou¹ nin² cuanh¹ la³.

IV.- i³ la³ pa² jon³ chi² ñan⁴ jna¹ tsó⁴ ne⁴:

1.- Ma³ chi² ta³ tán³ jmain² i³ ma³ cá³ ñón² í cá³ cho³⁴ si³ quian⁴ número 306/2006. Si³ i³ cán³ jmøn³ jna¹ i³ cóun⁴s u² tso⁴ møn³⁴ nèn² aih⁴ i³ cán³ quih⁴ jué¹, i³ juáh³s ña¹ jna¹ ní nuø¹ lá³ tó³ i² cán⁴ tsón² jna¹ aih⁴. Láh³ tó⁴ né² la³ jon³ nèn⁴ ján⁴ ta³ ma³ can³ jáih³ jau¹ quion¹ jna¹. i³ ne³ jon³ ta³ tøn⁴ tsón² jna¹ né⁴.

Quio⁴² jna¹, i³ tsø³ cah¹ tsou³ tsó⁴, ni² juán³ lét³s jau¹ jau³⁴, i³ jon³ léh³ jna¹ jau¹ tso⁴. Ra³ la³ cán³ lön² mø² cán⁴ lo³⁴ tsó⁴ la³.

1.- ni² si³ i³ ra³ zai¹ tsó⁴ i³ tsø³ canh¹ jna¹ quia⁴ número 59/2006. Si³ jon³ ron³⁴ i² jón⁴ cuø⁴ jué¹ i¹ jma³ jñá² distrito, ai³ né⁴, i² ñø² quín³ zinh⁴ octubre 2006, cán³ quih⁴s aih⁴ i³ jña¹ jna¹ ni³ nuø¹ lá³ tó³ i² cán⁴ tsón² jna¹ aih⁴, ña² i³ tsø³ cánh¹ tsó⁴ i³ jmøn² quian⁴² jna¹ rou³. Tsó⁴ jon³ léh³ artículo 195 i³ nei² non⁴ guioh¹ Código Penal Federal.

2.- i³ con³ juáh³ i³ ta³ tøn⁴ tsó² jna¹ aih⁴ i³ cá³ quih⁴ jue¹ jon³ né⁴. i³ jon³ cán³ møn³ jna¹ i¹ cóun⁴s u² tso⁴ møn³⁴ nèn² aih⁴ jon³. quió⁴ i³ ne³ jon³ cán³ ñóunh³ si³ jon³ i² con⁴ magistrado cuá³ i³ nei² Tribunal Unitario i² ti³ quiá⁴ ne⁴. i³ jon³ cán³ tón³s número 306/2006.

3.- i² ñón² quián⁴ quín³ zinh⁴ noviembre ñøn³ 2006, cán³ mán⁴ jnan⁴s si³ jon³ i² con³ lá³ jøn³⁴ ni² al⁴ tsou⁴.

4.- Lán³ jmain² tó⁴ né² la³ jon³ né⁴, ján⁴ ta³ ma³ cán³ jainh⁴ magistrado jau¹ si³ quion¹ jna¹. Ma³ cán⁴ juø⁴² jñá² jmain² i³ møn² ton³⁴ i³ møn³ jáih⁴s jau¹, la⁴² ra³ juáh³ artículo 383 guioh¹ Código Federal de Procedimientos Penales.

V.- Ley i³ ló jmi¹ zióh¹ guioh¹ lá³ jø³⁴ nei² ley i³ tó⁴ guioh¹ ú⁴ jma³. i³ cué² ju² tso⁴ guion¹ jna¹. Ña³ ley jon³ i³ ta³ jmo⁴ tsø³ lön³ ta² láh³ cónh³ i² ló³.

Artículo quiá⁴ quio³⁴ guioh¹ ley ló³ jmi¹ zióh¹ guioh¹ lá³ jø³⁴ nei² ley i³ tó³ guioh¹ ú⁴ jma³.

Éh³ jon³ i³ ta³ ton³ tsón² jna¹ né⁴

IL DELA⁴² a⁴² ra³ juáh³ artículo quiá⁴ quio³⁴ guioh¹ ley ma³ cán⁴ èn³ jna¹ jon³ né⁴, lá³ ñøn³⁴ ni² al⁴ tsou³ møn² tø⁴² éh³ coun³ mø³ tsó² zia³s, guio⁴ tso³⁴s i² con⁴s tsø³ jøn³ ta². Ña³ tsø³ lön³ ta² nioh⁴², nóh³ má⁴ re³s tá³ juø⁴ mi³ tsó² jon³. Tó⁴ jo¹ guio¹ jna¹ né⁴, lá³ tó⁴ né² la³ pa² ján⁴ ta³ má⁴ re³ magistrado møn³ tsó² guio¹ jna¹. Guah¹ láh³ man³ cán⁴ juøh⁴² jñá² jmain² i³ ra³ cué² artículo 383 guioh¹ Código federal de Procedimientos Penales i³ møn² mó⁴ re³s. Quióh⁴ i³ ne³ pa² jon³ i³ ta³ tó⁴ tsó² jna¹ lön³.

Ló³ re³ pa² i³ chi² møn³ jna¹ la³.

Tøn⁴ jnu³ i³ møn² reh¹ i³ la³, ña² gui² jó⁴ cuóh⁴ nu³ i² cuá³ tsø³ i³ cá³ jmó³ áih⁴ i³ ta³ tø⁴ tsó² jna¹.

Quiòh⁴ la³ jø³⁴ ni² ai⁴ i³ ma³ cá⁴ juáh⁴ jna¹ ne³ né⁴, møn³ jna¹ i² con⁴ nu³ magistrado:

Guih¹ nu³ si³ la³ guio¹ jna¹; ña³ zi¹ nu³ coun³ ro³⁴ nio⁴² i² con⁴ tsø³ lón³ ta² i³ cá³ quih⁴s áih⁴ i³ ta³ tø⁴ tsó² jna¹ jon³, can³⁴ jo³ jáh⁴s u²⁺ tso⁴ guioh¹. Jan⁴² éh¹ nu³ jau¹ i² con⁴ Ministerio Público. Ña³ quín¹ nu³ tsou³ tsø³ chí² cuen⁴ jna¹ jau¹ guio¹. Ña³ juáh¹ nu³ en³ main² i³ li³ zia³ i³ záih³s Audiencia constitucional; ña³ lou⁴² nu³ jna¹ mø² tø⁴² cá³ tø³ mai² i³ møn² reh¹ nu³ si³ la³.

Cón³ ne³ pa²juành³ jna¹

l² jou¹ nin² cuành¹ i² tí³ nin² jña³, i² ña³, i² ñó² quiù³ zihh diciembre 2006

Amelia tsó¹ Castillo Galán.



**USTED QUE ES MAGISTRADO
QUE ESTÁ EN SEGUNDO TRIBUNAL
UNITARIO DEL XIII CIRCUITO DE OAXACA**

2006 DIC 29 P 2

DELEGACIÓN OAXACA

Yo me llamo Amella y me apellido Castillo Galán, soy hablante del idioma chinanteco de San Lucas Ojitlán, que pertenece a Oaxaca. También soy una persona que no está de acuerdo de lo que mencionaré aquí. En ese sentido de muy buena forma dijo:

Estoy dispuesta a recibir todo tipo de escritos, que usted me mande en la oficina de Defensoría Pública Federal, oficina que está adscrita ante el juez Octavo de Distrito; esa está en la calle Heroico Colegio Militar, 531, donde se dá la vuelta con Sabinos, colonia Reforma, aquí de esta Ciudad.



INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA
DELEGACIÓN OAXACA
JUEZ OCTAVO DE DISTRITO
EN EL ESTADO DE OAXACA

Doy mi palabra a Carlos Morales Sánchez, quien tiene el cargo que se llama Defensor Público Federal quien está registrado ante el juez Octavo de Distrito, para que trabaje como lo dice el artículo 27 de la Ley de Amparo.

Pido a usted de acuerdo a la ley que es la base de todas las leyes que corresponde a México. Ampárame, porque no estoy de acuerdo lo que hace la autoridad que más adelante le diré su cargo, también le diré lo que él hace, y que no estoy de acuerdo.

Para cumplir como lo dice el artículo 116 de la Ley de Amparo, le voy a decir:

I. Yo me llamo así como lo he dicho, también estoy en la cárcel que está en Santa María Ixcotel, Oaxaca.

II.-No hay ninguna persona que pudiera perjudicarle de lo que estoy diciendo ahora.

III.-La autoridad que está haciendo de lo que no estoy de acuerdo, su cargo se llama:

Magistrado que está en el Primer Tribunal Unitario que pertenece en el XIII, Circuito de Oaxaca. Tiene su oficina en la avenida Juárez, número 701, aquí en esta ciudad de Oaxaca.

IV.-Esto es lo que no estoy de acuerdo.

1.-Ya pasó mucho tiempo desde que llegó mis documentos que ahora lleva el número 306/2006, en donde yo pido que estudie nuevamente la resolución del juez de donde dice que debo de quedar en la cárcel, hasta que yo sea sentenciada. Hasta ahora no lo ha resuelto, eso es lo que no estoy de acuerdo, eso me afecta.

Yo sé, si alguien habla mentira es mal, por eso yo hablo la verdad, de cómo ocurrió desde que me señala como responsable de este delito. Yo le digo la verdad.

2.-En el expediente de donde está escrito el delito que se me señala, lleva el número 59/2006, ese expediente está en manos del Juez Octavo de Distrito. Él, el día 4 de octubre del 2006, resolvió que yo debo de quedarme en la cárcel hasta que sea sentenciada, por que se me responsabiliza de tener la marihuana en la casa. Marihuana que le hace daño a la gente que lo fuma. Ese delito lo habla el artículo 195, primer párrafo del Código Penal Federal.

3.-Porque no estuve de acuerdo con la resolución del juez, entonces le pedí que estudiara nuevamente esa resolución. Por eso ese expediente se fue al Magistrado que está en el Primer Tribunal Unitario del XIII, Circuito. Cuando llegó el expediente ante él lo puso el número 306/2006, Toca le llaman.

4.-El día 14 de noviembre del año 2006, se puso a la vista el expediente.

5.-Hasta ahora el magistrado no ha dado respuesta a mi petición, aunque ya pasaron los 8 días que señala el artículo 383 del Código Federal de Procedimientos Penales.

6.-La ley que es la base de todas las leyes que corresponde a México me dá la razón. También esa ley, la autoridad no la cumple como lo debe hacer.

Artículo 17 de la Ley que es la base de todas las leyes que pertenece a México.

Lo que no estoy de acuerdo.

Así dice el artículo 17 de la Ley que es la base de todas las leyes, todas las personas, cuando tenga algún problema debe ir con la autoridad. También esta autoridad debe de resolver, rápido su problema. En lo que respecta a mí, hasta ahora el magistrado no ha resuelto mi expediente, aunque ya pasaron los 8 días que permite el artículo 283, del Código Federal de Procedimientos Penales, para que resolviera, es por eso que no estoy de acuerdo.

Está bien lo que estoy pidiendo.

Le corresponde resolver este asunto, porque la autoridad que hace de lo que no estoy de acuerdo, trabaja dentro del área que usted manda.

Por todo lo que he dicho, pido a ti magistrado.

Recibe mi amparo, también manda un tanto a la autoridad que hace de lo que no estoy de acuerdo, para diga su razón, también se debe



avisar a quien se llama Ministerio Público. También acepte a quien he autorizado para que reciba las notificaciones. También diga usted cuando se va a llevar a cabo la audiencia constitucional. Además ampárame en la final para que el magistrado rápido diga si debo quedarme o ya no en la cárcel.

Es todo lo que digo.

Oaxaca de Juárez, Oaxaca, a 20 de diciembre de 2006.



Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General

Magistrado César Esquinca Muñoa

Junta Directiva

Ministro José de Jesús Duarte Cano
Doctor Ricardo Franco Guzmán
Doctor Julio Antonio Hernández Pliego
Doctor José Ovalle Favela
Licenciado Juan Velasquez

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Mario Alberto Torres López
Unidad de Defensoría Pública y Evaluación en Materia Penal

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciado Pedro Pérez Popomeya
Unidad de Supervisión y Control de Defensoría Pública y Asesoría Jurídica

Licenciada Lidia Beristáin Gómez
Unidad de Apoyo Operativo

*El diseño y la formación de este volumen
estuvieron a cargo de la Dirección General
de Comunicación Social del Consejo de la
Judicatura Federal*