

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



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 6, diciembre de 2008
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.

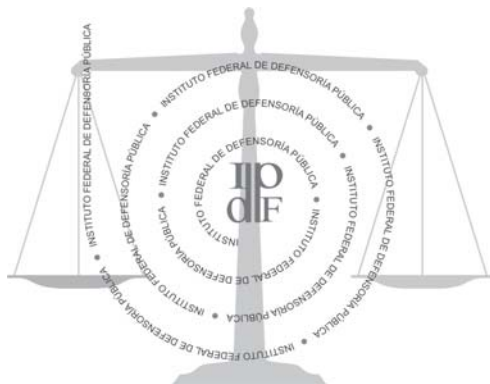
Editor responsable: César Esquinca Muñoa.

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 Sergio A. Valls Hernández La salvaguarda del orden constitucional de la República federal.....	11
Magistrado Miguel Ángel Aguilar López Debido proceso penal. Sistema acusatorio y oral y derecho de excepción (Primera parte)	21
Magistrado Alejandro Sosa Ortiz Los nuevos requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y el dictado del auto de vinculación a proceso	49

Juez José Saturnino Suero Alva

Aplicación de las penas en concurso real e ideal de delitos..... 63

Sección Segunda

PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

Lic. Jorge Humberto Álvarez Moreno

Derribando el monopolio de la acción penal.
(Un caso desde la defensoría pública federal).....75

Lic. José Guadalupe Arias Ortega

Arraigo: conforme a las reformas constitucionales del 18 de junio de 2008,
¿constitucional o inconstitucional?..... 115

Lic. Oscar Enrique Castillo Flores

Hacia un concepto legal de contribución..... 127

Lic. José Raymundo Cornejo Olvera

El uso de la argumentación jurídica en las funciones del defensor público federal 141

Lic. Norma Corona Gómez

Paralelismo entre las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del
Instituto Federal de Defensoría Pública frente a los criterios jurisprudenciales
relativos a la entrevista previa..... 161

Lic. Rafael Fernando Cruz Cruz

Causas supralegales de exculpación del delito..... 175

Lic. Sabino Cuahutle Cuatecontzi

Los conflictos de intereses como causa de impedimento del
defensor público federal y su problemática actual..... 193

Mtro. Rogelio Gerardo García Rojas

Cuando el juicio se convierte en una farsa..... 209

Lic. Francisco González Pérez

El derecho a la indemnización por arbitrariedades, como una implicación del
principio de presunción de inocencia en el proyecto de Ley Federal
de Justicia para Adolescentes..... 223

Lic. Miguel Ángel Lara Estrada

Interpretación y jurisprudencia por contradicción de tesis:
el caso de la determinación de los derechos de las partes..... 239

	<i>Página</i>
<i>Lic. Francisco Leiva Martínez</i> Justa reforma al artículo 234, último párrafo, del Código Penal Federal en cuanto a la pena de prisión.....	263
<i>Lic. Enrique Lescrenier Landa</i> Comentarios a las reformas constitucionales en materia penal.....	281
<i>Lic. Lady Yery Merino Trejo</i> Elementos de la eficacia del Derecho Indígena.....	297
<i>Lic. Ángel Fernando Mex Tepal</i> La Notificación Personal Según la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.....	315
<i>Lic. Carlos Alberto Morales Gutiérrez</i> La constitucionalidad de la Ley General para el Control del Tabaco.....	331
<i>Lic. Martín Orozco Toledo</i> Derecho Penal del enemigo.....	347
<i>Lic. Germán Ramírez Luquín</i> Inconstitucionalidad del artículo 420, fracciones IV y V, del Código Penal Federal (delitos contra el ambiente y la gestión ambiental).....	367
<i>Lic. Vladimir Axayácatl Reyes Rangel</i> La certificación de los defensores públicos federales en justicia federal para adolescentes y su aplicación práctica.....	385
<i>Lic. Edgar Rojas Álvarez</i> Flagrancia equiparada.....	401
<i>Lic. Benjamín Rubio Chávez</i> Los intérpretes de la Constitución.....	417
<i>Lic. Juan Antonio Terrazas Juárez</i> La Judicatura frente al utilitarismo. Comentarios en torno a la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativa a la despenalización del aborto en el Distrito Federal.....	435

	<i>Página</i>
<i>Lic. Delfino Arturo Velázquez Falcón</i>	
Breve comentario del allanamiento de domicilio sin orden judicial.....	451

Sección Tercera

DOCUMENTOS

Reglas de Brasilia	463
Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad	465



Página de la Dirección

Con este sexto número, que sometemos a la consideración de nuestros amables lectores, la Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública cumple **tres años** de vida fructífera, dedicada a la divulgación de temas jurídicos trascendentes que han sido abordados con maestría por los autores que nos distinguen con sus colaboraciones.

La Sección Primera contiene los siguientes estudios jurídicos: “La Salvaguarda del Orden Constitucional de la República Federal”, del Ministro Sergio A. Valls Hernández; “Debido Proceso Penal. Sistema Acusatorio y Oral y Derecho de Excepción” (primera parte), del Magistrado Miguel Ángel Aguilar López; “Los Nuevos Requisitos para el Libramiento de la Orden de Aprehesión y el Dictado del Auto de Vinculación a Proceso”, del Magistrado Alejandro Sosa Ortiz, y “Aplicación de las Penas en Concurso Real e Ideal de Delitos”, del Juez José Saturnino Suero Alva, estudios todos ellos que motivan a la reflexión.

En la Sección Segunda, se publican veintidós artículos de la autoría del personal profesional del Instituto sobre variados temas de indudable interés, con los que dan la cara a la sociedad a la que sirven con profesionalismo y eficiencia.

La Sección Tercera recoge las *REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD*, que al haber sido aprobadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo que no se opongan al derecho interno, hacen necesario

divulgarlas para propiciar su cumplimiento en beneficio de los marginados sociales, que son los destinatarios de nuestros servicios.

Concluyo esta página expresando que los ciclos se agotan, los círculos se cierran –como en la portada– y la vida continúa. Gracias a todos quienes me apoyaron en la fascinante aventura de publicar esta Revista –plural, democrática, incluyente–, para la que deseo larga presencia en el mundo de la abogacía nacional.

Magistrado César Esquinca Muñoa
Diciembre de 2008

Sección Primera
PRESENCIA DE LA JUDICATURA

La salvaguarda del orden constitucional de la República federal*

*Sergio A. Valls Hernández***

INTRODUCCIÓN

Trataré de ubicar mi exposición en el marco de las inquietudes que hoy despierta en los españoles al avanzar aún más en su exitoso proceso democrático que va acompañado al de descentralización política.

Cualquiera que sea el resultado final del debate histórico sobre el Estado español de las Autonomías, y al que no me voy a referir porque es un asunto únicamente de los ciudadanos españoles, entiendo que una de las inquietudes del desarrollo actual del "Estado español de las autonomías" es el margen de las comunidades autónomas para dictarse sus propios estatutos de Autonomía y dentro de este debate mayor, el reconocimiento en los Estatutos de Autonomía de derechos y su posible contradicción con los establecidos en la carta española e interpretados en última instancia por el Tribunal Constitucional.

Bajo este entendido presento el esquema federal mexicano en ambos temas, con algunas referencias al federalismo estadounidense que sirvió de modelo al mexicano, esperando sean ustedes quienes deriven sus propias conclusiones.

Divido mi exposición en dos partes. En la primera me refiero al origen ideológico del federalismo moderno, y en la segunda parte

* Conferencia del señor Ministro Sergio A. Valls Hernández, en la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona, España, dictada el 19 de mayo de 2008.

** Ministro Presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

analizo la forma de garantizar la regularidad del orden constitucional de la República federal mexicana.

1. EL ORIGEN IDEOLÓGICO DEL FEDERALISMO MODERNO

Los Estados políticamente descentralizados –como el federal estadounidense, argentino, brasileño o mexicano, así como el Estado de las autonomías español o el regional italiano–, tienen como denominador común un esquema de distribución de competencias. Pero la teoría política subyacente a dicho esquema de distribución de competencias suele ser diferente. Es por ello que, a diferencia del Estado español de las Autonomías o del Estado regional italiano, en el federalismo es natural que cada entidad federativa o subnacional tenga su propia constitución estatal, con un elenco propio de derechos, donde el estado o entidad local goza del poder reconocido y garantizado en la Constitución federal de adoptar y reformar su constitución sin intromisión de los poderes públicos federales –con la única condición de que no viole las disposiciones de la Constitución federal. Tal disposición desde luego contrasta con la establecida en la Constitución española que dispone que los Estatutos de Autonomía serán aprobados como leyes de las Cortes Generales, debido al origen ideológico del Estado de las Autonomías.

El origen ideológico del federalismo moderno, configurado en Filadelfia, es diferente y se remonta al federalismo de la Antigüedad. Según el gran teórico político Montesquieu, una democracia sólo podía ser organizada y mantenida en el tiempo en un Estado con una pequeña escala territorial. En ello Montesquieu venía influido por los grandes pensadores de la Antigüedad que habían advertido tal relación entre democracia y escala territorial como una de las explicaciones de las condiciones de existencia de la democracia ateniense en el siglo V. Los clásicos sugirieron en sus escritos que el ocaso de la democracia griega se debió a las pasiones imperialistas de Atenas y de Esparta que fracturaron la máxima democrática de los Estados de pequeña escala que hasta entonces habían convivido bajo una forma confederal.

Este modelo de democracias en pequeños Estados coexistentes en una confederación va a ser superado en el siglo XVIII por los norteamericanos, que se dan a la tarea en la Convención de Filadelfia de organizar un solo Estado. Pero la idea de la democracia como algo atado a la pequeña escala territorial no va a fenecer en el arreglo institucional federal. En efecto, en la Convención de Filadelfia se organiza una gran República pero compuesta de pequeñas repúblicas que se reservaban el derecho de autogobernarse.

A partir de entonces el hecho es que el federalismo se convirtió en una fórmula política para la democracia, en tecnología política adaptable a otros países. De esta suerte además de México, otros Estados Nacionales que habían sido centralizados copiaron el modelo estadounidense y decidieron descentralizarse políticamente formando una Federación.

Ahora bien, desde el siglo XVIII el federalismo ha variado no sólo en los Estados Unidos sino también en México. Pero hay rasgos que se mantienen constantes porque reflejan la esencia misma del federalismo. Entre dichos reflejos de la esencia del espíritu que anima el federalismo se encuentra el esquema de división de competencias.

Digo que la distribución de poderes es un reflejo de la esencia del federalismo porque es el medio técnico jurídico a través del cual se hace posible configurar dos esferas diferenciadas de gobierno democrático en diferentes ámbitos territoriales. Es a través de la distribución de poderes que la democracia federal combina los principios del gobierno compartido y del autogobierno. Dicho en otras palabras, el principio federal implica la creación de un gobierno compartido por las entidades que componen la República federal, y que por voluntad del pueblo tiene la encomienda de brindar el tratamiento necesario a los intereses generales de la Nación. Por su parte el autogobierno se organiza teniendo en mente los intereses particulares del pueblo organizado territorialmente en entidades federativas. Dicha combinación de principios, que la distribución de poderes hace posible, se propone dos objetivos: de una parte la democratización del orden jurídico en el mayor grado posible y, de otra parte, servir como dispositivo de control del poder.

En efecto, en primer lugar la distribución de poderes responde a la idea de que es en los estados (de pequeña escala territorial, reminiscencia del legado de la Antigüedad) donde mejor se atienden los intereses particulares. Hay una identidad más inmediata entre el representante popular y el ciudadano y un control popular más intenso. Formalmente todos los estados son iguales, pero cada uno de ellos puede desarrollarse económica, social y políticamente en forma más rápida que los demás y con matices propios debido a su contexto histórico singular. Al respecto afirma Hans Kelsen:

*"La descentralización permite una aproximación mayor a la idea de la democracia que la centralización. Esta idea es el principio de autodeterminación. La democracia exige la máxima conformidad entre la voluntad general expresada en el orden jurídico y la de los individuos sujetos a este orden; de aquí que el orden jurídico sea creado, de acuerdo con el principio mayoritario, por los mismos individuos sometidos a dicho orden. La coincidencia del orden con la voluntad de la mayoría es la meta de la organización democrática. Pero las normas centrales del orden, válidas para la totalidad del territorio, pueden fácilmente entrar en contradicción con la voluntad mayoritaria de un grupo residente en un territorio parcial (...). La mayoría de toda la nación puede ser socialista o católica, y la de una o más provincias liberal o protestante. A fin de atenuar la posible contradicción entre el contenido del orden jurídico y la voluntad de los individuos sujetos a éste, y de acercarse en la mayor medida posible a la idea de la democracia, puede ser necesario, en ciertas circunstancias, que determinadas normas del orden jurídico sólo sean válidas para ciertos territorios parciales, y que tales normas solo sean creadas por el voto mayoritario de los individuos que viven en esos territorios"*¹.

Ahora bien, en el esquema de la división territorial de poderes del Estado federal no sólo subyace una idea de cercanía al ciudadano, también la de una doble defensa de los derechos fundamentales.

¹ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado* (5ª. reimpr. traducción de Eduardo García Máynez). México, UNAM, 1995; p. 371.

Éste es el segundo objetivo del federalismo que quizá no se encuentra en el esquema autonómico español –dejo esta valoración para ustedes– por la razones teóricas que a continuación daré, y que se expresan en la total autonomía de los estados para otorgarse y reformar sus constituciones. Decía James Madison:

*"En una república unitaria, todo el poder cedido por el pueblo se coloca bajo la administración de un solo gobierno; y se evitan las usurpaciones dividiendo a ese gobierno en departamentos separados y diferentes. En la compleja república federal, el poder del que se desprende el pueblo se divide primeramente entre dos gobiernos distintos, y luego la porción que corresponde a cada uno se subdivide entre departamentos diferentes y separados. De aquí surge una doble seguridad para los derechos del pueblo. Los diferentes gobiernos se tendrán a raya unos a otros, al propio tiempo que cada uno se regulará por sí mismo"*².

Glosando a los ingenieros constitucionales de Filadelfia Karl Loewenstein definió muy bien la Constitución federal como un dispositivo múltiple de control del poder. Apuntó el profesor alemán que la Constitución federal es un dispositivo doble de control del poder porque divide el poder horizontalmente –entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial– y verticalmente entre el gobierno nacional y los gobiernos de los estados³.

Para que el sistema de controles políticos múltiple funcione es necesario que se distribuyan las competencias verticalmente. Bajo este esquema de control vertical del poder todos los gobiernos que coexisten en la República federal –el nacional y los de todos los estados– son sujetos controladores y controlados simultáneamente. Y como una necesidad lógica del sistema de control se impone necesariamente que los sujetos controlados no puedan fijar y modificar sus competencias ni las de sus controladores, y por ello se escriben en un texto indisponible para los poderes constituidos: la Constitución federal. En ésta se establece que los estados gozan del poder de

² MADISON, *El Federalista*, LI (reimpr.). México, Fondo de Cultura Económica, 2000; pp. 221-222.

³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución* (traducción de Alfredo Gallego Anabitarte). Barcelona, Ariel, 1987; pp. 221-248.

otorgarse y reformar sus propias constituciones sin intromisión de los poderes federales.

Cabe señalar en este orden de ideas que en México los estados tienen instrumentos procesales para defender su ámbito de autogobierno, sus potestades reservadas: procedimientos de acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, y juicio de amparo.

Para finalizar este primer apartado de mi exposición adelanto una conclusión: por las razones teóricas de las que hablé –legadas por la teoría de las pequeñas repúblicas de Montesquieu– el federalismo tanto en Estados Unidos como en Argentina o en México, es, en los hechos, asimétrico, pero no lo es formalmente: no existe una asimetría constitucionalmente reconocida sino se parte de que formalmente todos los estados federados son iguales; tanto así que tienen igual representación en la cámara territorial –el Senado– a pesar de las grandes diferencias en cuanto a peso poblacional o de riqueza de cada entidad subnacional.

La asimetría de hecho, sin embargo, subsiste, es inevitable en la medida en que unos estados tienen mejores niveles de desarrollo económico y político, y voluntad de autogobierno. Por ejemplo en los Estados Unidos no es igual el estado de Nueva York o California al de Alabama o Mississippi, ni en México es igual el pujante estado de Nuevo León que el pequeño estado de Colima: estas diferencias de pujanza económica y capacidad política y administrativa se reflejan también en las potestades que ejercen en beneficio del bien común de sus respectivos pueblos. Cada estado federado adopta en su constitución y leyes estatales las competencias que va a ejercer, con la única condición de que tales competencias no hayan sido asignadas a los poderes federales o estén prohibidas a los estados. De esta suerte es el proceso político de cada estado el que termina por definir el elenco de competencias estatales.

Procedo ahora a desarrollar el apartado que le da título a mi conferencia.

2. LA SALVAGUARDA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL MEXICANA

Para garantizar su supremacía como reguladora del sistema político, la Constitución federal mexicana prevé dos tipos de defensa constitucional, que son complementarios entre sí. En primer lugar establece una defensa extraordinaria de la Constitución mediante instrumentos dirigidos a hacer frente a situaciones extraordinarias que buscan expresamente la fractura del orden constitucional, como los golpes de Estado o las agresiones militares de potencias extranjeras. En segundo lugar la Constitución establece una defensa ordinaria de sí misma, mediante instrumentos idóneos para protegerse ante los embates del día a día, ante situaciones ordinarias que con ánimo expreso o sin él implican la fractura de las disposiciones constitucionales perpetradas por los poderes públicos o por los propios particulares.

Así tenemos que la Constitución federal mexicana establece instrumentos extraordinarios de defensa constitucional, entre otros, la suspensión de garantías y el otorgamiento de poderes excepcionales en el Presidente delegados por el Congreso. Al lado del aludido instrumento para la defensa extraordinaria de la Constitución, ésta integra los instrumentos para defender su supremacía de los ataques cotidianos deliberados o no deliberados que sobre sus disposiciones realicen los poderes públicos o los ciudadanos, instrumentos que identificamos bajo el concepto genérico de "control constitucional".

La Constitución federal dispone que los instrumentos de control constitucional son de dos tipos según el tipo de órgano y proceso al que se le encomiende la tarea de vindicar la regularidad constitucional. Uno es el control constitucional por órgano y proceso político. En ellos se encuentra, entre otros, la figura del veto que provee el esquema de separación de poderes del sistema presidencial, en el cual el Presidente se puede oponer a actos legislativos del Congreso que estime inconstitucionales.

El otro tipo de instrumento de control constitucional es el proveído por órgano y proceso jurisdiccional, al que llamamos "justicia

constitucional". La justicia constitucional es el conjunto de instrumentos jurisdiccionales cuyo propósito es expulsar del orden jurídico toda norma que sea contraria a la Constitución. Los instrumentos de justicia constitucional reconocidos en nuestra Constitución federal son el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

Pasemos ahora a revisar el esquema de defensa de las constituciones estatales. Comencemos con una tautología: las constituciones estatales son constituciones. En tanto que constituciones y, por ello, en tanto que normas jurídicas que buscan su efectivo cumplimiento, deben de proveer su propio esquema de defensa de su constitución. Pero estas constituciones están integradas dentro del marco de una Constitución federal que provee las coordenadas generales del orden político de los estados, y por ello su esquema de defensa varía del esquema general descrito líneas arriba, es decir, del esquema de defensa de la Constitución federal.

Al igual que la Constitución federal, las constituciones de los estados pueden sufrir atentados directos y frontales a los que hemos calificado como extraordinarios, que pueden ser "sublevaciones o trastornos interiores" (Art. 119, Constitución federal). Pero las constituciones de los estados mexicanos no proveen instrumentos locales para la defensa extraordinaria de la constitución local. En casos de crisis severas que desbordan la regularidad constitucional proporcionada por el proceso político democrático local y por la justicia constitucional local, la defensa extraordinaria de las constituciones de los estados se atribuye a los poderes federales a través de la potestad de intervención reconstructiva o ejecutiva.

Esta potestad le confiere a los órganos del gobierno federal, y particularmente al Congreso y al Presidente, la facultad de intervenir en un estado para reestablecer el orden constitucional cuando – por violaciones graves y sistemáticas a la Constitución federal– se ha violado irremediablemente también la constitución federal.

Por otra parte los instrumentos para la defensa ordinaria de las constituciones estatales deben estar en las propias constituciones

estatales. La soberanía de los estados no puede ser arbitrariamente ejercida por los poderes públicos, y de ahí que la norma suprema federal asume que los estados provean su propio esquema de control constitucional local ordinario como parte del sistema para la protección del orden constitucional de la República federal.

Los estados interpretan sus propias constituciones y por tanto su elenco de derechos. El parámetro de la justicia constitucional local parte de la lista de derechos fundamentales establecidos en las propias constituciones de los estados –que necesariamente toman como referencia los de la Constitución federal y los reconocidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. La regla es que las constituciones estatales pueden (1) tener más derechos que los reconocidos en la Constitución federal, esto es, pueden reconocer derechos que no existen en la Constitución federal; o (2) pueden interpretar localmente más generosamente los derechos homólogos establecidos tanto en la Constitución nacional como en la estatal.

Teóricamente y bajo una interpretación sistemática de la Constitución federal de Querétaro, no hay razón para que los estados no asuman sus propios instrumentos de control y de acción de inconstitucionalidad y de esta manera participen de forma indirecta en la protección de la Constitución federal. Cuando una ley de un estado se impugna mediante una acción de inconstitucionalidad local por violar un derecho fundamental de la Constitución estatal que cuenta con un derecho homólogo en la Constitución federal, el Tribunal Superior de Justicia de ese Estado debe seguir la interpretación que la Corte haya hecho de ese derecho. A este tipo de interpretación es a lo que he llamado, siguiendo a la doctrina estadounidense, "interpretación constitucional estatal bloqueada".

La misma regla se puede aplicar para los juicios locales de amparo. Cuando se impugne ante el Tribunal Superior de Justicia de un estado concreto un acto de autoridad por ser contrario a un derecho fundamental de la constitución de dicho estado, el Tribunal Superior de Justicia puede resolver en forma definitiva siguiendo la

interpretación que la Corte haya hecho del mismo derecho reconocido en la Constitución federal.

Para el caso mexicano creo infundado el temor que algunos expresan a que la participación de los jueces locales pueda llegar a afectar la uniformidad de la interpretación de los derechos fundamentales de la Carta federal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación puede definir el "contenido o núcleo esencial de los derechos" e imponer por conducto de los tribunales federales esta interpretación a los jueces locales por efecto de la cláusula de supremacía establecida en el artículo 133 de la Constitución.

La uniformidad es compatible con la diversidad en el Estado federal. El margen de apreciación de los derechos de las constituciones estatales es amplio cuando no existe derecho homólogo federal; y debe ser mayor pero sujeto a la supervisión de la Suprema Corte de Justicia, con respecto a la interpretación de los derechos homólogos cuando se trate de una impugnación por violación de un derecho basada en una competencia reservada de los estados, por ejemplo el derecho de propiedad con respecto a la competencia de planeación urbana que es materia local, o –cuestión que actualmente se debate en México– el derecho a la salud en la interrupción del embarazo; el profesor norteamericano Seth Kreymer señala que los estados gozan, al interpretar sus derechos, de una "soberanía moral" que se manifiesta en los casos límite. En realidad en el Estado federal existe un consenso sobre la interpretación de los derechos –que se encuentra inscrito en las sentencias del máximo tribunal constitucional–, por lo que estas interpretaciones no difieren de estado a estado, y sólo es en los casos límite –cuando la propia Suprema Corte no se ha expresado– que se manifiestan las diferencias.

Espero que estas reflexiones despierten algunas inquietudes aquí en Cataluña, comunidad autónoma que ha sido vanguardista en cuanto a la interpretación local de derechos.

Debido proceso penal. Sistema acusatorio y oral y derecho de excepción. (Primera parte)

Miguel Ángel Aguilar López*

Sumario: I. Presentación. II. Introducción. III. Planteamiento del problema. IV. Sistemas de justicia penal. IV.1. Implicaciones filosófico-jurídicas. IV.2. El proceso penal como sistema de garantías. V. La reforma al sistema penal mexicano. V. 1. Esquema normativo.

I. PRESENTACIÓN

Del doce al dieciséis de noviembre de dos mil siete, se llevó a cabo en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, el Curso de Formación Judicial Especializada "*Los retos del Proceso Penal Acusatorio en la era de la globalización*", en el cual participé con apoyo del Consejo de la Judicatura Federal. Los temas abordados resultaron de gran interés, no sólo por la metodología de análisis, sustentada en casos concretos del conocimiento de los impartidores de justicia en la actividad cotidiana, sino porque destacaron la trascendencia que las decisiones judiciales tienen, mismas que deben pugnar por salvaguardar los principios del proceso penal acusatorio.

Paralelamente, en México vivimos un proceso de transformación en materia penal, a virtud de lo cual, el Congreso de la Unión, en marzo del año en curso, reformó los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Federal. Conforme a ello, se introduce el

* Magistrado del Sexto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito. Con la colaboración de las Secretarías de Tribunal Colegiado entonces adscritas a su ponencia, Elizabeth Franco Cervantes y Araceli Trinidad Delgado.

sistema acusatorio, la oralidad en el proceso penal y se regula el derecho de excepción para la delincuencia organizada. Además, se busca atender los retos impuestos por la delincuencia en la actualidad.

Ambas cuestiones, curso y proceso de reforma, me suscitaron diversas reflexiones, que se enriquecieron con mi participación en el "Foro Nacional de Juzgadores Federales sobre la discusión de la reforma al Poder Judicial en el Estado Mexicano", el cual tuvo verificativo el trece y catorce de marzo de este año, en Mazatlán, Sinaloa. Las ideas hasta ahora surgidas las presento en las líneas siguientes, en espera de que puedan orientar la investigación jurídica y la práctica jurisdiccional, ante los problemas novedosos que nos plantea esta era de globalización.

II. INTRODUCCIÓN

En un Estado democrático de Derecho, la concepción que impera es que el Estado, como creación del hombre, debe servirlo a él, como fin en sí mismo y no para subyugarlo; por ello, la función consistente en el *ius puniendi*, tiene ciertos límites en atención al respeto de los derechos humanos que son su contenido, mediante un orden jurídico funcional que permita un equilibrio con la facultad de castigar.

En este contexto, las garantías individuales, cuyo origen se remonta a la época conocida como la Ilustración, reconocidas formalmente en la célebre "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789, son la autodelimitación más clara a la soberanía del Estado, al reconocer para los gobernados un mínimo de derechos en un contexto de seguridad jurídica y, por ende, provocar la obligación estatal de respetar y garantizar esos derechos fundamentales que consagra la Constitución Federal, que constituyen verdaderos derechos públicos subjetivos, ya que el individuo está facultado y cuenta con instrumentos jurídicos para exigir el cumplimiento de los mismos (en México, a través del Juicio de Amparo).

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que las garantías individuales constituyen medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que todo ser humano debe tener para

el desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público.

La preocupación es garantizar la libertad de las personas sujetas a un proceso penal en un medio en que se logre equilibrio entre la defensa social contra la delincuencia, para acceder a los fines supremos del Derecho, justicia y seguridad jurídica. La estructuración del proceso penal es determinante para darle connotación a un Estado de Derecho o bien, para evidenciar un Estado totalitario, si aceptamos que constituye un presupuesto indispensable para la imposición de penas y medidas de seguridad; pero sobretodo, para implementar un sistema de principios jurídico-penales que permitan el respeto a los derechos fundamentales de quienes se ven sometidos a una acusación de carácter penal, sin que con ello se deje de cumplir el orden jurídico, en un contexto garantista de exacta aplicación de la ley, debido proceso, mínima intervención, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, *non reformatio in peius*, litis cerrada, no autoincriminación, *non bis in idem* e irretroactividad de la ley.

La tendencia globalizadora no se ha limitado a la expansión de los mercados y de las empresas, en busca de alcanzar una dimensión mundial. La Sociedad de la Información¹ es una de las expresiones de la globalización contemporánea. También la delincuencia organizada ha sobrepasado las fronteras nacionales.

La adopción de una forma transnacional de delincuencia ha impuesto a los Estados la necesidad de replantear los sistemas de justicia penal. La clave del éxito del sistema penal adoptado por un país, está en la respuesta en que el Estado dé a estas nuevas manifestaciones de delincuencia y al fenómeno de creciente aumento de la violencia en algunas sociedades latinoamericanas, como en México.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las últimas décadas los países latinoamericanos se han visto inmersos en reformas de los sistemas procesales de justicia penal, las cuales tienden a abandonar sistemas inquisitivos o mixtos por mo-

¹ TREJO DELARBRE, Raúl, "Vivir en la Sociedad de la Información. Orden global y dimensiones locales en el universo digital". En www.etcetera.com.mx/LIBRO/ALFROMBRA.HTM

delos del sistema acusatorio; sin embargo, mantienen diferencias en sus regulaciones, aun cuando existen principios uniformes, como la libertad de ofrecer y desahogar pruebas mediante la utilización de cualquier medio, siempre que no se obtengan ilícitamente.

En la XIV Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada del cuatro al seis de marzo del año en curso, en la ciudad de Brasilia, Brasil, se planteó como tema destacado la oralidad en el proceso penal, con el apoyo coordinado de la mayor parte del sector social, (abogados, jueces, fiscales y defensores), mediante la instauración de reglas mínimas que desarrollen proyectos relativos al sector de justicia entre poderes judiciales europeos e iberoamericanos, como respuesta al fortalecimiento del poder judicial y, por consiguiente, del sistema acusatorio; sin embargo, como señaló Luis Paulino Mora, Presidente de la Corte Suprema de Costa Rica: "para ello, es necesario una metamorfosis", la cual, estimo, debe ser de carácter cultural.

Entre los temas relacionados con las reformas procesales penales, en la Cumbre se analizó la introducción de la oralidad en los procedimientos, a fin de retroalimentarse de avances y prácticas judiciales en la materia, con el respeto y observancia a los derechos humanos, a partir del imperio de la ley. Asimismo, se establecieron posibles fórmulas para fortalecer la capacitación de los jueces² y magistrados iberoamericanos en la función jurisdiccional, en el entendido de que la calidad de la justicia se construye a partir de la calidad de la capacitación de quienes la imparten; el eje temático es el rol del juez dentro de la sociedad, por encima de las particularidades de las diferentes regiones participantes. Al final, se coincidió que la oralidad en los procesos es parte fundamental de la transparencia de los procesos, como factor de confianza en la actividad jurisdiccional, a virtud de que la ciudadanía está deseosa de confirmar que esa labor tiene una aplicación objetiva, serena y ponderada de la

² Es tiempo de desterrar la patética concepción que permea en la sociedad, de estimar que el juez es una figura ausente, inaccesible, que no escucha a nadie, que el proceso es incomprensible para la víctima y el ofendido, y en su caso, que el juez resuelve a oscuras y en secreto, sin que motive su decisión.

ley, por parte de los juzgadores que adquieran de forma pública, oral y concentrada la convicción para emitir la decisión final.³

Ello evidencia que quienes consideramos pertenecer a Estados democráticos nos encontramos ante un reto común: mantener el equilibrio entre el respeto de los derechos de los individuos y un sistema penal eficaz. Un reto que está siendo atendido a través de reformas de los sistemas procesales de justicia penal, como el que se sigue en México.

No obstante, es imperioso cuidar que la reforma no se convierta en un medio para perseguir y condenar los clásicos delitos patrimoniales individuales, cometidos mayoritariamente por personas pertenecientes a sectores excluidos social y económicamente, sino que se convierta en un instrumento útil para dar respuesta al reclamo social (mantener el equilibrio entre el respeto de los derechos de los individuos y la eficacia del sistema penal).

El problema se ve inmerso en el entorno cultural en el que se presenta el proceso de reforma; no debe olvidarse que en la formulación del sistema penal el tiempo marca su huella y muestra que existe una correspondencia entre el modelo procesal adoptado en un momento histórico y los componentes de la organización del Estado.

En mi opinión, el proceso de reformas tiene implicaciones filosóficas, sociológicas y jurídicas, desde las cuales el Estado de Derecho debe responder al problema de globalización delincencial. ¿Cómo asume ese reto el Estado garantista?

No puede ser sino a través de un cambio ideológico en el que se pondere la cultura de la verdad, lo cual implica una transformación en nuestro proceso penal de todos los que concurren en él y sustancialmente la unificación de normas jurídicas que destaquen la aplicación de las garantías procesales. Sin soslayar que debe acotarse el Derecho Penal de Emergencia o el Derecho Procesal Penal de Emergencia, el que también emerge en la reforma procesal penal constitucional para combatir eficazmente a la delincuencia organizada.

El proceso penal es la forma que el Estado ejerce su legitimación democrática, funge como un parámetro de medición de los

³ Revista *Cumbre Judicial Iberoamericana*, número 3-Segundo Trimestre de 2008.

Estados autoritarios o constitucionales⁴; por ello debe percibirse como un verdadero sistema de garantías frente a la actuación punitiva del Estado, donde el juzgador es un garante; esta es la historia del proceso penal, la eterna lucha entre un sistema de control criminal (con detrimento de dichas garantías), con un derecho de excepción donde lo medular es la supresión del delito, el valor del orden y el llamado debido proceso legal, en donde el respeto a la dignidad y libertad humana es el motor, el sujeto imputado se presume inocente, lo cual debe permanecer durante todas las fases del proceso.

La parte toral de la transición a un verdadero sistema acusatorio, radica en el sistema probatorio, porque determina los niveles de efectividad de un proceso penal, la presunción de inocencia como regla de tratamiento y de norma probatoria, la exclusión de pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales y la motivación de la imposición de sanciones mediante una sentencia justificada en un sistema de valoración libre, que incluya principios de la lógica y la experiencia. Establecer como requisito que el juez al realizar la valoración de la prueba motive el procedimiento intelectual que realizó, exteriorice las razones que condujeron a la formación de su convencimiento, de manera libre y lógica, constituyen cánones de la configuración del debido proceso penal.

Adicionalmente, es necesario que se adopten instrumentos útiles para combatir la corrupción político-estructural, de lo contrario, todo el proceso de reforma entrará en una profunda situación de crisis, difícil de superar; ello, empero es la tarea más ardua en la transformación del proceso penal, el cambio en los valores y principios culturales de quienes intervienen en el sistema de justicia penal, no sólo de jueces, fiscales, defensores o legisladores, sino de una sociedad dispuesta a abolir las cadenas de incultura contra el Derecho, en general y en especial del proceso penal. Sin lugar a dudas, no quedan excluidas las universidades, formadoras de los profesionistas que contribuyen en la ciencia y tecnología al desarrollo de las sociedades, por lo que es necesario que conformen ver-

⁴ GOLDSCHMIDT, J. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires, Ejea, 1961.

daderos operadores, no tan solo científicos, sino hombres con valores, capaces de conformar el resto de la metamorfosis cultural.

IV. SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL

Un estudio somero de los sistemas procesales penales adoptados en la historia⁵ nos revela que originariamente la agresión sufrida era reprimida por el propio perjudicado, quien estaba legitimado para dar respuesta a la agresión y tenía, por tanto, un derecho subjetivo a repelerla. Conforme se ha evolucionado en el modelo de convivencia social, el hombre abandonó la venganza personal para transmitirla al Estado; éste institucionalizó y creó un sistema penal para el enjuiciamiento de las conductas estimadas antisociales. De esta forma, el Estado crea, diseña y organiza el procedimiento penal.

La sociedad interviene a través de sus representantes y restringe el poder del Estado mediante la articulación de los principios básicos del sistema penal: legalidad sustantiva y legalidad procesal. Por el primero, sólo pueden ser consideradas delictivas aquellas conductas que, previamente, de forma escrita y descriptiva, sean determinadas como delitos. Por el segundo, sólo podrá actuar el sistema penal en la forma y con las garantías establecidas en las leyes procesales, tanto constitucionales como secundarias.

La dualidad inquisitivo-acusatorio ha informado los distintos sistemas procesales⁶; el estudio de sus principios permite encuadrar sus implicaciones filosófico-jurídicas.

⁵ En la doctrina procesalista se ha hecho eco de la correspondencia entre el sistema procesal adoptado en un momento histórico y los componentes políticos de la organización del Estado, al afirmar que: "los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general".

⁶ Algunos autores sostienen que el concepto "proceso inquisitivo" es una "contradictio in terminis" porque el sistema inquisitivo no es un proceso sino la aplicación del derecho penal a través de un mero procedimiento administrativo; y otros mantienen que el concepto "proceso acusatorio" es en realidad un pleonismo, pues el calificativo "acusatorio" nada nuevo añade a la palabra "proceso" a la hora de identificar el sistema de aplicación del derecho penal. Por ello, los tratadistas norteamericanos no estudian ni el proceso, ni el sistema, ni el principio acusatorio, sino que lo dan por supuesto entendiéndolo integrado en el concepto de "proceso debido" (Due Process of Law). Del mismo modo, en el Código Penal Modelo para Iberoamérica y en el Código Federal de Procedimientos Penales en México, no se hace referencia alguna a los términos "inquisitivo" o "acusatorio", ni como principios, ni como sistemas, ni como procesos.

IV.1. IMPLICACIONES FILOSÓFICO-JURÍDICAS

El sistema inquisitorial⁷ es el proceso judicial característico de un Estado totalitario, cuyo principal rasgo consiste en la aplicación del principio inquisitivo (o *de oficiosidad*), en contraposición al *principio contradictorio* (también conocido como *acusatorio* o *dispositivo*).

Un modelo procesal inquisitivo⁸ responde a una concepción autoritaria y antidemocrática, pues socava los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho. En estos modelos procesales, la arbitrariedad y el autoritarismo se acaban enquistando en las propias estructuras del Estado, por lo que el proceso penal pierde su condición de regulador para convertirse en un instrumento de opresión.

El sistema acusatorio, por su parte se caracteriza porque necesariamente ha de existir una parte acusadora que ejerza la pretensión punitiva, distinta del órgano jurisdiccional, ya que al juez le está vedada su conversión en acusador, para asegurar su necesaria imparcialidad. Además, impone que éste último no pueda sobrepasar el objeto del proceso y condene por hechos distintos de los que fueron

⁷ Frente al proceso penal acusatorio, de carácter ordinario, oral, público y probatorio (es decir, fundamentado en una *probatio*), el proceso inquisitorial se establecía como especial (*specialis*), escrito, secreto e indiciario (basado en la sospecha, o *suspicio*). Según tales premisas, el proceso quedaba fuera del conocimiento y escrutinio público, realizándose, según las instrucciones dadas en su momento, *sine strepitu* (sin hacerse notar). Así mismo, el proceso inquisitorial es arbitrario: es decir, el juez puede determinar la pena sin sujetarse a ninguna ley que lo limite, frente al legalismo propio del derecho común.

⁸ Caracterizado por:

- a) Acción penal: el juez puede proceder (juzgar) de oficio sin esperar la reclamación de un acusador, por lo que no puede hablarse del ejercicio de la acción penal como presupuesto del juicio y de la condena.
- b) Partes: no hay una parte que acusa y otra que es acusada en posición contrapuesta con derecho de contradicción y de igualdad procesal, sino que el juez inquisidor, a veces auxiliado por otros acusadores, es el mismo que acusa frente a un imputado que carece de los elementales derechos de defensa.
- c) Imparcialidad: el mismo que acusa (el juez inquisidor) es el que decide la práctica o no de las pruebas y el que sentencia, por lo que no puede reputarse como tercero imparcial.
- d) Procedimiento: los principios de escritura y secreto dominan el procedimiento, al menos en su fase inicial.
- e) Prueba: valoración legal o tasada de la prueba, incluso de la documentada en fase instructora; y
- f) Congruencia: la decisión judicial no necesita motivarse ni someterse a los límites de la congruencia y de la correlación entre lo pedido y lo otorgado.

objeto de la acusación, o a persona distinta del acusado, aunado a la prohibición de *non reformatio in peius*.⁹

La implantación del principio de legalidad penal y procesal, es el baluarte del Estado de Derecho. Con ello se intentó abolir el antiguo régimen a partir de la Revolución Francesa con su estandar-te de que la ley es voluntad general y en esa tesitura la frase de Feuerbach "*nullum crimen sine lege*".

El papel del juzgador, contrario al sistema inquisitivo, es asumir un rol neutral, a fin de garantizar su imparcialidad, el impulso procesal corresponde a las partes, quienes definen la estrategia probatoria; la parte acusadora tiene la carga probatoria en el proceso penal, sin que sea dable revertir la misma, ya que el acusado está amparado por la garantía de presunción de inocencia; por ende, la actuación del juez, director del debate, adquiere su majestuosidad al valorar las pruebas del sumario, de manera libre, bajo los principios de la lógica y máxima experiencia, sustancialmente de aquél material probatorio que percibió directamente.

Una de las características del sistema acusatorio es la de considerar al inculcado como sujeto del proceso penal y no como objeto. El deseo intelectual de que todos los países democráticos tengan un proceso penal si no idéntico al menos similar, sometidos a los mismos principios, es una necesidad acuciante puesto que la delincuencia internacional obliga a una respuesta penal unificada.

De los temas de la conveniencia de contar con un sistema acusatorio, es la implementación del sistema de libre valoración probatoria, el cual nace como reacción al sistema tasado o legal, sin convertirse en un sistema de íntima convicción, donde la valoración de la prueba atiende exclusivamente a la convicción fáctica del juez y desvinculada del material probatorio; lo cual conlleva a un vacío de racionalidad y de ausencia de motivación en las resoluciones judiciales; por el contrario, el sistema de libre valoración de

⁹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. "Oralidad, justicia alternativa y el Ministerio Fiscal Español, dentro de las ponencias en "Curso de Formación Especializada 'Los retos del proceso penal acusatorio en la era de la globalización'", celebrada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 12 al 16 de noviembre de 2007.

pruebas, debe ser entendido como verificación o refutación empírica de las hipótesis acusatorias mediante la utilización de las reglas de la lógica, de la razón, de las máximas de la experiencia, que en proceso penal debe imprimir un juicio probabilístico suficiente del material probatorio, para alejarse de la duda razonable, por ello la culpabilidad debe quedar probada más allá de dicho estado de dubitación.

Por medio de este sistema probatorio, se posibilita al juzgador forme libremente su convicción valorando la prueba sin encorsetamientos previos, sin reglas impuestas sobre qué valor concreto atribuir a cada medio de prueba utilizado; en tanto que, la presunción de inocencia, como regla probatoria, impone a la parte acusadora la carga de probar la culpabilidad del acusado; ello obliga a desplegar durante el proceso un esfuerzo probatorio suficiente de cargo encaminado a acreditar dicha culpabilidad o a establecer que la presunción interina de inocencia de la que goza todo inculcado en un proceso penal ha quedado incólume.

Por ello, una de las críticas más severas al sistema procesal penal actual en México, radica en que contamos con un sistema mixto con una inclinación inquisitiva.

En un sistema acusatorio las funciones de acusar y juzgar quedan claramente separadas. Además, hay un juez de control de garantías el cual vigila que durante la etapa de investigación por el Ministerio Público se respeten los derechos fundamentales de víctimas y acusados; también resuelve sobre la admisibilidad de la acusación o su rechazo y establece las medidas cautelares procedentes. Finalmente, un tribunal o juzgado distinto evalúa en igualdad de circunstancias las pruebas ofrecidas en audiencia pública u oral; la oralidad tiene como función, que las partes verifiquen la autenticidad de las probanzas, que controlen su formulación y desahogo, que el juzgador esté presente desde el inicio hasta el final del proceso, lo que permite un mejor ejercicio y respeto de las garantías constitucionales, por lo que ni el juez tiene función de investigación, ni el Ministerio Público juzga apriorísticamente.

La práctica del proceso penal mexicano, es evidentemente di-

ferente, se permite a pesar de la separación constitucional de las funciones del Ministerio Público y del Juez, conforme al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, una creciente participación del Representante Social en funciones eminentemente judiciales, tan es así que el valor probatorio de las diligencias de averiguación, conforme lo señala el legislador, siempre que se integren de acuerdo a la ley, tendrán valor probatorio pleno; afirmación que se encuentra acreditada en la practica judicial, aún cuando no se diga en las resoluciones jurisdiccionales, las pruebas desahogadas en la averiguación previa tienen más valor que cualquier prueba presentada por el acusado, lo que trae como consecuencia que el Ministerio Público determine la inocencia o culpabilidad de una persona, con base en la fuerza legal y la costumbre judicial, sobre todo que de acuerdo al principio de inmediatez, el que determina que las pruebas recabadas por el órgano acusador con más proximidad a los hechos delictivos, tienen mayor valor probatorio que las pruebas recabadas con posterioridad aún cuando éstas resulten en un sentido contrario a las primeras¹⁰.

Por ello, en los actuales sistemas democráticos únicamente merece el calificativo de debido proceso penal¹¹ aquél en el que se respetan las garantías procesales y los derechos y las libertades de los ciudadanos, esto es, aquél que cumple con las exigencias derivadas del principio del proceso debido. Cuando en el ejercicio del *ius puniendi* no se cumplen esas exigencias, no estamos en realidad ante

¹⁰ "La combinación de la 'prueba tasada' y el principio de inmediatez puede ser una explicación poderosa de porqué el Ministerio Público en México tiende a no presentar mayores pruebas después de la parte inicial del proceso. El Ministerio Público sabe que es muy posible que sus pruebas presentadas por escrito durante la averiguación previa constituyan en sí un elemento valorativo para el juez que será difícilmente superado por la defensa que oponga el acusado", véase CARBONELL, Miguel y Enrique Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, Porrúa, México, 2008.

¹¹ La concepción clásica del proceso penal lo configura como el único instrumento que los Estados tienen para poder ejercer su *ius puniendi*, condenando e imponiendo una pena a los culpables de hechos delictivos. La pena solamente puede ser impuesta por el Estado en el marco de un proceso penal previo. Es lo que la doctrina procesal denomina instrumentalidad del proceso penal. Esta concepción clásica debe ser superada pues ofrece una visión reduccionista, parcial y fragmentaria del proceso penal. En una concepción moderna, el proceso penal es también un medio de legitimación democrática, esto es, un ejercicio de legitimidad democrática.

un proceso penal, sino ante un acto de autoritarismo, de significación profundamente antidemocrática, lo que se evidencia ante una manifestación de arbitrariedad de los poderes públicos.

La implantación del Estado de Derecho lleva consigo entre otras premisas el principio de legalidad¹².

En el proceso penal moderno se distingue entre el modelo de control social del delito (*crime control model*) y el modelo del debido proceso (*due process model*), caracterizándose el primero por la presunción de culpabilidad del mero sospechoso y por considerar los derechos procesales un mal necesario; y, el segundo, por la presunción de inocencia del imputado y por estimar los derechos de éste, consustanciales al mismo derecho procesal y, por tanto, irrenunciables por el Estado y por el ciudadano.

A este respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, en forma destacada, ha interpretado los preceptos constitucionales en materia penal y establecido que contienen los principios o garantías de presunción de inocencia, no autoincriminación, defensa adecuada, debido proceso, audiencia, legalidad, celeridad procesal, principio acusatorio e independencia judicial.

¹² Sin perjuicio de los antecedentes más o menos lejanos –la Carta Magna de Juan Sin Tierra y la "Constitutio Criminalis Carolingia" germánica– la formulación doctrinal de este principio en el sentido moderno que hoy se le atribuye es del S. XVIII, atribuyéndose a Cesare BECCARIA, en su tratado *De los delitos y las penas* y a Feuerbach, quien lo formuló en los conocidos términos latinos "nullum crimen, nula poena sine lege". Con ello se trató de contrarrestar el "ius incertum", la incerteza y la inseguridad que dominaba el derecho penal del Antiguo Régimen. A partir de la Revolución Francesa, es firme la convicción de que la ley expresa la voluntad general y que el sometimiento a ella de los poderes ejecutivo y judicial era el necesario instrumento para evitar las arbitrariedades del Antiguo Régimen.

En México, este principio se encuentra en el artículo 14 constitucional, cuyo párrafo tercero dispone: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata." Del método analítico interpretativo, se colige que este párrafo contiene un principio básico en materia penal, expresado a manera de prohibición, en tanto limita la aplicación de penas por analogía y aun por mayoría de razón. Consecuentemente, una primera afirmación lleva a concluir que la ley penal debe ser aplicada exactamente. Sin embargo, el derecho penal, sin lugar a dudas, plantea serios problemas en su aplicación, a virtud de su finalidad, que es la salvaguarda de bienes jurídicos trascendentales para lograr una convivencia social, lo que determina que en el proceso de aplicación, se encuentran en pugna dos valores importantísimos para la sociedad: el interés colectivo por la persecución de los delitos y, por ende, la tramitación del procedimiento penal, frente a la salvaguarda de la libertad personal, prevista como garantía individual, incluso para quien es sometido a un proceso penal.

Frente al llamado "derecho penal del enemigo" caracterizado por una relativización de las garantías penales, materiales y procesales, se opone un "derecho penal del ciudadano" propio de una sociedad de libertades.

La metamorfosis del sistema penal como esquema de garantías, se encuentra en una situación de riesgo ante la adopción de políticas que pretenden mermar el respeto a derechos fundamentales bajo lemas de tolerancia cero a la delincuencia organizada; no debemos olvidar el papel del individuo como eje de la actividad estatal y en donde se convierte en principal limitante del *ius puniendi*. Se debe acompañar un fortalecimiento de las instituciones del Ministerio Público, defensorías públicas y del Poder Judicial, como garantes de los derechos fundamentales, la lucha de la impunidad del sistema penal debe de atacarse dentro del mismo, se debe tender a un proceso penal eficaz pero a su vez respetuoso de los derechos de los individuos, sin sacrificarlos por la seguridad social.

Al amparo de una situación internacional tensa, a partir de los atentados terroristas del once de septiembre de dos mil uno a las torres gemelas en Nueva York y, de conformidad a los compromisos adoptados por México al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional (Convención de Palermo), se está creando a nivel nacional una legislación excepcional en materia de criminalidad organizada, narcotráfico e inmigración ilegal, que contempla medidas de diferente naturaleza, para la investigación, persecución y sanción de esa delincuencia que, por su fortaleza merece modalidades y acotamientos a las tradicionales libertades conferidas a un imputado en un proceso penal.

Si bien es cierto que nadie postula abiertamente un proceso penal totalmente orientado al modelo de control social del delito, no lo es menos que se aceptan en la actualidad algunos rasgos o postulados de tal sistema, cuando se afirma, atendiendo al potencial de peligro del crimen organizado transnacional o del terrorismo internacional, que "no se trata sólo de la seguridad del ciudadano frente al desorbitado poder estatal, sino de la seguridad del ciudadano a

través del Estado mediante la lucha contra la criminalidad organizada", propugnándose soluciones que, en vez de perfeccionar o de ajustar los mecanismos de reacción del Estado frente a tales formas novedosas de criminalidad (terrorismo, criminalidad organizada, criminalidad informática, criminalidad económica y delitos transfronterizos o globalizados), de modo que el proceso adecue el enjuiciamiento a los nuevos cambios sociológicos y criminológicos, pretenden obviar dicha tarea, realmente laboriosa y difícil, sustituyéndola por respuestas sencillas consistentes en limitar los derechos fundamentales bajo el pretexto de la excepcionalidad (ante problemas excepcionales, soluciones excepcionales)¹³.

Durante la segunda mitad del siglo XX, los sistemas de justicia penal¹⁴ han sufrido un fenómeno de profunda transformación, en virtud de dos factores principales:

1. La progresiva internacionalización de los derechos humanos y la creación de mecanismos e instituciones internacionales de protección, como fueron la instauración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. La incorporación en las Constituciones nacionales de un catálogo de derechos fundamentales a los que se les otorga no ya una finalidad meramente programática, sino eficacia inmediata y directa. Catálogo de derechos fundamentales que es vinculante para todos los poderes públicos.

Factores que han impulsado la vigencia de los principios del sistema acusatorio, cuyas notas esenciales son:

- a) Acción penal: no hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*), es decir, que la existencia de

¹³ Un ejemplo claro de dicha tendencia lo encontramos en España, en la LO de 30-7-2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas o en el Reino Unido en el que se llegó a justificar la orden de "tirar a matar" tras el atentado terrorista de Londres.

¹⁴ El proceso penal se articula y construye sobre una base garantista. En otras palabras, se empieza a hablar del proceso penal como verdadero sistema de garantías de los ciudadanos frente a la injerencia estatal que supone el ejercicio del *ius puniendi*. Este entramado garantista, cuyos antecedentes hay que buscarlos en los cambios liberales y revolucionarios europeos, adquiere no obstante una nueva dimensión político-constitucional, y permite articular una serie de principios procesales de validez y carácter universal, más allá de las diferencias existentes entre los varios modelos nacionales.

una pretensión punitiva es presupuesto necesario del juicio y de la condena (desde una perspectiva material, puesto que la acusación determinará el contenido objetivo y subjetivo del proceso y desde una perspectiva formal, ya que dicha acusación debe ser comunicada al imputado en la forma y plazos legales con especial observancia del derecho de defensa).

b) Partes: hay una parte que acusa y otra que es acusada en posición contrapuesta con derecho de contradicción y de igualdad procesal.

c) Imparcialidad: quien acusa no puede juzgar y quien juzga no puede acusar, principio que, llevado a sus últimas consecuencias, impediría al juzgador decidir sobre la procedencia de llevar el caso a juicio (juicio de la acusación previo al fondo) y aportar hechos o pruebas de oficio.

d) Procedimiento: los principios de oralidad y publicidad son esenciales en el acto del juicio y trascienden incluso a la fase inicial del procedimiento.

e) Prueba: valoración libre de la prueba (con sujeción a las reglas de la lógica y de la razón) practicada en el plenario; y

f) Congruencia: debe existir una necesaria correlación entre la acusación y la sentencia, de tal modo que esta última no puede condenar por un hecho punible distinto ni a un imputado diferente del que fue objeto de acusación, lo que se extiende también a la segunda instancia, proscribiéndose la "*reformatio in peius*" y exigiéndose que la pretensión acusatoria se mantenga a través de la apelación principal o de la adhesión a la apelación.

De esta forma, el principio acusatorio se opone al inquisitivo, porque al primero corresponden las garantías procesales y la libertad de defensa del imputado en su expresión más amplia; mientras lo inquisitorio se distingue de manera marcada por la connotación de las técnicas de indagación y juzgamiento que utilizan el proceso penal como una vía exclusiva para asegurar la defensa social de los valores de turno y de ahí su identificación con la extensión de los poderes de policía, el encarcelamiento preventivo como regla general, la restricción del derecho de defensa y secreto de las indagaciones preliminares.

IV.2. EL PROCESO PENAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

Tanto los textos internacionales como las Constituciones nacionales incorporan un conjunto de derechos fundamentales de carácter y contenido procesal, especialmente a través del reconocimiento internacional y constitucional del derecho al proceso debido o derecho a un proceso con todas las garantías. Este reconocimiento va a condicionar el curso de las reformas procesales penales europeas y latinoamericanas. Su plasmación normativa en los diferentes Códigos Procesales Penales es hoy en día una realidad incuestionable.

El debido proceso es aquél que determina la existencia de garantías que lo conforman, a saber, presunción de inocencia, exacta aplicación de la ley penal, *in dubio pro reo*, mínima intervención, *non bis in idem*, *non reformatio in peius*, litis cerrada, así como principios de legalidad, oficialidad, acusatorio, oralidad, publicidad, intermediación, libre valoración de pruebas, igualdad procesal, participación personal en el proceso, motivación de la sentencia y acceso a los recursos.

De tal modo que el reconocimiento mayor o menor de los derechos procesales del inculcado, definen un régimen autoritario o liberal. Como señala Matute, "las sociedades autoritarias se caracterizan por un bajo nivel de garantías, aún a riesgo de que se produzca la condena del inocente, en tanto que las sociedades liberales disfrutan de un nivel más elevado de garantías asumiendo un mayor riesgo de que los culpables no sean penados, nos hayamos ante la dualidad "libertad–seguridad" o "derechos del inocente–necesidad de seguridad de la sociedad"¹⁵.

V. LA REFORMA AL SISTEMA PENAL MEXICANO

En las últimas décadas, los países latinoamericanos se han visto inmersos en un proceso de reformas de sus sistemas de justicia penal¹⁶, en forma

¹⁵ Véase MARCA MATUTE, Javier, "El imputado y el derecho de defensa en el proceso penal acusatorio", dentro de las ponencias en "Curso de Formación Especializada 'Los retos del proceso penal acusatorio en la era de la globalización'", celebrada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 12 al 16 de noviembre de 2007.

¹⁶ Fueron fundamentalmente razones políticas las que contribuyeron al fenómeno de fosilización,

paralela a la transformación de sus estructuras políticas y económicas¹⁷, encaminada a la consolidación de sus sistemas democráticos para estar a la vanguardia de los sistemas judiciales justos¹⁸.

Para aquilatar correctamente los logros de este proceso de reforma, hay que empezar a destacar que no puede señalarse como uno de sus

unido a una exacerbada burocratización del sistema penal, alimentada por los altos niveles de corrupción que asolaban la mayoría de los países latinoamericanos. Las viejas estructuras del sistema inquisitivo se adecuaban a la doctrina de la "Seguridad Nacional" que presidió el rumbo de la política en muchos países. El diagnóstico del sistema de justicia penal latinoamericano no podía ser más pesimista: falta de transparencia y legitimidad democrática, por tanto, desconfianza de la ciudadanía; burocratización exasperante; vulneración sistemática de los derechos fundamentales, desconocimiento del derecho de defensa y de la presunción de inocencia; altos niveles de prisionización; incapacidad de dar respuesta a las expectativas y demandas sociales; lentitud de los procesos penales; distribución de roles entre los diferentes actores del sistema articulados sobre la figura del Juez instructor con poderes omnímodos, un Ministerio Público aislado socialmente y con una escasa articulación institucional. Todo ello en un trasfondo de profundas desigualdades sociales. En resumen, según la percepción social, se trata de una justicia cara, lenta, corrupta e identificada con el poder. Junto a estas razones culturales, políticas y económicas, el proceso de reforma penal latinoamericano tenía como objetivo común acabar con esas estructuras del sistema inquisitivo y su sustitución por un proceso penal de corte garantista en consonancia con la proclamación internacional de derechos humanos.

¹⁷ No debe olvidarse, por tanto, el contexto político-social en el que surgen dichas reformas. Su incorporación a las agendas políticas se produce en un contexto de progresiva desaparición de los gobiernos dictatoriales, de pacificación de las zonas de conflicto y de paulatina recuperación y consolidación de las instituciones democráticas. Este contexto constituye un factor clave para comprender el porqué de este proceso de reforma, así como sus objetivos. No se trata, por tanto de introducir simples mejoras técnico-jurídicas, sino de una reforma de alto contenido político. Las reformas procesales penales pretenden contribuir a la legitimación del sistema democrático. Por ello, estas reformas penales no pueden realizarse a espaldas de la sociedad, sino que debe fomentarse su participación e implicación. Las experiencias hasta ahora desarrolladas ponen en evidencia que en aquellos países donde la implicación y la participación de la ciudadanía han sido mayores, los procesos de implementación se han desarrollado con altos niveles de satisfacción. Tampoco debe olvidarse que los verdaderos destinatarios y beneficiarios de las reformas penales no son los jueces, ni los fiscales, ni los abogados ni los policías, ni las clases económicas; es la ciudadanía en su conjunto. Toda reforma debe dar satisfacción a las necesidades sociales, y no al aparato burocrático que sustenta la administración de justicia. El objetivo final a conseguir es acercar el sistema de justicia y su funcionamiento a la sociedad, a la realidad social.

¹⁸ No se trata de un proceso homogéneo y, además, continúa en marcha. No es un proceso lineal, sino que está lleno de éxitos pero también de profundos fracasos e interrupciones. Su duración en el tiempo y el aprendizaje de experiencias anteriores permite afirmar que estamos ante un proceso vivo, dinámico, con capacidad de actualización permanente, de mejora y de superación de las dificultades. Por otro lado, no todos los países se encuentran en las mismas condiciones; así, mientras algunos llevan ya varios años reformando su sistema de justicia penal, otros apenas han iniciado esta andadura y algunos aún no se han incorporado a este movimiento reformador. No obstante, a pesar de las diferentes realidades nacionales, es posible identificar una serie de rasgos comunes, así como una serie de retos y desafíos que también son comunes.

objetivos la solución a las problemáticas sociales y económicas que existen en muchos países latinoamericanos. Éste no puede ni debe ser uno de los objetivos de la reforma penal. Ello generaría insatisfacción y frustración social, toda vez que ni el Derecho Penal y ni el Proceso Penal son instrumentos para hacer frente a la compleja problemática social y económica existente en los países latinoamericanos.

La reforma de la justicia penal no actúa a modo de revolución social, sino que sus logros deben situarse en un contexto diverso, pero no por ello menos importante, tan es así, que el legislador en la reforma constitucional aprobada, destacó que el proceso de reforma será gradual, para lo cual se estableció un período amplio de transición, que permita que cada entidad federativa genere un programa de reforma de acuerdo con sus necesidades y características, por lo que es una realidad que durante el período de transición coexistirán en el país el sistema judicial vigente y el sistema reformado.

No puede pedirse a la justicia penal lo que es propio de otros ámbitos, concretamente de las políticas económicas y sociales, sin embargo, como se está inmerso en un sistema, es menester, implementar coordinación estatal en todos sus órdenes para que el nuevo sistema tenga herramientas suficientes y adecuadas que enfrenten su funcionalidad y, de esta forma evitar la existencia de un sistema menos funcional o de un sistema de corte autoritario.

Asimismo, las reformas constitucionales, no se ven complementadas únicamente con modificaciones a la leyes adjetivas penales, pues aunque pudiera parecer que la reforma del proceso penal mexicano debería referirse a cuestiones meramente procesales, lo cierto es que debe complementarse de una serie de cambios en la parte sustantiva, en razón de que un proceso penal eficaz requiere a su vez de un derecho sustantivo eficaz, sin lo cual, no podrá hablarse de una adecuada cultura jurídica del Derecho penal en su conjunto.

En sí, la reforma del proceso penal mexicano, dependerá para su funcionamiento, no sólo ni principalmente del diseño legislativo que prevé reformas a ordenamientos jurídicos secundarios, en donde será importante que los legisladores de los diversos Estados de la

República reflejen el aspecto filosófico del sistema acusatorio y oral, sino es menester contar con el concurso de voluntades y con el compromiso de los operadores: jueces, Ministerio Público, defensores y elementos policíacos. La educación jurídica deberá asumir la responsabilidad de formar abogados competitivos y comprometidos con el ejercicio de la profesión¹⁹, sin más mentiras en los juicios, por ende, fomentar la cultura de la verdad, desarrollar habilidades de la oratoria, de la interpretación y la argumentación para enfrentar con capacidad y aptitud un proceso eminentemente oral y desarrollado bajo el principio probatorio de contradicción. Además, debe fomentarse el método lógico-racional-científico (dogmática jurídico penal)²⁰ para que la interpretación y argumentación jurídica res-

¹⁹ El autor chileno Andrés Baytelman al respecto de la capacitación que deben tener los operadores jurídicos como el les denomina, señala que "El sistema de juicios orales hace el ejercicio de la profesión de abogado y de juez algo extraordinariamente atractivo, profesionalmente más digno y más estimulante... el sistema inquisitivo ha convertido en una medida importante, el ejercicio de una profesión en un trabajo de papelería y en el abandono de mayores pretensiones de excelencia jurídica en la litigación penal, ante el hecho, por una parte, de que los escritos que se apartan de las formas estandarizadas e intentan profundizar en la argumentación, en el análisis o el conocimiento, tienen altas probabilidades de ni siquiera ser leídos por los tribunales, mucho menos asumidos por éste en la argumentación jurídica", en su ensayo "Curso sobre instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral", Temuco, abril, de 2004.

²⁰ La Teoría del Delito en México ha referido pluralidad de conceptos; pero, según se advierte, corresponden a un Derecho, a una doctrina que no es la nuestra; sustancialmente, la estructurada en Alemania, España y Argentina, entre otras. En vez de tratar de construir una sistemática en base a nuestra legislación penal, ya que la finalidad es aplicar o ejecutar una Dogmática Jurídico-Penal en México, conforme a los fines del proceso penal; el Derecho penal, sin lugar a dudas, plantea serios problemas en su aplicación, a virtud de su finalidad, que es la salvaguarda de bienes jurídicos trascendentales para lograr una convivencia social, lo que determina que en el proceso de aplicación, se encuentran en pugna dos valores importantísimos para la sociedad: el interés colectivo por la persecución de los delitos y, por ende, la tramitación del procedimiento penal, frente a la salvaguarda de la libertad personal, prevista como garantía individual, incluso para quien es sometido a un proceso penal, de ahí la importancia de elaborar conceptos semánticos que estructuren la teoría respecto de la cual marchara la maquinaria procesal, es trascendental determinar qué es el delito, para lo cual se ha elaborado una definición que desentrañe sus elementos a partir de nuestro marco jurídico vigente, pues el objeto de conocimiento de la Dogmática, lo constituye la norma penal positiva, en atención a que su misión es interpretar científicamente el contenido de la norma, en el caso específico, nuestra legislación positiva contiene todos los elementos indispensables para poder demostrar si una persona ha realizado una conducta que integre el injusto penal y proceder a establecer su responsabilidad penal, así señalamos que delito es la acción u omisión (simple o impropia) dolosa (directa o eventual) o culposa (previsible o imprevisible) que se encuentra exactamente adecuada a la descripción legal como constitutiva de un delito, contraria a derecho al no justificarse con el consentimiento del

ponda a una mejor eficacia en la solución del caso concreto. Desde luego, ello no implica, como me informan los alumnos de posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, estudiar teatro y desarrollar habilidades histriónicas, en razón de que lo que se pretende es profesionales capacitados en la ciencia jurídica, en la cultura de la verdad, y no en la actuación de lo irreal y mentiroso.

Una de las consecuencias positivas del sistema acusatorio, es el de elevar la competitividad y el perfeccionamiento en las funciones que cada individuo desarrolla en el proceso penal, ya sea como juzgador, como fiscal o como defensor, a virtud de que el sistema inquisitivo es compatible con la ignorancia y la falta de destreza, al no existir incentivos para tratar de emplear un esfuerzo adicional a fin de adquirir nuevos conocimientos que aumenten las habilidades y destrezas, de ser los mejores en la disciplina jurídica; así el entorno de juicios orales sostenidos con la asistencia de medios de comunicación que permitan un acceso directo a la ciudadanía, ejerce control sobre la calidad del proceso penal, donde las partes emplearán todas las armas para establecer una confrontación que tenga por herramienta medular la argumentación a fin de obtener un juicio favorable, en consecuencia, el sistema acusatorio por su propia naturaleza obliga a mantener una calidad en el proceso penal, un nivel competitivo, se apuesta tener un juicio justo con el cumplimiento de la función que cada quien desempeña, con la modificación en las estructuras culturales para ver con otros ojos el Derecho en general y en su forma específica el Derecho procesal penal ²¹.

titular del bien jurídico dañado o con el actuar en defensa legítima, estado de necesidad, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, cuyo juicio de desvalor sobre el autor establece que éste debe ser imputable (capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico y de conducirse de acuerdo con esa comprensión), con conciencia de la antijuridicidad (no actuar en error invencible de tipo o de prohibición o vencible de tipo, cuando no se prevé la conducta como culposa), finalmente, con exigibilidad racional de conducirse conforme a la norma jurídica penal. Véase al respecto AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, "Justificación de una dogmática jurídico-penal en México" y "El delito y la responsabilidad Penal".

²¹ Hay tres razones por las que un profesional –digamos un juez o un abogado– quiere, en lugar de volver temprano a su casa y disfrutar de su familia o gozar de una buena obra de teatro, invertir esfuerzo, tiempo, energía y a veces dinero para tener una mejor preparación, ya que de esta manera la gente cree que va a poder aumentar sus ingresos, avanzar en su carrera al obtener ascensos o promociones, o bien porque su prestigio se vería en jaque, al respecto consulte el ensayo publicado por Andrés Baytelman A, "Curso sobre instrumentos para implementación de un sistema acusatorio".

V. 1. ESQUEMA NORMATIVO

La reforma aprobada por el Congreso de la Unión, recoge los principios del sistema acusatorio, al proponer sustancialmente:

ARTÍCULO 16

1. Acotamiento de conceptos y requisitos:

Para el libramiento de la orden de aprehensión, que obsequia el juez, debe preceder denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito y obren datos que establecen que se ha cometido ese hecho, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

2. Se regula la figura del arraigo en delitos de Delincuencia Organizada, que decretará el juez a petición del Ministerio Público.

Asimismo, se define a la Delincuencia Organizada como "una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia".

Se establece el imperativo de que los Poderes Judiciales cuenten con jueces de control que resolverán, en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de la víctima u ofendido. Se regula además, el requisito de las comunicaciones privadas entre el juez y el Ministerio Público.

ARTÍCULO 17

1. Se establece el imperativo de que las leyes prevean mecanismos alternativos de solución de controversias. Específicamente, en la materia penal, se regula su aplicación con el aseguramiento a la reparación del daño y la intervención judicial.

2. Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

3. La obligación de garantizar la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad (igualdad de percepciones de defensores y Ministerio Público).

ARTÍCULO 18

1. Sistema penitenciario:

Objetivo: la prisión preventiva se regula para delitos que merezcan pena privativa de libertad. El objeto del sistema penitenciario es la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir.

Los medios para el fin propuesto son: trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte.

2. Reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada:

en centros especiales;

restricción de comunicaciones (excepto el acceso a su defensor); y

medidas de vigilancia especial.

ARTÍCULO 19

1. El auto de vinculación a proceso contendrá:

Datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

2. La prisión preventiva

Excepcionalidad: el Ministerio Público sólo podrá solicitarla al juez, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio; el desarrollo de la investigación; la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado por la comisión de un delito doloso.

De oficio en los delitos de:

Delincuencia Organizada;

Homicidio doloso;

Violación;

Secuestro;

Delitos cometidos por medios violentos, como armas y explosivos; y,

Delitos graves: Contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

3. La ley determina los supuestos de revocación de la libertad.

4. El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse.

5. Suspensión del proceso junto con el plazo de prescripción de la acción penal cuando en delincuencia organizada el inculpado se evada de la acción de la justicia o sea puesto a disposición de un juez en el extranjero.

ARTÍCULO 20

1. Proceso penal acusatorio y oral

2. Principios específicos:

publicidad;
contradicción;
concentración;
continuidad; e
inmediación.

3. Principios Generales del Debido Proceso

I. Objeto:

esclarecimiento de los hechos;
proteger al inocente;
procurar que el inculpado no quede impune; y,
reparar los daños causados.

II. Las audiencias con la presencia del juez

Valoración de la prueba— de manera libre y lógica.

III. Se consideran pruebas sólo las desahogadas en la audiencia del juez

Regulación de la prueba anticipada.

IV. El juicio se celebra ante el Juez que no haya conocido del caso previamente (juez de la causa).

La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará:

de manera pública;
contradictoria; y,
oral.

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.

Las partes tendrán igualdad procesal: acusación y defensa.

VI. El juez no podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra.

Debe acatarse el principio de contradicción de la prueba.

VII. Terminación anticipada del proceso penal, cuando:
no exista oposición del inculpado; y
reconocimiento de participación del delito de manera voluntaria y con conocimiento de las consecuencias, y existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, se cita para audiencia de sentencia.

La Ley establecerá los beneficios en aceptación de responsabilidad.

VIII. El Juez condenará cuando exista convicción de la culpabilidad.

IX. La prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales, será nula (prueba ilícita).

X. Los principios antes referidos, también son de observación en las audiencias preliminares.

B) Derechos de los imputados:

I. Presunción de inocencia.

II. A declarar o guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. La confesión deberá ser rendida con asistencia del defensor.

III. Se le informen los actos imputados y los derechos que le asistan. Excepción en delincuencia organizada, en donde se podrá reservar el nombre y datos del acusador.

IV. Recepción de pruebas.

V. Juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal

A) Restricción de publicidad, por razones de:

Seguridad nacional;

Seguridad pública;

Protección a las víctimas, testigos y menores; y,

Cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos

B) Delincuencia Organizada:

Las actuaciones base de la investigación podrán tener valor pro-

batorio cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.

VI. Facilitar datos para su defensa.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante el juez, podrán consultar dichos registros con la oportunidad debida para preparar la defensa.

Se excepciona la garantía cuando, la ley salvaguarda el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

VII. Temporalidad de juzgamiento.

Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena de prisión no exceda de dos años, y antes de un año si excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

VIII. Derecho a defensa adecuada por abogado, el cual elegirá libremente, incluso, desde el momento de su detención.

Se establece la garantía del defensor público para el caso de que no quiera o no pueda nombrar defensor.

IX. La prisión preventiva no podrá exceder el tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motive el proceso y en ningún caso será superior a los dos años, salvo que su prolongación se deba al derecho de defensa del imputado. Si ampliado ese término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

C) Derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica;

II. ...Coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le reciban pruebas en la indagatoria y en el proceso, y, a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley;

III. Recibir atención médica y psicológica;

IV. Que se le repare el daño;

V. Resguardo a su identidad y otros datos personales, en los ca-

los siguientes:

- a) menores de edad;
- b) se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y,

c) a juicio del juzgador sea necesario para su protección

El Ministerio Público debe garantizar la protección de la víctima, ofendido y testigos... los jueces deberán vigilar el cumplimiento.

VI. Solicitar medidas cautelares necesarias para la protección y restitución de sus derechos;

VII. Impugnar ante la autoridad judicial:

- d) omisiones del Ministerio Público en la investigación;
- e) resoluciones de reserva;
- f) no ejercicio o desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento; y,
- g) cuando no esté satisfecha la reparación del daño, en los supuestos anteriores.

ARTÍCULO 21

1. La investigación de los delitos corresponde:

- a) al Ministerio Público; y
 - b) a la policía, la cual actúa bajo el mando y la dirección de aquél.
- El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante autoridad judicial.

2. La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

3. El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal.

ARTÍCULO 22

1. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

2. No se considera confiscación de bienes:

- a) Cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos;
- b) Cuando se decrete por una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivadas de la comisión de un delito;

- c) De bienes en caso de enriquecimiento ilícito;
- d) Bienes abandonados; y,
- e) Bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.

3. Procedimiento de confiscación

I. Será jurisdiccional y autónoma de la materia penal;

II. Procederá en delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos, trata de personas. Respecto de los siguientes bienes:

- a) instrumento, objeto o producto del delito;
- b) los utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito;
- c) utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento;
- d) intitulados a nombre de terceros;

III. Los afectados pueden interponer recursos para acreditar la procedencia lícita y el impedimento para conocer la utilización ilícita.

ARTÍCULO 73

XXI. Facultad para legislar en materia de delincuencia organizada.

Los nuevos requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y el dictado del auto de vinculación a proceso*

Alejandro Sosa Ortiz**

De los múltiples tópicos que aborda la reforma constitucional materia de estas jornadas, me ha llamado la atención la supresión del acreditamiento del cuerpo del delito y la probable responsabilidad como requisito para la orden de captura y el auto de formal prisión, ahora *auto de vinculación al proceso*, para ser sustituidos por *los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión*, en los artículos 16 y 19 de nuestra Ley Suprema.

Las razones que aduce el legislador para dicho cambio, según podemos apreciar del dictamen correspondiente, son las siguientes:

a) Es necesario establecer un nivel probatorio razonable, *internacionalmente aceptado*, para la emisión de estas resoluciones, que constituya el justo medio entre el legítimo derecho del imputado de no ser sujeto de actos de molesetia infundados, pero también su derecho fundamental a que la investigación de su posible participación en un hecho probablemente delictivo se realice ante un juez con todas las características de un proceso acusatorio, y el interés

* Conferencia disertada el 23 de abril de 2008, en el marco de las Novenas Jornadas sobre Justicia Penal, organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

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

social de sujetar a un justo proceso penal a los individuos respecto de los que existen indicios de su participación.

b) En el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura, en razón de que el ministerio público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido, ya que en ese caso, no se colmaría el objetivo de reducir la formalidad de la averiguación previa y fortalecer la relevancia del proceso penal y particularmente el juicio.

c) No existe riesgo de que esta reducción del nivel de prueba necesario para la emisión de estas resoluciones sea motivo de abusos, porque existe como contrapeso que si "se obtiene una orden de captura sin que los indicios existentes puedan alcanzar en forma lícita el estatus de prueba suficiente, se absolverá al imputado" por lo que será "contraproducente para el ministerio público solicitar la orden de aprehensión sin tener altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad en el juicio, en razón de que ya no tendrá otra oportunidad de procesar al imputado."

d) El excesivo estándar probatorio que hasta ahora se utiliza, genera el efecto de que en el plazo de término constitucional se realice un procedimiento que culmina con un auto que prácticamente es una sentencia condenatoria.

Analicemos, si estas razones resultan válidas:

El propio dictamen reconoce que en el año 1999, se dio marcha atrás a la reforma de 1993 en la que se sustituyó el acreditamiento del cuerpo del delito por el acreditamiento de los elementos del tipo penal, como requisito para la emisión de estas dos resoluciones de la preinstrucción, precisamente con la finalidad de aligerar la exigencia probatoria y restituir la exigencia del cuerpo del delito. Sin embargo, dicho dictamen agrega que esta contrarreforma implicaba definir en la ley secundaria el concepto de cuerpo de delito y al definirlo en algunas legislaciones la exigencia fue alta y en otras baja. Lo anterior, resulta parcialmente exacto, porque si bien hubo disparidad en las legislaciones secundarias al conceptualizar el

cuerpo del delito, lo cierto es que en el dictamen del Senado de esa reforma del año de 1999, se estableció que dicho concepto era el que jurisprudencialmente se definía como "el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad del hecho previsto como delito por la ley" y que así habría de señalarse en la legislación ordinaria; por tanto, si la exigencia en algunas legislaciones fue mayor (para lo cual el legislador secundario adujo, con razón, que en los casos en que la descripción típica requiriese algún elemento normativo o subjetivo específico, era imprescindible acreditarlo para la demostración del cuerpo del delito), ello fue en desacato al constituyente permanente y no porque la citada contrarreforma implicara esa disparidad. Sin que, por otra parte, tengamos noticia y ni siquiera consideramos viable que alguna otra legislación hubiese conceptualizado el referido cuerpo del delito con menores componentes que los objetivos o externos, para afirmar, como lo hace el dictamen que se comenta, que la exigencia establecida, en otras ocasiones, fue menor a la que el constituyente permanente previó en esa reforma, pues ello significaría que se hubieran suprimido estos elementos objetivos o externos (únicos que consideró el constituyente) con lo que quedaría un concepto de cuerpo de delito sin contenido, lo cual resulta absurdo.

Por otra parte, si tomamos en consideración lo que el dictamen apunta con respecto al cambio de denominación de auto de sujeción a proceso por el de vinculación a proceso, en el sentido de que en dicho auto *se continuará exigiendo, no obstante, acreditar el supuesto material*. Tendríamos que concluir, que en realidad se continúa exigiendo la acreditación del cuerpo del delito, entendido éste como el conjunto de elementos materiales o externos de la descripción penal. Lo cual, es contradictorio con lo que el propio dictamen refiere de que con esta reforma se rebaja la actual exigencia probatoria para el dictado del mismo, pues, como ya se dijo, esta actual exigencia probatoria, según el constituyente permanente, debe limitarse a la acreditación de ese supuesto material.

A lo anterior, hay que agregar que el dictamen ignora la siguiente

tesis 1ª./LVII/2004 de la H. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia:

ORDEN DE APREHENSIÓN. PARA SU LIBRAMIENTO NO ES NECESARIO ACREDITAR EN FORMA PLENA EL CUERPO DEL DELITO. ORDEN DE APREHENSIÓN, PARA SU LIBRAMIENTO NO ES NECESARIO ACREDITAR EN FORMA PLENA EL CUERPO DEL DELITO. De la interpretación auténtica del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya última reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999, se desprende que para el libramiento de la orden de aprehensión no se requiere que se encuentre acreditado plenamente el cuerpo del delito. Ciertamente, del proceso legislativo que dio origen a la redacción actual del referido artículo, se advierte que la intención del Poder Reformador fue buscar el equilibrio entre los derechos de los ciudadanos y las facultades de la autoridad para perseguir y castigar delitos y, en consecuencia, flexibilizar los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión solicitada por el agente del Ministerio Público a través del ejercicio de la acción penal, cuestión que se hizo patente, en principio, en la Cámara de Senadores (Cámara de Origen), que puntualizó que debía dejarse para el proceso y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo, por lo que se consideró que para librar una orden de aprehensión se requería que existieran datos que acreditaran el cuerpo del delito, posición que fue compartida por la Cámara de Diputados (Cámara Revisora), que aludió a las dificultades del Ministerio Público para integrar la averiguación previa y el Juez para librar la orden de aprehensión, refiriéndose a la redacción anterior de dicho dispositivo constitucional. Ahora bien, conviene destacar que el hecho de que el Ministerio Público y el Juez no deban acreditar plenamente el cuerpo del delito, en los términos precisados, no significa que puedan actuar a su libre arbitrio en cada una de esas etapas procedimentales, puesto que tienen la insoslayable obligación de observar los restantes requisitos exigidos para ello, además de respetar todas las garantías que consagra la Carta Magna, a las cuales deben ceñir su actuación las autoridades en la emisión de dichos actos, por lo que el

hecho de que se hayan flexibilizado los requisitos de referencia, no implica su desconocimiento por las autoridades que procuran o administran justicia.

Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Mayo de 2004, pág. 514.

Criterio que, desde luego, se hace también extensivo al auto de formal procesamiento, puesto que tanto la Constitución como las leyes secundarias exigen los mismos requisitos para el dictado de éste que para el libramiento de la orden de aprehensión. La ignorancia se deriva de que el dictamen en comento, al referir que "... en el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura, en razón de que el ministerio público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho...", entre otras afirmaciones, parece indicar que con los actuales artículos 16 y 19 constitucionales, se exige la acreditación plena del cuerpo del delito para el libramiento de la orden de captura y el dictado del auto de formal prisión.

En abundancia de argumentos se ha de agregar que si el artículo 22 constitucional, hasta ahora vigente (sin desconocer que también se reforma en este dictamen) exige *se acredite plenamente el cuerpo del delito* para aplicar a favor del Estado los bienes asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delincuencia organizada, ello permite inferir que al no incluirse este adverbio de *plenamente*, en los numerales 16 y 19 en comento, se robustece la interpretación de que la acreditación del cuerpo del delito, prevista tanto en este artículo como en el diverso 19, no se exige de manera plena como parece indicarlo el dictamen que se analiza.¹

Ahora bien, al argumento de que la fórmula propuesta de que *obren datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión*, se ajusta al nivel internacionalmente aceptado, le realizo las dos siguientes objeciones:

¹ Sosa Ortiz, Alejandro. *El Cuerpo del Delito. La Problemática en su acreditación*. 2ª edición, editorial Porrúa, S.A., p. 287.

a) Del dato de que dicha fórmula coincida con la que la mayoría de los países han establecido, no se sigue necesariamente, que para nosotros, resulte mejor que la que actualmente nos rige. No hay que olvidar que en nuestro país, de manera lamentable existe una alarmante impunidad de la indebida conducta procesal de las partes, en los procedimientos judiciales se miente con una gran facilidad y diría yo, hasta con un escandaloso cinismo, sin que en materia penal al denunciante simulador y/o mentiroso, al testigo mendaz o al perito corrupto se le castigue conforme a la norma. Tal estado de cosas, no acontece en otras latitudes y, tal vez, por ello sea mayor el margen de credibilidad que se le otorga a la parte denunciante, pues ésta sabe que si se le demuestra la mentira sufrirá las consecuencias; luego, probablemente por ello su dicho y unas cuantas pruebas se consideren suficientes para aperturar un proceso, porque la mayoría de las veces a lo largo del juicio se demuestra que ese denunciante fue veraz.

b) Por otra parte, advierto importantes diferencias en las fórmulas empleadas por otros países, con un reconocido y probado sistema procesal.

Veamos, el Código de Procedimientos Penales de la República Federal de Alemania dispone:

Art. 112 (*Presupuestos de la prisión provisional; motivos de prisión*) *Podrá ordenarse la prisión provisional contra el inculpado cuando fuera **muy fundadamente sospechoso de haber cometido un delito** y existiera un motivo de prisión. ...*

Art. 114 (*Orden de detención*) *La prisión provisional se ordenará a través de la orden de prisión del Juez. En la orden de prisión se hará mención:*

1. Del indiciado,
2. Del hecho del que **fuera muy fundadamente sospechoso, tiempo y lugar de su comisión, los elementos legales del hecho punible y las normas penales aplicables.**
3. Del motivo de la prisión, así como
4. De los hechos por los cuales resultare la muy fundada sospecha y

el motivo de prisión, siempre que con ello no se haga peligrar la seguridad del Estado.

Art. 203 (Auto sobre la apertura) El Tribunal acordará la apertura del procedimiento principal cuando, según los resultados del procedimiento preparatorio, *apareciere el imputado **suficientemente sospechoso de un hecho punible**.*

En relación con este numeral el conocido tratadista alemán Claus Roxin afirma que El tribunal debe aperturar el procedimiento principal cuando exista una fuerte probabilidad de condena.²

Estudiosos del derecho procesal penal, como el maestro Said Escudero, consideran que la expresión alemana "sospecha fundada de comisión de un hecho punible" es totalmente equivalente a la actual de "probable responsabilidad" del sistema procesal mexicano.

Como se podrá advertir, la vaga formula propuesta por nuestro legislador de *datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión*, dista mucho de la empleada por el legislador alemán.

Por otra parte, es menester destacar que conforme a nuestra tradición legislativa el contenido de la *probable responsabilidad*, no sólo comprendía la atribución provisional de la conducta típica al imputado, esto es lo que ahora se refleja en la expresión *probabilidad de que el imputado cometió o participó en la comisión del delito*, sino también un juicio provisional de que dicha conducta era antijurídica y culpable, mediante un juicio negativo que constatará la ausencia de causas de licitud y excluyentes de culpabilidad, respectivamente, lo cual era perfectamente acorde con el principio consagrado en nuestras legislaciones sustantivas de que *las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio en cualquier estado del procedimiento*. De tal suerte, que una de las lecturas posibles de esta fórmula es la de que ya no será necesario realizar ese juicio negativo, lo cual en todo caso permitiría la consignación por el ministerio

² Gómez Colomer, Juan Luis. *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*. Prólogo de Hans Heinrich Jeckel, pp. 307, 308, 347 y 159.

público, el libramiento de la orden de captura y el dictado de un auto de vinculación al proceso, en contra de una persona que habiendo realizado una conducta típica, se encontrare amparada en una causa de licitud o excluyente de responsabilidad y, ello no puede significarse sino como una aberración jurídica. Otra de esas lecturas, más garantista y acorde con el principio de culpabilidad, nuestra legislación y jurisprudencia, es la de que esos *datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito*, comprende la constatación de la ausencia de causas de licitud y excluyentes de culpabilidad, en tanto que del análisis sistemático de ley y la jurisprudencia, se advierte que lo que la ley señala como delito, no es sólo a la conducta típica, sino que además exige que esta sea antijurídica y culpable.

Ahora bien, la expresión empleada por el constituyente permanente de *datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito* resulta, en mi opinión, sumamente vaga y confusa.

Los significados del verbo *establecer* que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia Española, son los siguientes: tr. Fundar, instituir, hacer de nuevo. Establecer una monarquía, una orden. 2. Ordenar, mandar, decretar. 3. prnl. Avecindarse o fijar su residencia en alguna parte. 4. Abrir por su cuenta un establecimiento mercantil o industrial.

Consultado el diccionario de sinónimos, encontramos como tales del verbo *establecer*: Instituir, instalar, poner, asentar, disponer, construir, fijar, abrir, crear, alzar, edificar, plantar, erigir, formar, organizar e instaurar.

Como se podrá advertir, ninguno de estos significados proporciona un sentido inteligible a la referida expresión ni menos refleja una nueva y menor exigencia probatoria para la emisión de la orden de aprehensión y el ahora auto de vinculación al proceso, como lo indica el dictamen en comentario.

Coincido con el dictamen en el sentido que estas determinaciones de la fase de preinstrucción (orden de aprehensión y formal prisión), en tanto que intermedias y provisionales, no requieren de

prueba plena (lo cual ya esclarece la mencionada tesis de la Primera Sala), empero disiento respecto de que la expresión *datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito*, proporcione de manera clara esa menor cantidad o volumen de prueba a que se refiere el dictamen, porque los significados del verbo empleado: *establecer*, ni siquiera se relacionan de manera alguna con ese tópico. Como sí lo están los verbos, acreditar, demostrar, justificar e incluso, el empleado por el legislador alemán: *sospechar fundadamente*, o bien otras voces como principio de prueba, indicios, prueba semiplena, plena, etc., que ciertamente tienen que ver con ese itinerario de que habla Sentis Melendo y que recorre la justicia para llegar a una sentencia definitiva condenatoria.³ Se insiste, los datos o pruebas no *establecen*, en todo caso generan la sospecha fundada o generan un principio de prueba, indicios, prueba semiplena o convicción de que *se ha cometido ese hecho*; empero no *establecen que se ha cometido*; luego, como ya se apuntó, esta expresión es ininteligible. Haciendo a un lado la sintaxis y el significado literal de las palabras y esforzándonos por darle un sentido a esta expresión, nada impide que pudiese entenderse como la exigencia de que los medios probatorios existentes deben demostrar, acreditar o probar la conducta típica y, si esto es así, no vemos la diferencia con la exigencia actual (en algunos códigos) de acreditar, no de manera plena, desde luego, el cuerpo del delito, entendido éste en un sentido plenario, esto es considerando los elementos objetivos y externos de la descripción penal, y en caso de que ésta los contenga, también los normativos y subjetivos específicos, pues si en este supuesto no se exige la acreditación de estos dos últimos elementos cabría la posibilidad de librar tales determinaciones por conductas enteramente atípicas.

Lo anterior, sin dejar de reconocer que la demostrada vaguedad de la fórmula que se analiza le confiere al legislador secundario una gran libertad, de ahí el gran reto que enfrenta para darle en los có-

³ Sentis Melendo, Santiago. *La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio*, p. 293.

digos procesales un contenido coherente, racional y garantista. Más aun si tenemos presente que en nuestro medio, para bien, se encuentra arraigada la garantía de debida fundamentación y motivación, de tal suerte que con un contenido tan vago difícilmente el juzgador podría cumplir con esta garantía, partiendo de que esa motivación no es sólo explicar cómo ha llegado a la conclusión de que los datos probatorios *establecen la comisión de un hecho señalado en la ley como delito*, sino hacerlo de manera racional y convincente. Ello presupone identificar primero los elementos componentes de esa descripción penal y luego evidenciar porqué los datos que obran en la indagatoria son suficientes para *establecer* que se actualizan en el mundo fáctico y, por ello, se afirma que se ha cometido el hecho delictivo. Si acontece, lo que hasta ahora ha acontecido, de que las legislaturas locales, ante la falta de orientación precisa del constituyente permanente, conceptualizan de manera diferente esta expresión, se generará nuevamente un caos. En la primera sesión de estas Jornadas, el diputado César Camacho daba cuenta que dentro de este proceso legislativo se había intentado elaborar una única Ley del Debido Proceso para toda la República, mas que, sin embargo, ello no prosperó, diría yo por un mal entendido federalismo, pues como lo sostiene el magistrado José Nieves Luna Castro, en materia procesal no se justifica hacer diferencias en aras de un respeto a ese federalismo. Esperamos que, cuando menos, los legisladores se pongan de acuerdo para la elaboración de ese Código tipo del que también nos habló, para que a partir de él, cada entidad legisle de una manera uniforme.

El argumento de que no existe peligro de que con la reducción de la exigencia probatoria se cometan abusos, porque el ministerio público se cuidará de no consignar sin tener altas probabilidades de condena, en virtud de que sobrevendrá una sentencia absolutoria y el fiscal ya no podrá acusar nuevamente, lo considero falaz, por dos motivos: a) La absolución en sentencia no hace que desaparezca, los afectantes actos de molestias ocasionados por la orden de captura y el auto de vinculación al proceso y b) Por qué, en lugar de

esperar que el ministerio público, advierta que en los casos en que carece de "altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad penal en el juicio", obtiene sentencias absolutorias sin poder acusar de nueva cuenta y, por consiguiente, adquiera la experiencia de que deberá esperarse y reunir las pruebas necesarias para ese efecto o no consignar; se consagra como requisito de la consignación, de la orden de aprehensión y del auto de vinculación al proceso, una exigencia probatoria que evidencie, precisamente, ese nivel: medios probatorios que proporcionen "altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad penal del indiciado."

Por último, la impunidad ni la falta de una adecuada defensa, a que se refiere el dictamen que se analiza, desaparecen ni se aminoran con esta pretendida disminución de requisitos para estas dos importantes resoluciones de la preinstrucción: Orden de aprehensión y Formal procesamiento. La verdadera causa de estos problemas se encuentra en la improvisación y deficiente actuación de quienes representan al órgano de acusación en todos sus niveles⁴ y la defensa, fundamentalmente la pública. Mientras no exista una auténtica voluntad política para superar estas deficiencias, la referida problemática continuará vigente.

Conforme a lo anteriormente expuesto, podemos concluir de la siguiente manera:

⁴ Para evidenciar lo anterior, cito el siguiente ejemplo: Durante más de 10 años, estuvo vigente la jurisprudencia 1ª./J.5/93 CONCURSO DE DELITOS POR DOBLE HOMICIDIO, RESULTA INAPLICABLE POR EL JUEZ, CUANDO NO LO SOLICITÓ EL MINISTERIO PÚBLICO, en cuya observancia los órganos jurisdiccionales, ante la omisión del ministerio público de invocar en sus conclusiones que se estaba en presencia de un concurso de delitos y/o el fundamento que regula la imposición de las penas en este particular supuesto, sólo imponían al acusado la pena del delito mayor, quedando el resto de los delitos sin castigo. A pesar de la larga vigencia de esta jurisprudencia, los agentes del ministerio público tanto federales como locales, todavía en el año 2004, incurrían reiteradamente en la omisión de mérito, que cuando no era advertida por el órgano jurisdiccional ordinario, en vía de amparo generaba la concesión de la protección constitucional. Lo anterior, motivó a los integrantes del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito a solicitar a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la modificación de la referida Jurisprudencia. Solicitud que se declaró fundada el 23 de febrero de 2005. Ver. Sosa Ortiz, Alejandro. "La pena en el concurso de delitos", en Revista de Ciencias Penales *Iter Criminis*, núm. 5, Tercera Época, pp. 175 a 186.

1.— La justificación para eliminar el acreditamiento del cuerpo delito como requisito para librar una orden de aprehensión y dictar un auto de formal prisión, parten de una premisa falsa: Que actualmente se exige, para esos efectos, la acreditación plena del cuerpo del delito, pues la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en sentido contrario.

2.— La frase que sustituye ese requisito, consistente en *datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito* resulta ininteligible, semánticamente no se le puede conferir algún significado coherente ni menos el pretendido por el legislador reformista.

3.— Por ello, el legislador secundario tiene un gran reto para darle a dicha frase, en los códigos procesales penales, un contenido racional y garantista que le permita al juzgador cumplir con la garantía de debida fundamentación y motivación.

4.— A pesar de que del dictamen legislativo se pudiere derivar lo contrario, se estima que estos *datos* no pueden ser otros sino los que acreditan de manera provisional no plena, una conducta no sólo típica, sino antijurídica y culpable, a tal grado que de ellos se desprenda una importante probabilidad de que el inculcado resulte penalmente responsable del delito que se le imputa.

5.— Esta sustitución se considera innecesaria, pues la actual exigencia probatoria para la orden de aprehensión y el auto de formal prisión es perfectamente compatible con el nuevo sistema acusatorio que incluye la reforma.

6.— Los problemas de la impunidad y la falta de una adecuada defensa no se resuelven con reformas innecesarias como la que nos ocupan, que bien puede originar arbitrariedad y retroceso. La causa de ellos es la improvisación y deficiente actuación de los actores del procedimiento penal, fundamentalmente, de los que representan al órgano de acusación en todos sus niveles y los defensores.

BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*. Prólogo de Hans Heinrich Jecheck.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires, Argentina. 1979.

SOSA ORTIZ, Alejandro. "La pena en el concurso de delitos", en *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*, núm.5, Tercera Época. México 2006.

SOSA ORTIZ, Alejandro. *El Cuerpo del Delito. La Problemática en su acreditación*. 2ª edición, editorial Porrúa, S.A. México 2005.

Aplicación de las penas en concurso real e ideal de delitos*

José Saturnino Suero Alva**

En primer término, cabe precisar lo que debe entenderse por "pena", concepto que se traduce en la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales al culpable de una conducta antijurídica, tipificada previamente como delito.

Al efecto el numeral 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público..."

De ahí que la imposición y ejecución de las penas encuentra su fundamento en la potestad punitiva del estado, es decir en el ***ius punendi***, que se traduce en *"El derecho del Estado a imponer penas y a ejecutarlas como consecuencia de la comisión de un delito"*

La individualización de la pena consiste en distinguir una sanción entre el mínimo y el máximo permitido por la ley para un delito en particular, por las peculiaridades en la comisión del ilícito por el sujeto

* Este trabajo fue expuesto por su autor en el marco del Programa Uniforme de Capacitación y Actualización 2008 para Defensores Públicos y Asesores Jurídicos Federales, en la Delegación Regional Puebla del Instituto Federal de Defensoría Pública, el día dos de julio de 2008.

** Juez Segundo de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región.

activo, es decir, **es la cuantificación de la pena en un caso concreto.**

Al respecto, las legislaciones penales establecen y regulan las circunstancias que deben ser tomadas en consideración por el legislador, para la individualización de la pena.

En el Código Penal Federal se encuentran en el título tercero, capítulos I y II.

Existen dos reglas de aplicación de las penas al individualizarse:

A) Una general aplicable a todos los delitos, y

B) Específica que resulta aplicable sólo a los delitos culposos.

Es preciso destacar que con relación a la conducta del autor del delito y la lesión jurídica que se provoque, pueden surgir alguna de las hipótesis siguientes:

a) Unidad de conducta y delito;

b) Pluralidad de conductas y unidad de delito (**delito continuado**);

c) Unidad de conducta y pluralidad de delitos (**concurso ideal o formal**), y

d) Pluralidad de conductas y de delitos (**concurso real o material**).

En ese tenor, se realizará un estudio previo de la figura de delito continuado, y posteriormente de los restantes, concurso real y concurso ideal.

Así, **delito continuado** es el que se produce mediante la realización de varias conductas y la obtención de un solo resultado, violándose el mismo precepto legal; es decir hay pluralidad de conductas y unidad de resultado¹.

Para Cuello Calón, el delito continuado existe cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta diversas acciones, cada una de las cuales aunque se integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución de un solo y único delito².

Por su parte, el Código Penal Federal, contempla la figura de delito continuado en su arábigo 7, que es del tenor siguiente:

¹ Amuchategui Requena, I. Griselda. *Diccionario de Derecho Penal*. Ed. Oxford, 2ª edición, México 2006, p. 46.

² Cit. en Pavón Vasconcelos, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, 16ª edición, México, 2002, p. 582.

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

"...

"III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de "conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal".

En ese tenor, **se tratará de un delito continuado cuando el mismo agente persiste en una actividad o reitera diversas acciones por unidad de intención y de sujeto pasivo, que en su conjunto concurren a integrar un solo resultado delictivo.**

Esta figura debe su creación a un espíritu de indulgencia, pues los italianos sostuvieron que cuando hay varias acciones separadas en el tiempo, pero entrelazadas por una idéntica intención afectando el mismo bien jurídico, se trataba de un solo delito, al que denominaron continuado.

Los elementos constitutivos del delito continuado son:

a) **Pluralidad de conductas: La esencia misma del delito continuado requiere de la existencia de diversas acciones.**

Por ello, no se admiten en el delito continuado ni la acción única, ni aquellos tipos de delitos que para su integración requieren precisamente de varias omisiones.

Resulta menester precisar que las diversas acciones delictivas constituyen cada una, separadamente, un delito autónomo e independiente, sólo que se dan en una secuencia con una trayectoria desarrollada en tal forma (unidad de propósito delictivo), que en su conjunto pueden ser consideradas como si entre todas se integrara un solo delito.

b) **Unidad de propósito delictivo: Se está en presencia de una pluralidad de conductas físicamente separables en el tiempo, con las cuales el autor sólo desea la realización de un único fin delictuoso que, para mayor facilidad de su ejecución, lo realiza en diversos actos separados.** Lo que procura este tipo de delito es castigar con una sola pena aquellas conductas que, aun siendo plurales, responden a un esquema o diseño criminoso verdaderamente único, en donde efectivamente el agente quiere cometer una sola conducta delincuencia.

El conocimiento o querer la conducta descarta que el delito

continuado pueda ser cometido en forma culposa o imprudencial. Por tanto, sólo se realiza mediante conducta dolosa.

c) **Unidad de sujeto pasivo:** La unidad de referencia es un elemento tradicional, que se traduce precisamente en la unidad de lesión jurídica. **Significa que deberá ser el mismo individuo o en su defecto podrán ser varios, siempre que sean los mismos en cada una de las diversas acciones.**

d) **Violación al mismo precepto legal:** Atentos a la necesidad de que la pluralidad de conductas se desarrolle en una misma trayectoria, es preciso que las conductas sean homogéneas en cuanto a los elementos típicos, es decir, **las conductas sólo serán estimadas dentro del marco del delito continuado si en lo individual, disociadamente consideradas, integran la figura típica, incluyendo sus agravaciones o atenuaciones, incluso la simple puesta en peligro;** de esta manera, siempre estarán referidas a los elementos de la hipótesis básica que debe ser una sola.

Finalmente, respecto a este tópico el artículo 64, tercer párrafo del Código Penal Federal, establece cómo será **su penalidad**, el cual es del tenor siguiente:

"... En caso de delito continuado, se aumentará de una mitad hasta las dos "terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que "exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero".

Así, dentro del Título Segundo del Libro Primero del código sustantivo referido, en su numeral 25, indica que: "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. **Su "duración será de tres días a sesenta años**", y sólo podrá imponerse una pena "adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión".

Cabe precisar que el **Código Penal Federal en su ordinal 19, señala que no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado, lo que excluye la posible acumulación de penas.**

EJEMPLOS:

- El sirviente que pretende robarse un collar (unidad de propósito), tomando cada una de las perlas en ocasiones dis-

- tintas, lo que acarrea consigo una pluralidad de conductas.
- Fraude realizado a varios o todos los condóminos de un inmueble; fraude en rifas.
 - Robo a comensales en un mismo evento.

CONCURSO DE DELITOS

En principio debe decirse, que la palabra "concurso" deriva de la voz latina *concursum*, que significa **conurrencia, simultaneidad de hechos, causas o circunstancias**, por lo tanto se estará en presencia de un concurso de delitos cuando la responsabilidad por dos o más de ellos recae sobre un mismo agente que los ha cometido³, lo anterior si partimos de la idea de lo que en la materia penal hace referencia a los delitos.

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado respecto a este tópico en la Jurisprudencia visible en la página 8, del Tomo II, Parte SCJN del Apéndice de 1995, Sexta Época, de rubro y contenido siguientes:

"ACUMULACIÓN REAL Y ACUMULACIÓN IDEAL. CONCEPTO DE. En la acumulación real o concurso material de delitos éstos son producto de varias acciones u omisiones, mientras que la característica esencial de la acumulación ideal o concurso formal es que con una sola acción u omisión se originan diversas violaciones a las normas penales."

En el sistema penal mexicano la reglas relativas al concurso de delitos se encuentra dentro del título de aplicación de sanciones, de ahí que la citada figura sea un problema de aplicación de la pena.

Lo anterior se puede apreciar en la tesis XVI.P16 P, emitida por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, consultable en la foja 2770, Tomo XXVII, Enero de 2008, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época de rubro y texto siguientes:

"DELITO CONTRA LA SALUD. DIFERENCIA ENTRE CONCURSO DE DELITOS Y UNIDAD DEL ILÍCITO. Cuan-

³ Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, 5ª edición, México, 1990, p. 501.

do con diversas conductas en ocasiones diferentes, el activo comete el delito contra la salud en varias modalidades, y el narcótico o el psicotrópico es de la misma naturaleza, existe unidad del delito contra la salud. En cambio, serán aplicables los artículos 18 y 64, ambos del Código Penal Federal, relativos al concurso de delitos, cuando el inculcado con una o diversas conductas cometa el delito contra la salud, siempre que el narcótico o el psicotrópico sea de distinta naturaleza, pues en este caso se actualiza un delito o delitos diversos."

Así, el Código Penal Federal, proporciona un concepto de lo que se debe entender por concurso ideal, en su precepto 18, que señala:

"Existe **concurso ideal**, cuando con una sola conducta se cometen varios "delitos..."

Por tanto, **el concurso ideal o formal existirá cuando hay una sola actuación del agente (unidad de acción), con la cual resulten cumplidos varios tipos penales, realizadas varias lesiones jurídicas o afectados varios intereses protegidos.**

Ejemplo:

Con un solo disparo se lesiona a dos personas o el disparo se hace a través de una ventana de algún establecimiento, para lesionar a una persona que se encuentre en su interior, causando a más de la lesión, el homicidio.

Los requisitos para que exista un concurso ideal de delitos son:

- a) Una conducta (acción u omisión),
- b) Pluralidad de delitos, y
- c) El carácter compatible entre las normas en concurso.

Luego, el concurso ideal puede ser de dos maneras:

—Cuando por una sola actuación se producen dos resultados antijurídicos, daño en propiedad ajena al cristal por donde entró la bala.

—Cuando el acto ejecutado sin pluralidad en sus efectos materiales, corresponde a dos o más estimaciones jurídicas diferentes puede ser considerado bajo dos o más aspectos, y conforme a cada uno de ellos merece una sanción diversa; ejemplo, la lesión causada a una autoridad; el destruir una instalación (daño en propiedad ajena) para impedir que se lleve a cabo una obra pública.

De igual manera el concurso ideal, puede ser homogéneo o heterogéneo, según la identidad o diversidad de las lesiones jurídicas causadas.

Será homogéneo cuando la misma conducta (acción) cumple repetidamente el mismo tipo, mientras que en el heterogéneo la única conducta infringe varios tipos penales.

En esa tesitura el Código Penal Federal establece en su primer párrafo, del precepto 64, lo siguiente:

"En caso de **concurso ideal**, se aplicará la pena correspondiente al delito "que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su "duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo "del Libro Primero ..."

Ahora bien, resulta prudente citar el criterio sostenido por el Tercer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, visible a foja 105, Volumen 139-144 Segunda Parte, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época de rubro y texto siguientes:

"PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA, EN CASOS DE ACUMULACIÓN, CUANDO CONCURREN DELITOS COMETIDOS POR IMPRUDENCIA Y DELITOS INTENCIONALES. Cuando ocurre acumulación (concurso) ideal de delitos cometidos por imprudencia (homicidio y daño en propiedad ajena) y delitos intencionales (ataques a las vías de comunicación), debe mantenerse el mismo criterio de imposición de la pena y no fijar un diverso grado de temibilidad o peligrosidad para cada uno de los dos tipos de comisión. Un criterio contrario, es inequitativo y violatorio de garantías."

Por otra parte, existe **concurso real o material** cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de ésta⁴.

Para Ignacio Villalobos, el concurso real existe siempre que un mismo sujeto comete dos o más delitos integrados, cada uno de ellos

⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, 16ª edición, México, 2002, p. 590.

plenamente por todos sus elementos de acto humano, antijuricidad tipificada y culpabilidad⁵".

Al respecto, el Código Penal Federal, en su ordinal 18, establece:

"... Existe **concurso real**, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos".

De lo anterior se colige, que el concurso real está constituido por varias conductas delictivas, cualquiera que sea su naturaleza, ejecutadas en momentos diversos, por lo que pueden considerarse independientes, un ejemplo es aquel en el que se pretende robar un almacén: para lograrlo, los autores roban un vehículo, matan dos guardias, golpean al cajero, en su huída atropellan a un transeúnte e impactan la unidad, dañando otro vehículo, asimismo si con una sola conducta comete dos homicidios o un homicidio y un robo.

Cabe señalar que la condición para que exista concurso es requisito que la responsabilidad por todos los delitos se halle viva (no haya prescrito) ni haya sido juzgada.

Los elementos constitutivos del concurso real de delitos son:

- a) Que exista identidad en el sujeto activo;
- b) Pluralidad de conductas; y
- c) Pluralidad de delitos.

En ese tenor, el concurso real se presenta cuando alguien realiza conductas independientes, infringiendo varias disposiciones penales, lo que da lugar a la acumulación de sanciones.

Ahora bien, la punición del concurso real o material ha sido considerada por la doctrina en los sistemas siguientes:

a) Sistema de la acumulación material de penas. Consiste en la aplicación de todas las penas que corresponden a cada delito cometido, las cuales habrán de ser compurgadas simultáneamente si ello fuera posible, en caso contrario se compurgarán en forma sucesiva. Este sistema es inaplicable debido a que en tratándose de delitos graves la aplicación de todas las penas excedería la vida del hombre.

b) Sistema de la absorción de penas. Su fin es aplicar la pena correspondiente al delito más grave, considerando a los demás deli-

⁵ Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, 5ª edición, México, 1990, p. 501.

tos cometidos como "circunstancias agravantes", sin embargo, este sistema presenta el inconveniente de resultar insuficiente, pues no permite exceder el límite máximo de la escala penal del delito más grave, lo cual puede dejar impunes una serie de hechos.

c) Sistema de acumulación jurídica. Consiste en la suma de las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, pero autorizando una proporcional reducción de las mismas y fijando un límite máximo que no se puede rebasar por el juzgado.

Respecto a dicho tópico, el Código Penal Federal, en su numeral 64, segundo párrafo, establece:

"...En caso de **concurso real**, se impondrán las penas previstas para cada "uno de los delitos cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el "Título Segundo del Libro Primero. Si las penas se impusieran en el mismo "proceso o en distintos, pero si los hechos resultan conexos, o similares, o "derivado uno del otro, en todo caso las penas deberán contarse desde el "momento en que se privó de libertad por el primer delito..."

De la transcripción anterior se advierte que en tratándose de concurso real de delitos, se acumularán las penas que correspondan a cada uno de los delitos en que intervino el sujeto activo.

Finalmente, a manera de ejemplo es prudente citar el criterio sostenido por el Tercer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, visible a foja 1310, Tomo XXIV, Diciembre de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época de rubro y texto siguientes:

"CONCURSO REAL DE DELITOS. SE ACTUALIZA SI EL INculpADO EN CIERTA FECHA VENDIÓ ALGÚN NARCÓTICO Y EN OTRA MANTUVO DENTRO DE SU RADIO DE ACCIÓN DETERMINADA CANTIDAD DEL MISMO. El artículo 18 del Código Penal Federal dispone que el concurso real de delitos se actualiza cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos; luego, si el acusado en cierta fecha vendió algún narcótico y en otra mantuvo dentro de su radio de acción determinada cantidad de aquél, resulta inconcuso que exis-

te un concurso real, toda vez que el inculpado cometió el ilícito contra la salud en dos ocasiones, pues las circunstancias de ejecución en ambos casos fueron distintas, por lo que conforme al artículo 64 de la citada legislación, las penas aplicables son las previstas para cada una de las conductas indicadas, esto es, las de los preceptos 194 y 195 del propio ordenamiento sustantivo, respectivamente."

De igual forma, la tesis XI.1o.70 P. emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, consultable a foja 220, Tomo XII, julio de 1993, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, del tenor siguiente:

"FUERO FEDERAL. COMPETENCIA DEL, CUANDO HAY VARIOS DELITOS Y UNO ES FEDERAL, SIEMPRE QUE SE HAYAN COMETIDO EN UN SOLO ACTO.- En los casos de acumulación ideal, cuando con una sola conducta u omisión se violan diversas disposiciones penales o se tipifiquen varios delitos, en términos del artículo 18 del Código Penal Federal, es imperativo que se juzguen simultáneamente y en un solo proceso federal, como fuero prevaleciente, todos los delitos tipificados con el mismo hecho, aunque se trate de ilícitos del fuero federal y del fuero común, pues no podría en estos casos dividirse el proceso en dos, uno federal y otro local; sin embargo, cuando se trata de delitos ejecutados en actos distintos o por medio de conductas diferentes, o sea, en el caso de la acumulación real a que alude el mismo dispositivo legal, ya no hay inconveniente, si se trata de ilícitos del orden común y del orden federal, en que cada fuero juzgue por medio de sus tribunales, la ofensa penal tipificada en su propia legislación. Luego entonces, tratándose de competencia, el delito federal será atrayente respecto al del orden común sólo en presencia de un concurso ideal, no así cuando los ilícitos materia del proceso se cometan en concurso real, en cuya hipótesis el fuero federal no puede arrogarse, con mengua de la soberanía de los Estados de la Unión, el derecho a juzgar la conducta del acusado que pudiera tipificar un delito local, y cuyo examen estará, en todo caso, sujeto a los tribunales comunes."

CONCLUSIONES

Diferencias entre delito continuado, concurso real y concurso ideal.

–Entre el delito continuado y en el concurso real, si bien existen pluralidad de conductas, en el primero únicamente existe un solo propósito criminal (unidad de propósito), mientras que en el segundo existen variados propósitos delictivos como acciones en concurso.

–Entre el delito continuado y el concurso ideal de delitos. En el primero se exige una pluralidad de conductas, en el restante se precisa una conducta singular, amén de que en el concurso ideal se da una concurrencia de normas compatibles entre sí, y en el delito continuado existe violación reiterada de un mismo precepto penal (identidad de lesión jurídica).

–El concurso ideal se distingue del concurso real, porque en éste existe unidad de la conducta, razón por la cual también hay unidad de la pena, excluyéndose así el cúmulo de las penas correspondientes a las distintas leyes violadas.

Derribando el monopolio de la acción penal. (Un caso desde la defensoría pública federal)

Jorge Humberto Álvarez Moreno*

I

En la actualidad y como resultado de los avances reformadores en materia de justicia penal, algunos consideran que la acción penal y su ejercicio no es más un "monopolio" en el sentido semántico del término, esto es, el ejercicio exclusivo de una actividad, con el dominio o influencia consiguientes.¹ Se observa la tendencia de atemperar de manera eufemística el vocablo, en sí extraño a la ciencia jurídico penal o procesal penal por su evidente empleo metafórico, señalando que se trata de una "titularidad". Sin embargo, tampoco parece suficiente la matización, pues titular es aquella persona o entidad (Ministerio Público) que tienen un título o documento jurídico que la identifica, le otorga un derecho o la propiedad de algo, o le impone una obligación. En consecuencia, no parece acertado calificar el *ius puniendi estatal* y su vehículo procesal –la acción penal– como un derecho o una obligación de un sujeto específico de naturaleza estatal (Ministerio Público), sino más bien como una potestad, facultad o poder, lo cual con una visión de futuro hacia la reforma

* Defensor Público Federal.

¹ Comentando la reforma constitucional de 1994, Sergio García Ramírez señala que: La ley, la doctrina dominante y la jurisprudencia interpretaron el artículo 21 constitucional en el sentido de que confería al Ministerio Público un monopolio sobre el ejercicio de la acción penal. *Poder Judicial y Ministerio Público*, págs. 186 y 232, Porrúa, México, 1996. Sobre la vigencia de esta idea, véase: *infra*, nota 25.

al Sistema de Justicia Penal que se encuentra en *vacatio legis*, parece todavía más adecuado, si se piensa en no lejanas posibilidades para disponer, con base constitucional, del ejercicio o no ejercicio de la acción penal, atendiendo a criterios de "oportunidad", tanto en sentido horizontal como vertical.

No obstante la anterior reflexión, que sin duda puede ser sujeta a escrutinio más severo, lo cierto es que no sería justo esquilmarle al Constituyente Permanente, los loables esfuerzos legislativos para moderar, atemperar, disminuir, acotar o inclusive erradicar, el tan traído "monopolio" sobre el ejercicio de la acción penal, cuyo efecto reflejo en las decisiones judiciales no se ha hecho esperar, si bien su avance discurre lentamente en buena parte de la práctica jurídica, fuertemente asentada en ideas bizantinas, que se resiste a la caída no ya completa del "monopolio" del ejercicio de la acción penal, sino parcial en cualquiera de sus aspectos e implicaciones secundarias. Esta corriente encamina sus esfuerzos a sostener y apuntalar el "monopolio" de la acción penal, contra la inercia y el desgaste natural de un muro impasible que ha sufrido sensibles "agujeros" en su estructura, por vía de la reforma legislativa y la jurisprudencia, pero que permanece incólume hasta nuestros días y a cuyo derribo se centran los esfuerzos de aquellos a quienes, no en pocas ocasiones, subyuga su impenetrable constitución, pretextada bajo consideraciones abstractas y supraindividuales, lo mismo difusas como no del todo incontestables, tales como un pretendido interés social en la persecución del delito, tristemente amnésica del punto de partida de la cuestión, que pierde de vista que la investigación del delito y el ejercicio de la acción penal, no desdeñan la plena vigencia de un garantismo profundo y una legalidad insoslayable, para poder dignificar las intenciones sociales a las que dice servir, evitando así su carácter autoritario.

Nos parece que el primer esfuerzo serio y completo para atemperar el monopolio de la acción penal, se localiza en la reforma constitucional al párrafo cuarto del artículo 21, según decreto de fecha 30 de diciembre de 1994,² donde se introduce como nueva

² Al respecto, Guillermo Zepeda Lecuona opina que entre otras, por esta restricción: "podría decirse que la exclusividad del ministerio público en el ejercicio de estas atribuciones ya no

garantía individual, la posibilidad del control jurisdiccional de específicos actos del Ministerio Público, relacionados con el monopolio de la acción penal.³ Este primigenio golpe jurídico y legislativo al "monopolio", que surgió pensando no tanto en la intención de fortalecer la idea de una pretendida "buena fe" que se predica del ejercicio de la acción penal y de la Institución del Ministerio Público, que además tuviera en mente al probable responsable como eje central de la acción penal que se deduce, tan sólo cuando se den los presupuestos de comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, absteniéndose de su ejercicio en caso contrario. Paradójicamente, la primera ofensiva efectiva contra el "monopolio" de la acción penal, viene dada por la vía de su **no ejercicio**, contemplando en la palestra no al imputado, sino a la víctima o el ofendido como principal damnificado de ese tipo de determinaciones. En efecto, la reforma constitucional se orientó a moderar el monopolio, en su aspecto negativo, es decir, en la hipótesis del **no ejercicio o desistimiento de la acción penal** por la Representación Social, teniendo en mente sin duda alguna, no al probable responsable del delito sino a la víctima.

Tal parece que esa vía era la única que podría llevar a buen puerto la intención del legislativo, ya que si algo no se discute actualmente, es que los actos de autoridad efectuados por el Ministe-

es absoluta, es decir, ya no tiene alcances monopolísticos", *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, pág. 436, Fondo de Cultura Económica, México, 2004. Sergio García Ramírez va más lejos al señalar que: "La reforma de 1994-1995 suprimió el monopolio en el ejercicio de la acción penal" *Op. cit.*, págs. 162 y 232; según su parecer una de las tres potestades que conforman el monopolio *-resolver sobre el ejercicio de la acción penal-* quedó suprimida. De otro parecer es Juventino V. Castro, al señalar que "suponiendo que finalmente se aceptara la tesis por la que venimos abogando en el sentido de que el Ministerio Público quede sujeto al control de la justicia federal vía proceso de amparo -pudiendo cuestionarse sus abstenciones- este nuevo tratamiento no podría válidamente romper con el monopolio de él en el ejercicio de la acción penal, ya que nunca llegará a significar que el juez tribunal de amparo pudieren llegar a actuar como acusadores públicos". *El Ministerio Público en México. Funciones y Disfunciones*, págs. 99-100, 7ª. Edición, Porrúa, México, 1990.

³ Sobre el particular, Fabricio O. Guariglia señala: "la faz garantista del procedimiento penal se puede cumplir adecuadamente mediante un efectivo control jurisdiccional de los actos de aquél (ministerio público)", "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad", en *El ministerio público en el proceso penal*, pág. 85 nota 8, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

rio Público, relativos a la integración de la averiguación previa⁴ y

⁴ Véase, AVERIGUACIÓN PREVIA. ES IMPROCEDENTE EL AMPARO CUANDO SE RECLAMAN ACTOS U OMISIONES EN SU INTEGRACIÓN. No obstante que por reforma publicada el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro en el Diario Oficial de la Federación, el artículo 21 constitucional fue adicionado en el sentido de establecer la posibilidad de impugnar las resoluciones del Ministerio Público, tal impugnación sólo es factible tratándose del no ejercicio y del desistimiento de la acción penal, de tal suerte que si de las constancias de autos se advierte que el representante social se encuentra integrando la averiguación previa correspondiente, a través de ciertas diligencias encaminadas a comprobar el cuerpo del delito denunciado, así como la probable responsabilidad del inculcado, resulta evidente que la indagatoria respectiva se encuentra aún en su fase de integración, y en ese tenor, el amparo es improcedente en la medida en que no se trata de actos que se refieran, por ejemplo, a medidas y providencias de seguridad y auxilio a las víctimas de un delito, o al aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que están afectos a la reparación del daño, en cuyo caso pudieran afectarse derechos e intereses legítimamente tutelados en su favor; en otras palabras, si los actos reclamados se hicieron consistir en diversas omisiones, tales como no efectuar algunos requerimientos, citar y hacer comparecer al inculcado principal o emplear las medidas de apremio para lograr diversas comparecencias, que se atribuyen a la representación social durante la integración de la averiguación, carecen de definitividad para los efectos de la procedencia del juicio de amparo indirecto, pues si aún no se ha dictado resolución sobre el no ejercicio de la acción penal, menos aún puede sostenerse si las violaciones (actos u omisiones) cometidas durante la averiguación, privaron a la víctima o al ofendido por algún delito de los derechos que la ley le concede, pues la resolución del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal puede ser impugnada junto con las violaciones del procedimiento. Luego, las consideraciones expuestas conducen a sobreseer en el juicio con fundamento en el artículo 73, fracciones XV y XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con los diversos numerales 74, fracción III y 114, fracción II, de ese ordenamiento legal. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimotercer Circuito, Tomo XIX, Mayo de 2004, Página: 1745, Tesis: XXIII.1o.24 P* En la misma línea de razonamiento: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917–2000, Tomo II, Materia Penal, página 448, tesis 564, de rubro: "IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. CUANDO SE RECLAMAN DEL MINISTERIO PÚBLICO ACTOS RELATIVOS A LA INTEGRACIÓN DE UNA AVERIGUACIÓN PREVIA." y *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, enero de 1996, página 264, tesis VI.3o.8 P*, de rubro: "AVERIGUACIÓN PREVIA, CONTRA LAS DILIGENCIAS TENDENTES A INTEGRARLA, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO." Recientemente, así lo ha reiterado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "ACCIÓN PENAL. LA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y LA RESOLUCIÓN SOBRE EL EJERCICIO DE AQUÉLLA, NO LE IRROGAN PERJUICIO ALGUNO AL QUEJOSO, POR LO QUE NO PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone al Ministerio Público la facultad y obligación de investigar y perseguir los delitos, lo cual se da a través de las etapas de averiguación previa y de ejercicio de la acción penal. En este sentido, es indudable que no procede el juicio de amparo indirecto promovido contra la integración de la averiguación previa y el ejercicio de la acción penal, ya que en dicha fase procedimental no le irrogan al quejoso perjuicio alguno pues éste se materializaría hasta que la autoridad judicial que conozca de la causa penal determine si resulta procedente o no librar la correspondiente orden de aprehensión; estimar lo contrario, sería tanto como entorpecer dichas facultades y obligaciones conferidas al Ministerio Público, anteponiendo el interés particular al de la sociedad." Véase también, Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México*, págs. 99–100, U.N.A.M. México, 1992.

el ejercicio de la acción penal⁵ como tales, no causan afectación alguna al particular en sus garantías individuales, y por tanto, no son impugnables a través del juicio de amparo.⁶ No obstante lo anterior, no debe perderse de vista la importante jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde se establecieron excepciones a la regla general antes consignada, cuando se causan restricciones a la libertad, **derechos** o posesiones de los acusados.⁷

Congruentes con lo anterior, el único camino para moderar el "monopolio" tenía que discurrir sobre un sujeto procesal malamente considerado como extraño al procedimiento penal, caracterizado por algún doctrinario como el "convidado de piedra". Nos referimos

⁵ Véase, ACCIÓN PENAL. LA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y LA RESOLUCIÓN SOBRE EL EJERCICIO DE AQUÉLLA, NO LE IRROGAN PERJUICIO ALGUNO AL QUEJOSO, POR LO QUE NO PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone al Ministerio Público la facultad y obligación de investigar y perseguir los delitos, lo cual se da a través de las etapas de averiguación previa y de ejercicio de la acción penal. En este sentido, es indudable que no procede el juicio de amparo indirecto promovido contra la integración de la averiguación previa y el ejercicio de la acción penal, ya que en dicha fase procedimental no le irrogan al quejoso perjuicio alguno pues éste se materializaría hasta que la autoridad judicial que conozca de la causa penal determine si resulta procedente o no librar la correspondiente orden de aprehensión; estimar lo contrario, sería tanto como entorpecer dichas facultades y obligaciones conferidas al Ministerio Público, anteponiendo el interés particular al de la sociedad. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Novena Época, Tomo XX, Diciembre de 2004, Tesis: 1a. CXXXV/2004, Página: 351*. Mayores referencias a la jurisprudencia de la Quinta Época en, Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *Op. cit.*, págs. 61–62. Sobre la intrascendencia del carácter administrativo de los actos del Ministerio Público en la averiguación previa, para efectos del control véase: Zepeda Lecuona, Guillermo, *Op. cit.*, pág.112.

⁶ Por ello, Zepeda Lecuona considera que: "a pesar de esas pequeñas mellas o matices, se puede afirmar que el alcance del monopolio de la acción penal por parte del ministerio público goza de cabal salud para la gran mayoría de los casos". *Op. cit.*, pág. 440.

⁷ AVERIGUACIONES PENALES. La simple iniciación del proceso y las demás diligencias practicadas en la averiguación de un delito, si no restringen la libertad, derechos o posesiones de los acusados, no pueden importar una violación de garantías. *5a. Época; 1a. Sala; Ap. 1995; Tomo II, Parte SCJN; Pág. 33*. Al respecto, Juventino V. Castro ha puesto de relieve este doble aspecto del intento por moderar el monopolio, cuando señala: "No se nos oculta el que aparentemente toda nuestra anterior argumentación podría resultar contradictoria, porque la primera Tesis debe entenderse como un mensaje conminatorio para el ofendido por el delito, que se opone al no ejercicio de la acción penal, mientras que la segunda se refiere a lo opuesto, o sea al positivo ejercicio de la acción procesal persecutoria, y precisamente dirigido a los acusados inconformes, ahora por el acto de consignación a la autoridad judicial". *Op. cit.*, pág. 39.

desde luego a la víctima u ofendido por el delito, que hasta bien poco tiempo atrás, se consideraba como un "nadie" en el procedimiento, siendo ahora por medio de la reforma constitucional, indiscutible parte procesal.⁸

⁸ Así lo consideran diversos criterios jurisprudenciales: OFENDIDO Y VÍCTIMA DEL DELITO CON DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO. ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO. El artículo 20, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito tendrán derecho a recibir asesoría jurídica; a que se satisfaga la reparación del daño cuando proceda; a coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le preste atención médica de urgencia cuando lo requiera, y los demás que señalen las leyes. Del contenido del párrafo indicado, claramente se desprende que el derecho de la víctima o el ofendido a la reparación del daño constituye una garantía individual distinta a la de coadyuvancia con el representante social y a las demás a que se refiere el apartado constitucional en cita, por lo que la violación a ese derecho es susceptible de reclamarse a través del juicio de garantías, aun cuando de conformidad con lo estatuido por el artículo 10 de la Ley de Amparo, tal derecho esté limitado a los actos que emanen del incidente de reparación del daño o de responsabilidad civil, y a los surgidos dentro del procedimiento penal relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la indicada reparación o a la responsabilidad civil, pues, por un lado, el artículo 5o., fracción III, inciso b), de la Ley de Amparo reconoce el carácter de parte al ofendido o a las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño y, por otro, porque como se dijo, de conformidad con el último párrafo del artículo 20 constitucional, está reconocida como garantía individual en favor de la víctima del delito y del ofendido, el derecho a la reparación del daño, por lo que debe concluirse que éstas se encuentran legitimadas para instar el juicio de amparo contra las sentencias dictadas en el proceso penal respectivo, si consideran que la parte de la resolución que decidió sobre el tópico referido afecta ese derecho. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: VI, Noviembre de 1997, Tesis: XXIII.12 P, Página: 497* OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO. TIENE LA CALIDAD DE PARTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL, A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL DEL VEINTIUNO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL. El ordinal 20, apartado B, de la Constitución General de la República, adicionado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiuno de septiembre de dos mil, en vigor desde el veintiuno de marzo siguiente, consagra como garantías de la víctima u ofendido por algún delito, entre otras, el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público y a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, con lo cual se le reconoció constitucionalmente el carácter de parte dentro del proceso penal mexicano; ello es así, dado que de la exposición de motivos (de veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y nueve) que sustenta la reforma, el legislador evaluó la necesidad de otorgar garantías a la víctima u ofendido del delito para ser considerado como parte dentro del procedimiento, con la facultad expresa de poder constituirse no sólo en coadyuvante del Ministerio Público dentro de la averiguación previa y del proceso penal, sino además para estar en aptitud de instruir los elementos de convicción que acrediten el cuerpo del delito, la responsabilidad del inculpaado y la reparación del daño, en su caso, pudiendo incluso comparecer por sí o a través de su representante en todo acto procesal, a efecto de manifestar todo lo que a su derecho convenga; lo que sin duda lo coloca en una situación que le permite la defensa oportuna de sus intereses en cualquier estado del juicio, en razón de que se le deben recibir todos los datos o elementos de prueba con los que cuente y se deben practicar las diligencias correspondientes; inclusive, procesalmente está legitimado para la

Sin embargo, no han faltado criterios jurisprudenciales señalando que el reconocimiento del carácter de parte procesal a la víctima u ofendido con derecho a la reparación del daño y la legitimación activa para impugnar las resoluciones sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal que se les confiere con rango de garantía individual, no significa que se atente contra la titularidad o monopolio de la acción penal, en manos del Ministerio Público⁹

En fin, lo cierto es que el espíritu que inspiró al Constituyente Permanente para elevar a rango constitucional la posibilidad de impugnar las resoluciones del Ministerio Público en que determine

interposición de los recursos o medios de defensa que consagra la ley adjetiva de la materia y que sean necesarios para tal fin, sin que resulte una condición para ello que se le reconozca por parte del Juez como coadyuvante del Ministerio Público. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Agosto de 2002, Novena Época, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Tesis: I.9o.P8 P, página: 1337.* Ya se pronunciaba en el mismo sentido, con anterioridad a la reforma constitucional, Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *Op.cit.*, pág. 64.

⁹ Sobre ello el criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: ACCIÓN PENAL. LA PROCEDENCIA DEL AMPARO RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, NO INVADE EL MONOPOLIO DEL MINISTERIO PÚBLICO AL RESPECTO. La intervención del Poder Judicial Federal, en su función de instructor y resolutor del juicio de amparo en contra de las resoluciones sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, no puede considerarse invasora del monopolio que respecto del ejercicio de esa acción establece el artículo 102 de la Constitución General de la República, en favor del Ministerio Público, ya que en tal carácter, no llegará a conocer como Juez ordinario, ni en primera ni en segunda instancias del proceso, puesto que investido como juzgador constitucional, no es un tribunal de justicia común que, por medio de su arbitrio, valore acciones, pruebas y personas para aplicar las leyes con el conocimiento inmediato de los hechos que acontecieron, sino que es un tribunal de garantías constitucionales que respetando el arbitrio de los jueces del orden común, en la estimación legal de los hechos y en la apreciación de las pruebas, solamente juzga, a través del juicio de amparo, si con motivo de los actos de autoridad, sea ésta judicial, legislativa o administrativa, se han conculcado o no los derechos del gobernado garantizados por la Constitución, otorgando o negando la protección de la Justicia Federal en cada caso concreto. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, diciembre de 1997, página 108, Pleno, tesis P. CLXVII/97.* Véase también: VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. EL HECHO DE QUE CON MOTIVO DE LA ADICIÓN DEL APARTADO B AL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL SE ELEVARAN A RANGO DE GARANTÍAS INDIVIDUALES CIERTOS DERECHOS DE AQUÉLLOS, NO SIGNIFICA QUE SE ATENTE CONTRA EL PRINCIPIO RECTOR QUE CONCIBE AL MINISTERIO PÚBLICO COMO ÚNICO TITULAR DE LA ACCIÓN PENAL Y ÓRGANO PERSECUTOR DE LOS DELITOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Mayo de 2007, Tesis: XXI.1o.P.A.40 P, Tesis Aislada, Materia(s): Penal, Página: 2244.*

el no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del ofendido, está claramente subrayado en la iniciativa de reforma constitucional de cinco de diciembre de 1994, presentada por El Ejecutivo al Congreso, donde queda de manifiesto que la intención del legislador no fue otra, que erradicar (o por lo menos atemperar) el monopolio absoluto del ejercicio de la acción penal que se encontraba en manos de la Representación Social, a fin de otorgar mayor certeza jurídica al gobernado (ofendido) dentro de un procedimiento penal, evitando con ello la impunidad que, según refiere la iniciativa, agravia más al ofendido. La citada iniciativa presidencial de reforma constitucional, en lo conducente establece:

"MINISTERIO PÚBLICO.— Procedimientos legales para impugnar el no ejercicio de la acción penal.— Se propone sujetar al control de legalidad las resoluciones de no ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, dejando al legislador ordinario el definir la vía y a la autoridad competente para resolver estas cuestiones. Nuestra Constitución encomienda la persecución de los delitos al Ministerio Público y le confiere la facultad de ejercitar la acción penal siempre que existan elementos suficientes para confirmar la presunta responsabilidad de una persona y la existencia del delito. Cuando no lo hace, aun existiendo estos elementos, se propicia la impunidad y, con ello, se agravia todavía más a las víctimas o a sus familiares. No debe tolerarse que por el comportamiento negligente, y menos aún por actos de corrupción, quede ningún delito sin ser perseguido.— Por esta razón la iniciativa plantea adicionar un párrafo al artículo 21 constitucional a fin de disponer que la ley fije los procedimientos para impugnar las resoluciones del Ministerio Público que determinen el no ejercicio de la acción penal. De esta manera, la propuesta plantea que el Congreso de la Unión o, en su caso, las legislaturas locales analicen quiénes habrán de ser los sujetos legitimados, los términos y condiciones que habrán de regir al procedimiento y la autoridad competente que presente la cuestión para su resolución, que podrá ser jurisdiccional o administrativa, según se estime conveniente. **Con lo anterior se pretende zanjar**

un añejo debate constitucional, que en los hechos impidió que las omisiones del Ministerio Público fueran sujetas a un control de legalidad por un órgano distinto."¹⁰

II

Sin dejar de reconocer que el espíritu de la reformas constitucionales de los años 1994 y 2000, obedecen a un mismo enfoque de fortalecimiento a las expectativas legales de la víctima u ofendido, dentro de las que discurre "lanzar la primera piedra" al muro del "monopolio" de la acción penal, es evidente que la jurisprudencia ha matizado fuertemente ese propósito, evitando que la víctima tome en sus manos al cien por ciento, las facultades constitucionales y procesales que vienen dadas por su reconocimiento como parte procesal y logre su "reivindicación" o "renacimiento".¹¹

Igualmente, la reforma penal constitucional de dos mil ocho, publicada en el Diario Oficial de la Federación de dieciocho de junio, ha ampliado significativamente las posibilidades de participación procesal del ofendido, acrecentando el espectro de actos –*ministeriales* y *judiciales*– sobre los que es posible impugnar, tales como: a) omisiones en la investigación, b) resoluciones de reserva, c) resoluciones de no ejercicio, d) resoluciones de desistimiento de la acción penal y e) resoluciones de suspensión de procedimiento.¹²

Pero entonces la pregunta es: ¿qué queda del monopolio para el probable responsable?

¹⁰ Véase brevemente sobre el particular a García Ramírez, Sergio, *Op. cit.*, pág. 162.

¹¹ Sobre ello véase, Álvarez Moreno, Jorge Humberto, "La transformación del papel procesal de la víctima u ofendido en la reforma constitucional del año 2000", *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública* AÑO I num. 1.

¹² Véase, García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal constitucional 2007-2008*, pág.174, Porrúa, México, 2008. En forma optimista y apoyándose para ello en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, concluye el autor señalando que: "el ofendido, cuyos derechos procesales han crecido, como acaso también los sustantivos (si se considera que existe un derecho a la sanción del responsable, según ha comenzado a sugerirlo o entenderlo la jurisprudencia internacional, y un derecho al conocimiento de la verdad, también esclarecido por esta misma jurisprudencia), podrá acceder a la justicia en condiciones más favorables que las existentes hasta ahora. Con una legitimación ampliada –que puede llegar al ejercicio mismo de la acción– verá incrementado el espacio de sus libertades –y facultades consecuentes– y la capacidad de rescatar sus derechos, sin que ello signifique abandono de la trinchera por el Ministerio Público, que sería gravísimo", *ibidem*, pág. 175.

Un primer acercamiento respondería al cuestionamiento así: **todo**.¹³ En efecto, lo cierto es que en el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia nacional, no se ven atisbos de ensayar medios de defensa adecuada en contra de las inercias que el Ministerio Público proyecta sobre el probable responsable, cuando integra la averiguación y ejerce la acción penal, pues contra esta última determinación, en definitiva, no existe oportunidad de impugnación jurídica legislada.¹⁴

Bajo esa perspectiva, queda entonces preguntarse, si la segunda ofensiva contra el "monopolio" del ejercicio de la acción penal, habrá de venir a concretarse por la misma vía, esto es, por las determinaciones de su **no** ejercicio, pero cuando el afectado resulte ser el propio probable responsable. Y es que efectivamente, así como tales determinaciones pueden ser impugnadas hoy día por la víctima, mediante el juicio de amparo en el ámbito federal, y a través de otros instrumentos jurisdiccionales creados *ex profeso* en algunas entidades federativas, no se vislumbra en la normativa aplicable ningún medio de defensa efectivo contra las mismas determinaciones, cuando en base al procedimiento interno de cada Procuraduría General de Justicia, es de acordarse previa consulta de un agente del Ministerio Público especialmente designado como auxiliar del Procurador, que no procede autorizar el **no** ejercicio de la acción penal, lo que evidentemente causa afectación al probable responsable.

Entonces, en la hipótesis que vamos construyendo, la diferencia específica viene dada por el sujeto que resulta afectado con la falta de autorización de una determinación ministerial de no ejerci-

¹³ Lo anterior desde luego, con la salvedad constitucional que, en forma todavía incierta por falta de desarrollo en la legislación secundaria, ha establecido la reforma de dos mil ocho al párrafo segundo del artículo 21, al prever la posibilidad de la acción penal privada, que evidentemente se traduce en una "fractura" –según matices– del monopolio. Así señala la parte final del párrafo segundo: "La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial."

¹⁴ Al respecto, Zepeda Lecuona señala: "para las determinaciones del ministerio público que definen el destino de la averiguación, (por ejemplo, el archivo con reservas o definitivo, la consignación o el no ejercicio de la acción penal), el acceso al amparo ha sido limitado y no exento de dificultades, predominando en estas decisiones los mecanismos de control interno", *Op. cit.*, pág. 118.

cio de la acción penal, que aunque inicialmente se encuentre apoyada en alguna de las causas regularmente legisladas en los Códigos de Procedimientos Penales nacionales (falta de comprobación del delito o probable responsabilidad, extinción de la acción penal por alguna de sus causas y obstáculo insuperable de prueba), no resulta estimada procedente por los servidores públicos de la institución del Ministerio Público, que tienen la facultad para dictaminar y autorizar, en definitiva, el archivo de la averiguación previa y que generalmente son a fin de cuentas, superiores jerárquicos del Representante Social que consulta el no ejercicio.

Aquí, la oportunidad para impugnar el acto que vulnera el interés de una de las partes, es inversa a la del ofendido; no se trata de revisar la legalidad o constitucionalidad de una resolución en donde se autorice en definitiva el **NO** ejercicio de la acción penal, que diluye las posibilidades de hacer reales las expectativas de reparación del daño, entre otras, para la víctima u ofendido. En cambio, se trata de que el probable responsable, cuente con la posibilidad de atacar la determinación contraria, es decir, aquella que niega dictaminar favorablemente y por tanto, autorizar en definitiva la consulta de no ejercicio planteada por el Representante Social que integra la indagatoria en su contra, que *ab initio* es claramente favorable a los intereses del imputado, razón por la que, al negarse su autorización, acarrea perjuicios exclusivamente al probable responsable, al traducirse para su interés, en la continuación de la averiguación previa conservando el estatus de indiciado.

Y es que no puede perderse de vista, que con diversos matices, por lo general el no ejercicio de la acción penal viene dado por la conjunción ordenada y lógica de varios actos jurídicos de carácter interno en la averiguación previa, en donde también intervienen diversos servidores de la Institución del Ministerio Público, según las facultades previstas en sus respectivas leyes orgánicas y reglamentos. Sin embargo, generalmente el hilo conductor de esta resolución, nace cuando en determinado estado de la averiguación previa, el Ministerio Público investigador que tiene a cargo su inte-

gración, adquiere la convicción de que en base al resultado de sus investigaciones, opera una causa legal que amerite **consultar** a su superior jerárquico –*mediante una ponencia fundada y motivada*–, la posibilidad de no ejercer la acción penal ante los Tribunales. Una vez formulada la **consulta**, por regla general es sometida a un escrutinio pormenorizado en sus fundamentos lógico jurídicos y la causa legal en que se apoya, por parte de otro Representante Social con facultades específicas para dicho propósito, determinando la procedencia o improcedencia de la consulta planteada, emitiendo una opinión condensada en un **dictamen**. Por último, la consulta y el dictamen son sometidos al poder decisorio del mismo Procurador que preside la institución del Ministerio Público, para que sea él mismo u otro servidor de elevada posición jerárquica dentro de la estructura organizada de la unidad, quien resuelva por delegación de facultades y en definitiva, la **autorización o improcedencia** del dictamen sobre la consulta de no ejercicio de la acción penal.¹⁵

También por lo regular también, las legislaciones de procedimientos penales previenen la posibilidad de inconformarse con las determinaciones del Representante Social, en que considere procedente o resuelva no ejercer la acción penal; sin embargo, la legitimación activa para ensayar ese *sui generis* medio de defensa de carácter interno, tan sólo viene dada en la figura de la víctima u ofendido, o bien, el denunciante o querellante.

Sin embargo, el probable responsable no encuentra en el estado actual de la legislación de procedimientos penales, medios de defensa para combatir el evento en que, consultado el no ejercicio de la acción penal en su favor, esa resolución se dictamina en sentido contrario por el agente del Ministerio Público auxiliar del Procurador, o bien y en definitiva, se niega la autorización de la consulta por éste último servidor, sin que al respecto, el imputado pueda hacer otra cosa que esperar pacientemente el eventual resultado que arroje la continuación de la

¹⁵ Sobre esta somera y condensada descripción del procedimiento para la autorización o desaprobación del no ejercicio de la acción penal puede verse a: **Zepeda Lecuona, Guillermo**, *Op. cit.*, pág. 115.

averiguación previa y la investigación del delito, aún en los casos más graves en donde la propia acción penal está extinguida por alguna causa, o no estándolo, es imposible su ejercicio por existir imposibilidad probatoria sobre sus presupuestos materiales (cuerpo del delito y probable responsabilidad).

Ahora bien, es evidente que un dictamen sobre la consulta de no ejercicio de la acción penal que no esté debidamente fundado y motivado, por desestimar sin razón legal ni causa jurídica, la opinión favorable al no ejercicio resuelta por el agente que investiga el delito e integra la averiguación previa, será lo menos conculcatorio de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica que disfruta todo gobernado. Sin embargo, la opinión jurisprudencial discurre en sentido contrario. En efecto, hemos señalado que no existe medio de defensa ordinario, administrativo o jurisdiccional, al alcance del probable responsable, para combatir el evento en que el dictamen sobre la consulta de no ejercicio de la acción penal, resulte adverso a sus intereses, o bien, no sea autorizado en definitiva por el Procurador. Sin embargo, también se ha señalado que estas últimas determinaciones, no son ajenas a errores jurídicos que entrañen incorrecta aplicación de disposiciones legales o falsa apreciación de los hechos que motivan la investigación penal.

Bajo este panorama, es claro que tales determinaciones, sólo podrían impugnarse mediante el juicio de amparo, si es que sus fundamentos y consideraciones se apartan de las leyes aplicables, gracias a ese amplio efecto que en análisis de cuestiones de legalidad, dispensa la garantía constitucional contenida en el artículo 16 de la norma fundamental. Sin embargo, la jurisprudencia de los Tribunales y de la Primera Sala, de antaño han sido reacias a estimar la procedencia del amparo en contra de las resoluciones señaladas (dictamen y autorización), atendiendo a dos tipos de argumentación.

La primera se basa en razonamientos relativos a que tales actos los emite el Procurador General de Justicia y sus agentes, en su carácter de partes integrantes de la institución denominada "Ministerio Público", y en uso de la facultad persecutora de los delitos a que

se contrae el artículo 21 de la Constitución General de la República, la cual no constituye un derecho privado, es decir, no conforma la esfera jurídica de los particulares, sino un derecho social, porque su ejercicio está atribuido en exclusiva a dicha institución, lo que hace improcedente el juicio de amparo conforme a los artículos 73 fracción XVIII, en relación con el 1º fracción I de la Ley de Amparo.

La segunda argumentación considera que tales determinaciones, no irrogan perjuicio al accionante, pues éste se materializaría hasta que la autoridad judicial que conozca de la causa penal determine si resulta procedente o no librar la correspondiente orden de aprehensión, actualizando la diversa causal de improcedencia prevista por la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo, rematando con el argumento de que estimar lo contrario, sería tanto como entorpecer las facultades y obligaciones conferidas al Ministerio Público.

Es común que los jueces de Distrito apoyen los anteriores argumentos citando precedentes jurisprudenciales del siguiente tenor literal:

ACCIÓN PENAL. LA INTEGRACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y LA RESOLUCIÓN SOBRE EL EJERCICIO DE AQUÉLLA, NO LE IRROGAN PERJUICIO ALGUNO AL QUEJOSO, POR LO QUE NO PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone al Ministerio Público la facultad y obligación de investigar y perseguir los delitos, lo cual se da a través de las etapas de averiguación previa y de ejercicio de la acción penal. En este sentido, es indudable que no procede el juicio de amparo indirecto promovido contra la integración de la averiguación previa y el ejercicio de la acción penal, ya que en dicha fase procedimental no le irrogan al quejoso perjuicio alguno pues éste se materializaría hasta que la autoridad judicial que conozca de la causa penal determine si resulta procedente o no librar la correspondiente orden de aprehensión; estimar lo contrario, sería tanto como entorpecer dichas facultades y obligaciones conferidas al Ministerio Público, anteponiendo el interés particular al de la sociedad.¹⁶

¹⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Diciembre de 2004, Novena Época, Primera Sala, Tesis: 1a. CXXXV/2004, página: 351.

AVERIGUACIÓN PREVIA. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE EMITE EL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO, QUE DESESTIMA LA PROPUESTA DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL ORDENANDO SU CONTINUACIÓN. De una interpretación sistemática del artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, el cual establece que el juicio de amparo es improcedente cuando la improcedencia resulte de alguna otra disposición de la ley, así como del diverso artículo 1o., fracción I, de la propia ley de la materia a contrario sensu, que dispone que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales, se llega a la conclusión de que el juicio de garantías es improcedente en los casos en que no exista una garantía que pueda ser violada con el acto reclamado; de ahí que sea válido sostener que el efecto del mandamiento del titular de la representación social estatal, que estima que por el momento no es posible confirmar el no ejercicio de la acción penal propuesto por un agente del Ministerio Público investigador, en virtud de considerar que son necesarias para la continuación de la indagatoria que se practiquen diversas diligencias para su debida integración, actuaciones que, con independencia de su legalidad, no pueden constituir violación a derechos públicos subjetivos, en la medida que son emitidas en pleno ejercicio discrecional derivado del derecho social que corresponde al Ministerio Público, toda vez que el artículo 21 constitucional otorga a dicha institución la facultad exclusiva de la persecución de los delitos y del ejercicio de la acción penal ante los tribunales, más aún, que la resolución materia del acto reclamado no constituye en sí un fallo dentro del cual se haya resuelto sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, sino que consiste en una resolución que no aprueba la determinación o propuesta de no ejercicio de la acción penal emitida por su inferior.¹⁷

¹⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Septiembre de 2002, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, Tesis: IV.2o.P3 P, Página: 1336.

AVERIGUACIÓN PREVIA PENAL. AUTO QUE REVOKA LA DETERMINACIÓN DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y ORDENA SU CONTINUACIÓN. AMPARO IMPROCEDENTE. Conforme a lo dispuesto por el artículo 1o., fracción I, de la Ley de Amparo, el juicio de garantías tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen garantías individuales. De ello se desprende, a contrario sensu, que el juicio de amparo es improcedente en los casos en que no exista una garantía que pueda ser violada con el acto reclamado. Así, cuando se reclama un auto en el que el procurador general de Justicia revoca la determinación de no ejercicio de la acción penal externada por el agente del Ministerio Público y ordena la continuación del procedimiento de averiguación previa penal respectivo, el amparo es improcedente porque dicho acto lo emite el procurador general de Justicia, en su carácter de parte integrante de la institución denominada "Ministerio Público", y en uso de la facultad persecutora de los delitos a que se contrae el artículo 21 de la Constitución General de la República, la cual no constituye un derecho privado, es decir, no conforma la esfera jurídica de los particulares, sino un derecho social, porque su ejercicio está atribuido en exclusiva a dicha institución. Lo anterior, conduce a concluir que el amparo enderezado en contra del referido acto reclamado, es improcedente y debe sobreseerse conforme a los artículos 74, fracción III, y 73, fracción XVIII, en relación con el 1o., fracción I, todos de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales.¹⁸

Ni qué decir sobre la improcedencia del juicio de amparo indirecto, en los casos que versan sobre la determinación ministerial de **reserva** de la averiguación previa, sin importar que el afectado sea el ofendido o el probable responsable, de lo cual son paradigmáticos los siguientes criterios jurisprudenciales:

AMPARO IMPROCEDENTE. EL ACUERDO QUE DECRETA LA RESERVA DEL EXPEDIENTE DE AVERIGUA-

¹⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, VIII, Julio de 1998, página 342, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, Tesis: IX.2o.11 P.

CIÓN PREVIA DICTADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO, NO AFECTA EL INTERÉS JURÍDICO DE LOS INCULPADOS. De conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, la averiguación previa tiene la finalidad de que el Ministerio Público lleve a cabo todas las diligencias necesarias para acreditar los elementos del delito denunciado y la presunta responsabilidad del inculcado, pero si dichos extremos no se acreditan debidamente para llevar a cabo la consignación ante el Juez competente y considera que con posterioridad pueden allegarse otros datos para proseguirla, en términos del artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Penales debe decretar la reserva de la indagatoria y suspender la actividad investigadora, para ordenar a la Policía Ministerial que se aboque a recabar datos suficientes para esclarecer los hechos y poder concluirla debidamente, pues dicha determinación la emite al no contar con datos para identificar plenamente al indiciado, porque no ha sido posible el desahogo de una prueba o porque las desahogadas no son bastantes para justificar el ejercicio o el no ejercicio de la acción penal; de ahí que dicho acuerdo, que es de mero trámite, ya que no concluye en definitiva con la función constitucional de investigar los hechos denunciados, no causa agravio al solicitante de garantías pues no lo afecta directamente y, por lo mismo, el juicio de amparo promovido en su contra se torna improcedente en términos del artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo, pues si bien el Ministerio Público al integrar una averiguación previa actúa como autoridad, el desahogo de diligencias para tal fin no transgrede derecho subjetivo sustantivo de los gobernados.¹⁹

RESERVA DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. AL NO SER DICHO ACUERDO UNA RESOLUCIÓN DE DESISTIMIENTO O DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, NI TENER EL CARÁCTER DE DEFINITIVA ES IMPROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO EN SU CONTRA. Del análisis del artículo 131 del Código Federal de Procedimientos

¹⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Julio de 2006. Novena Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, página 1154, Tesis I.3o.P80.P

Penales, se deduce que si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación, pero con posterioridad pudieran allegarse datos para proseguir la averiguación, el expediente se reservará hasta que aparezcan esos elementos de convicción, mientras tanto, el Ministerio Público ordenará a la policía la práctica de las investigaciones correspondientes que permitan esclarecer los hechos, amén de los que esté en aptitud de aportar el ofendido, esto es, no se trata de una resolución definitiva, sino transitoria originada por la insuficiencia de pruebas. Por otro lado, el derecho para impugnar resoluciones de no ejercicio y desistimiento de la acción penal, fue elevado al rango de garantía constitucional, lo cual tuvo como propósito garantizar los derechos de las víctimas, de sus familiares, de los ofendidos y de la sociedad misma, haciendo respetar las garantías individuales que resulten vulneradas con motivo de un delito, además, al tener dicha determinación el carácter de definitiva, es susceptible de ser analizada por un órgano constitucional en términos de los artículos 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114, fracción VII, de la Ley de Amparo. En consecuencia, si la reserva de la averiguación previa no es una resolución de desistimiento o de no ejercicio de la acción penal, ni es definitiva, ello permite concluir que el amparo indirecto que en contra de tal decisión se promueva es improcedente, toda vez que el ofendido, ante un acuerdo transitorio de reserva, está en aptitud legal de aportar nuevas pruebas para que se haga la consignación respectiva, y será hasta que transcurra un tiempo razonable sin que se emita pronunciamiento alguno, cuando se esté en aptitud de acudir a la instancia constitucional para reclamar la tardanza en resolver.²⁰

En cualquier caso, es evidente que al menos el segundo criterio jurisprudencial relacionado, queda superado por el contenido de la fracción VII del nuevo apartado "C" del artículo 20 Constitucional, según el decreto de reformas constitucionales al enjuiciamiento penal publicado en el Diario Oficial de la Federación el pasado 18 de

²⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Octubre de 2007, Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, página 3274, tesis XIX.1o.9 P.

junio de 2008, pues entre los derechos que asisten a la víctima o el ofendido, se encuentra específicamente prevista la posibilidad de impugnar judicialmente, además de las resoluciones de no ejercicio y desistimiento de la acción penal, también la de **reserva** que pronuncie el Ministerio Público.²¹

En particular, consideramos que las ideas que subyacen en los criterios jurisprudenciales transcritos, alimentan el inescrutable muro del monopolio, atendiendo a argumentos de corte difuso y general, que no son del todo estimables. En primer lugar, debe señalarse que el hecho de que la investigación de los delitos no sea un derecho privado²² que conforme la esfera jurídica de los particulares, sino un derecho social, en modo alguno equivale a expresar que el Ministerio Público no puede violentar garantías individuales al proceder a investigar los delitos. En segundo término, es falso que la práctica de diligencias ilegales, ociosas o inadecuadas para los fines de la

²¹ Art. 20.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. . . . C. De los derechos de la víctima o del ofendido: . . . VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como **las resoluciones de reserva**, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

²² La presencia de esta idea en criterios jurisprudenciales más antiguos: **IMPROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA EL MINISTERIO PUBLICO CUANDO EJERCITA LA ACCION PENAL**. El artículo 21 constitucional, es preciso al consignar, en favor del Ministerio Público de manera exclusiva, el ejercicio de la acción penal y la persecución de los delitos, lo cual hace sin traba ni distingo de ninguna especie; en tales condiciones, la procedencia del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, aun en el supuesto de que sea de juzgarse indebida, lesionaría, en último caso **el derecho social de perseguir los delitos**, lo cual podría ser motivo de fincar en su contra un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera daría materia para controversia constitucional, **ya que dicha acción no está comprometida en el patrimonio de los particulares, ni constituye un derecho privado de los mismos, sino de la sociedad**. *Semanario Judicial de la Federación*, VIII, Noviembre de 1991, Octava Época Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, página: 222. **MINISTERIO PUBLICO, AMPARO CONTRA EL, POR NO EJERCITAR DE LA ACCION PENAL**. No habiendo diligencias pendientes que practicar en la averiguación previa, si a juicio del Ministerio Público no hay acción penal que ejercitar, son infundados los argumentos hechos valer por la denunciante quejosa contra la resolución de archivar, especialmente en lo que se refiere al interés jurídico que dice tener para que se castigue a los delincuentes, pues **tal interés no es patrimonio de particulares, sino atribución que expresamente ha sido encomendada al Ministerio Público para que ejercite la acción penal, y a la autoridad judicial para que imponga las penas, según lo dispone el artículo 21 constitucional**. *Semanario Judicial de la Federación*, CII, Quinta Época, Primera Sala, página: 2078.

investigación, o la continuación innecesaria de la averiguación cuando la acción penal esta extinta, no irroguen perjuicio al imputado, sino hasta el evento de que se libre la orden de aprehensión en diversa etapa del procedimiento penal, pues al menos en el último caso, ello no debiera ocurrir, y tan es así, que la propia Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha emitido la siguiente jurisprudencia, a propósito de la negativa de la Representación Social a respetar la garantía de defensa adecuada de cuya formación participa el ofrecimiento y desahogo de pruebas en la etapa de averiguación, considerando que en esos casos, no sólo se irroga un perjuicio al quejoso, sino que se trata de actos de imposible reparación, por tratarse de dos etapas del procedimiento penal, plenamente diferenciadas y que acarrearán una vez superadas, cambio de situación jurídica para el gobernado:

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.

El acuerdo del Ministerio Público que niega la recepción de pruebas en la averiguación previa, ofrecidas por el indiciado no privado de su libertad, constituye un acto de ejecución de imposible reparación impugnabile en amparo indirecto al violar la garantía de defensa contenida en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, porque aunque el procedimiento penal es único, en términos del artículo 1o. del Código Federal de Procedimientos Penales, aquél consta de tres etapas, a saber: la averiguación previa, la preinstrucción y la instrucción, las cuales tienen independencia procesal no sólo por el cambio de naturaleza de la representación social durante la secuela procedimental –que en la averiguación previa actúa como autoridad y en las restantes etapas como una parte procesal subordinada a las decisiones del órgano jurisdiccional–, sino porque superar la etapa de averiguación previa trae aparejadas otras secuelas para las demás partes, sobre todo para el

indiciado, quien quedará a disposición de la autoridad judicial, y probablemente sujeto a proceso en virtud de un auto de formal prisión, y aunque dichas consecuencias procesales no sean resultado directo de la negativa del Ministerio Público a aceptar una prueba, sino del ejercicio de la acción penal, sí pueden considerarse como resultado de una violación a la garantía de defensa, que quedaría irreparablemente consumada, pues si bien puede combatirse ante el órgano jurisdiccional, ello ocurriría en otra etapa procesal cuya independencia está perfectamente determinada, y en la que necesariamente habrá cambiado la situación jurídica del agraviado.²³

En tercer lugar, aun cuando puede considerarse acertadamente que la investigación de los delitos no constituye un derecho privado de la esfera particular del gobernado (no existe acción penal privada ni aun en la querella, al menos hasta la entrada en vigor del nuevo párrafo segundo, parte final del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), ese argumento fue efectivo cuando se proyectaba hacia el interés de la víctima u ofendido, antes de la reforma constitucional de 1994 y 2000, pero en modo alguno puede traerse a colación, cuando quien sufre el atentado en sus garantías individuales por la falta de fundamentación y motivación que acusa el **dictamen** o la **falta de autorización** de la consulta de no ejercicio de la acción penal, es el probable responsable, violando además la garantía de defensa adecuada en este punto, pues lo cierto es que se le está privando de la posibilidad de acudir a un medio de defensa extraordinario como es el amparo, para combatir un ataque a sus garantías individuales por parte de una autoridad, al ser tal el carácter con que actúa el Ministerio Público en la etapa de la averiguación previa.

Por último, es cierto que la sociedad esta interesada de una manera general, en la investigación de los hechos constitutivos de delito; sin embargo, ese interés también se traduce socialmente, en que la función investigadora se lleve a cabo respetando cabalmente el Estado Democrático y de Derecho y el catálogo garantista que la Constitución Federal otorga a toda persona inculpada en un procedimiento penal, así como los derechos

²³ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Julio de 2005, Novena Época, Primera Sala, Página: 221, Tesis: 1a./J. 41/2005.

específicos que le asisten al individuo imputado, aún en la etapa de averiguación previa, de tal manera que, igual o mayor peso específico en atención al interés social y el orden público, reviste el que la sociedad cuente con la certeza de que la investigación de los delitos que efectúa el Ministerio Público en cumplimiento a su obligación constitucional, se lleve a cabo con pleno respeto a las garantías de legalidad y seguridad jurídica, que bien pueden ser y son conculcadas frecuentemente en actos de autoridad consistentes en **dictámenes** y negativas de **autorización** de consultas sobre el **no** ejercicio de la acción penal, especialmente cuando carecen de fundamentación y motivación, por aplicar o dejar de aplicar, las más de las veces, estrictamente la ley penal sustantiva y adjetiva.

Además, con las argumentaciones contenidas en los criterios jurisprudenciales transcritos, se socava la verdadera tarea y fin del derecho procesal penal, que no puede apartarse de la protección del principio de formalidad, el cual, dentro de un procedimiento penal propio del Estado de Derecho –*con independencia de la etapa en que se desarrolle*–, no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica;²⁴ es decir, el Ministerio Público, al igual que cualquier otra autoridad en términos del artículo 11 de la Ley de Amparo, no puede ni debe estar excluido del examen sobre la constitucionalidad de sus actos, so pretexto de una falsa ausencia de interés jurídico en la persona del probable responsable.

III

En conclusión, si bien la jurisprudencia no abandona en definitiva el reconocimiento del carácter monopólico sobre el ejercicio de la acción penal y la integración de la averiguación previa que le antecede lógicamente, ambos ostentados por su titular el Ministerio Público, no debe expresarse pesimismo infundado ni resignación sobre el punto²⁵. Ello se debe a que existen notorios esfuerzos de

²⁴ **Roxin, Claus**, *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª. Edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, página 2, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

²⁵ Cabe observar que con la adición de un nuevo párrafo segundo al artículo 21 constitucional, según el decreto de reformas constitucionales publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 12 de junio de 2008, el monopolio del ejercicio de la acción penal otorgado al Ministerio Público, queda seriamente limitado con la introducción de la acción penal privada,

interpretación para moderar el monopolio y derribar su contemplación estática e impenetrable, acusando recibo de las críticas a los planteamientos que contienen criterios jurisprudenciales ya superados, tales como la falta de interés jurídico del probable responsable para acudir al juicio de amparo contra actos en la averiguación previa, e inclusive, actos derivados de la resolución sobre consultas de no ejercicio de la acción penal por el Procurador de Justicia, como revelan los siguientes criterios jurisprudenciales, que no habremos de comentar mayormente por no ser el eje central de esta contribución, pero que contienen casos específicos de actos e inercias del Ministerio Público producidos durante la averiguación previa, contra los que procede el juicio de amparo, sea que se trate del probable responsable o la víctima u ofendido.

ACCIÓN PENAL. EL PRESUNTO RESPONSABLE TIENE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CONTRA LA ABSTENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PRONUNCIARSE SOBRE EL EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA. De la interpretación conjunta de los artículos 1o. y 21, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevén, respectivamente, que dentro del territorio nacional todo individuo gozará de las garantías que otorga la propia Constitución, las cuales únicamente podrán restringirse o suspenderse en los casos y con las condiciones que ella establezca y que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán impugnarse por vía jurisdiccional, se advierte que la propia Constitución Federal consagra a favor de los gobernados interesados el derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, así como la

cuyos contornos, límites y perspectivas, habrán de delinear la legislación secundaria y la propia jurisprudencia. Así, señala el citado párrafo en su parte final que "El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. *La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.*" Al respecto, véase: **García Ramírez, Sergio**, Op.cit., "La Reforma Penal constitucional 2007–2008", págs. 176–178.

abstención de dicha representación social de pronunciarse al respecto, siendo procedente el juicio de amparo indirecto contra tales actos u omisiones, mientras no se establezca en la legislación penal secundaria un medio de defensa ordinario. Ahora bien, la referida garantía no sólo permite a la víctima u ofendido de un delito, al denunciante o querellante y a sus familiares interponer el juicio de amparo contra la abstención del Ministerio Público de pronunciarse sobre el ejercicio o desistimiento de la acción penal, *sino que también el presunto responsable tiene interés jurídico para interponerlo, en tanto que tal abstención afecta su esfera jurídica al dejarlo en estado de incertidumbre sobre su situación jurídica respecto de los resultados arrojados por la averiguación previa, ya que desconoce si las conductas por él realizadas se adecuan a algún tipo penal establecido en la ley o si, por el contrario, no hay elementos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y su presunta responsabilidad en los hechos denunciados.*²⁶

JUECES DE DISTRITO. ESTÁN FACULTADOS PARA APRECIAR SI HA TRANSCURRIDO UN PLAZO RAZONABLE PARA QUE EL MINISTERIO PÚBLICO EMITA ALGÚN PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL EJERCICIO O NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y PARA, EN SU CASO, IMPONERLE UNO PARA QUE DICTE LA RESOLUCIÓN QUE CORRESPONDA COMO RESULTADO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. La circunstancia de que el juicio de amparo indirecto sea procedente en contra de la abstención del Ministerio Público de pronunciarse sobre el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, autoriza al juzgador de amparo a apreciar en cada caso concreto si ha transcurrido un plazo razonable para que la representación social dicte la resolución que conforme a derecho corresponda, con base en las manifestaciones del quejoso y las de la propia autoridad responsable en su informe con justificación, sin que ello implique otorgar al juzgador constitucional la facultad de estudiar

²⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Mayo de 2005, Novena Época, Primera Sala, tesis 1a./J. 17/2005, página: 15.

el fondo de la denuncia o querella planteada por el gobernado, sino únicamente la de imponer, en su caso, a dicha representación un plazo prudente para que dicte su resolución.²⁷

ACCIÓN PENAL. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE LA ABSTENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PRONUNCIARSE SOBRE EL EJERCICIO O NO EJERCICIO DE AQUÉLLA. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que el juicio de amparo indirecto es procedente en contra de las determinaciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, mientras no se establezca el medio ordinario de impugnación en la vía jurisdiccional. Ahora bien, dicha procedencia debe hacerse extensiva en contra de la abstención del representante social de pronunciarse sobre los resultados que arroje la averiguación previa, en virtud de que tal omisión tiene los mismos o más graves efectos que los de una resolución expresa de no ejercicio o desistimiento. Esto es así, porque el gobernado queda en completo estado de incertidumbre e inseguridad jurídica con respecto a la persecución de los presuntos delitos por él denunciados, situación que precisamente quiso evitar el Constituyente Permanente al propugnar por la reforma del cuarto párrafo del artículo 21 de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994. En consecuencia, para hacer efectivo el propósito del Constituyente Permanente, consistente en procurar que las denuncias sean atendidas y que el Ministerio Público ejercite las funciones de investigación que le encomienda la ley, *resulta procedente otorgar a los particulares el derecho de recurrir la omisión de éste de emitir algún pronunciamiento como resultado de la averiguación previa, a través del juicio de amparo indirecto, hasta en tanto no se establezca el medio ordinario de impugnación; pues, de lo contrario, en nada beneficiaría al gobernado contar con el derecho de impugnar la resolución expresa de no ejercicio de la acción penal, si no cuenta con la facultad de exigir su emisión.*²⁸

²⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Mayo de 2001, Novena Época, Primera Sala, página 142, tesis 1a./J. 24/2001.

²⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Mayo de 2001, Novena Época, Primera Sala, tesis 1a./J. 16/2001, página 11.

JUICIO DE AMPARO. LEGITIMACIÓN DEL OFENDIDO PARA PROMOVERLO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA, CUANDO SE LE IMPIDE ACCESO AL EXPEDIENTE. El ofendido por la comisión de un delito está legitimado para promover juicio de garantías durante la averiguación previa, si el acto reclamado consiste en que el Ministerio Público le impide tener acceso al expediente respectivo. Esto es así, pues si bien el artículo 10 de la Ley de Amparo, establece los casos en que la víctima y el ofendido, como titulares del derecho de exigir la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, pueden promover amparo, dicho numeral no debe interpretarse de manera restrictiva, tomando en consideración que el último párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que, en todo proceso penal, el ofendido tiene la facultad de recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño, a coadyuvar con el Ministerio Público, así como otras prerrogativas que señalen las leyes secundarias. Por lo que si el ofendido puede acudir ante el representante social a solicitarle que realice las diligencias necesarias para la protección de sus intereses o proporcionar elementos que acrediten el cuerpo del ilícito de que se trata y la probable responsabilidad del indiciado durante el periodo de la investigación, la actuación del Ministerio Público debe estar sujeta al control constitucional para proteger los derechos fundamentales del ofendido, quien también posee el carácter de gobernado.²⁹

ACCIÓN PENAL. SU REITERADO EJERCICIO EN DIVERSAS CAUSAS AUNQUE POR DIVERSOS DELITOS, PERO APOYADA EN LOS MISMOS HECHOS TOMADOS EN CONSIDERACIÓN EN AQUÉLLOS INFRINGE EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 15/95, publicada en la página 97 del Tomo II, noviembre de 1995, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, intitulada:

²⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIII, Mayo de 2001, tesis I.5o.P.12 P, página 1165.

"MINISTERIO PÚBLICO AL INCOAR OTRA AVERIGUACIÓN POR DELITO DIVERSO AL INculpADO ADVERTIDO CON POSTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, NO INFRINGE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.", estableció que una vez iniciado el procedimiento penal respectivo y si el Ministerio Público se percató de la existencia de un diverso delito del que con anterioridad ejerció acción penal, puede radicar nueva averiguación previa por separado, con apoyo en los mismos hechos de los que ya tenía conocimiento al integrar la primera en contra del indiciado, a fin de que sobre cada delito que se le impute haya una resolución expresa que declare su probable responsabilidad y tenga conocimiento exacto de los hechos delictivos que se le imputan, y de los elementos que se tomaron en cuenta para presumirlo responsable de delito, y esté en posibilidad de normar su defensa. De lo que se sigue, que la nueva indagatoria no debe apoyarse en hechos que ya fueron tomados en consideración en anteriores causas penales en las que se decretó la libertad del indiciado en acatamiento a diversas ejecutorias pronunciadas en juicios de amparo, pues de lo contrario, se infringiría el artículo 19 constitucional, ya que se propiciaría dejar al arbitrio del representante social el que, una vez decretada la libertad de una persona, radicar en su contra un número interminable de averiguaciones hasta que logre acertar jurídicamente el delito por el que desde un principio debió ejercer acción penal.³⁰

MINISTERIO PÚBLICO. SU INACTIVIDAD AL NO INTEGRAR LA AVERIGUACIÓN EN BREVE TÉRMINO VIOLA GARANTÍAS. De un análisis integral y coherente de los artículos 8o., 16, 17, 21 y 102-A, de la Constitución, se desprende que la representación social debe proveer en breve término a la integración de la averiguación previa. Por lo tanto no es posible sostener que como los artículos 123, 126, 133, 134 y 136 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Durango, no establecen un término específico para integrar la averiguación previa, el órgano persecutor puede inte-

³⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Diciembre de 2006, Tesis: XX.1o.143 P, página 1241.

grar la indagatoria en forma discrecional y cuando lo estime pertinente; toda vez que, los mismos numerales contemplan la obligación del Ministerio Público de tomar todas las medidas necesarias para la integración de la averiguación, tan luego como tengan conocimiento de la posible existencia de un delito, así como de darle seguimiento a las denuncias que se presenten y allegarse todos los elementos necesarios para lograr el esclarecimiento de los hechos, dictando en uno u otro caso la reserva del expediente, el no ejercicio o la consignación. De lo que se infiere, que los artículos mencionados de la ley secundaria, siguen los lineamientos fijados en los artículos constitucionales en comentario, por lo que no se justifica la inactividad del Ministerio Público, pues transcurrieron más de siete meses entre la fecha de presentación de la denuncia y la demanda de amparo, sin que existiera avance alguno en la averiguación, lo que como se ha demostrado implica violación de garantías.³¹

IV

Los anteriores antecedentes, son el marco que circunda un novedoso caso de excepción sobre la tradicional improcedencia del juicio de amparo indirecto contra actos del Ministerio Público (Procurador General de Justicia y sus Agentes), detentador constitucional omnímodo del "monopolio de la acción penal". La hipótesis concreta, enmarca como actos reclamados en el juicio de amparo indirecto, la emisión del **dictamen** desfavorable que emite el Ministerio Público Auxiliar del Procurador, sobre una consulta de no ejercicio de la acción penal resuelta en una averiguación previa, que emite el Ministerio Público Auxiliar del Procurador, así como su consecuente **autorización** en términos negativos, por el Delegado Estatal de la Procuraduría General de la República (artículo 79 fracción VI del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República) y el auto por el que se ordena la continuación, integración y perfeccionamiento de la indagatoria, cuando la base

³¹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Julio de 1999, Novena Epoca, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 884, tesis VIII.1o.32 A.

o causa del no ejercicio propuesto por el Representante Social que integra la averiguación previa, es la extinción misma de la responsabilidad penal, por prescripción del derecho a formular querrela en un delito cuya perseguibilidad se sujeta a ese requisito pre-procesal.

Es importante destacar como antecedentes, que la defensa solicitó la consulta de no ejercicio de la acción penal al Ministerio Público investigador y en favor del probable responsable, basándose en la hipótesis prevista por la fracción IV del artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales, por encontrarse a su juicio legalmente prescrita y extinta la acción penal, al no haberse ejercido oportunamente por parte del ofendido, el derecho a formular querrela, dentro del plazo que marca el artículo 107 del Código Penal Federal.

Los mencionados antecedentes de los actos reclamados y las autoridades responsables, fueron suficientes para que el juez de distrito desechara *a priori* la demanda de amparo indirecto presentada, por considerarla notoriamente improcedente, ya que a su parecer se actualizaba en primer término y sin lugar a dudas, la hipótesis del artículo 145 de la Ley de Amparo, por encontrarse en presencia de un motivo manifiesto e indudable de improcedencia, atento que el acto fue emitido por el Procurador General de Justicia (a través de su delegado estatal), en uso de la facultad persecutora de delitos que le asiste.

Es en este punto en donde surge la diferencia específica que abre un pasaje en el muro del monopolio de la acción penal. La razón de ello radica en que, no obstante que el amparo indirecto se ha venido considerando improcedente contra actos dictados en el marco de una averiguación previa, como son el inicio y práctica de diligencias de investigación para la debida integración, continuación y perfeccionamiento de la indagatoria a cargo del Ministerio Público, también es cierto que los actos emitidos por esta autoridad en la etapa mencionada, pueden restringir la libertad, los derechos o posesiones de los acusados³² e importar por ello, una violación de garantías.

³² Véase al respecto, la jurisprudencia de la Primera Sala: **AVERIGUACIONES PENALES**. La simple iniciación del proceso y las demás diligencias practicadas en la averiguación de un delito, si no restringen la libertad, derechos o posesiones de los acusados, no pueden importar una violación de garantías. *Apéndice de 1995, Primera Sala, Tomo II, Parte SCJN, tesis: 59, página 33.*

En consecuencia, el eje argumentativo de la defensa, se decanta en considerar que contrariamente al parecer del juez de Distrito, no debe invocarse como motivo manifiesto e indudable de improcedencia el carácter exclusivamente formal del acto reclamado, tanto por el sujeto que lo emite (Procurador General de Justicia) como por la etapa del procedimiento penal en que se verifica (diligencia practicada en una averiguación previa), sino que invariablemente debe analizarse de manera integral su contenido, a efecto de verificar si conculca o no derechos subjetivos públicos del probable responsable.

Ahora bien, es claro que esta violación de garantías se produce, cuando se pretende continuar integrando una averiguación previa —*aun cuando normalmente tales actos no causen perjuicio al interés del probable responsable*—, no obstante que la acción penal se encuentre legalmente extinguida, particularmente por prescripción del derecho a la formulación de querrela por quien se encuentre legitimado para ello, o en cualquier otra hipótesis en que la acción penal aparezca prescrita de manera definitiva. La razón de este aserto, radica en que si bien es cierto que el inicio y trámite normal de una indagatoria, no acarrea ninguna afectación al interés de los ciudadanos, también es cierto que a nada práctico conduce continuar la integración de una investigación, cuyo presupuesto procesal e instrumento de apertura a la jurisdicción (la acción penal), se encuentra legalmente prescrito, aún cuando erróneamente algún servidor público de la institución del Ministerio Público, por yerro manifiesto en su apreciación, no lo hubiese advertido. En cambio, la omisión del reconocimiento por parte del Ministerio Público (sea por no advertirlo o por considerarlo infundado de manera errónea no obstante el alegato en tal sentido) de que ha operado la prescripción de la acción penal, se traduce en un acto conculcatorio de las garantías de seguridad jurídica y legalidad, que además contraría el sentido jurídico del instituto de la prescripción como causa de extinción de la acción penal.

En este tenor, tampoco debe olvidarse que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dictado reglas muy

claras sobre las características que circundan el estudio de la prescripción por el intérprete, sea que la alegue o no el justiciable, determinando acertadamente que se trata de una figura procesal de **orden público**, cuyo análisis es **preferente y oficioso**, como además lo ordena el artículo 183 de la Ley de Amparo:³³

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. PUEDE ANALIZARSE EN AMPARO INDIRECTO AUN CUANDO LA AUTORIDAD RESPONSABLE NO SE HAYA PRONUNCIADO AL RESPECTO. El Juez de Distrito tiene la obligación de analizar la legalidad del acto reclamado, tomando en cuenta diversos aspectos: competencia de la autoridad, requisitos de procedibilidad, causas de extinción de la acción penal, etc. Esta obligación es más intensa tratándose del juicio de garantías en materia penal, pues el artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo, previene la suplencia total de la queja en beneficio del reo, aun ante la ausencia de conceptos de violación. De ahí que cuando en la demanda de garantías el quejoso haga valer como concepto de violación en contra del auto de formal prisión reclamado, que la acción penal se encontraba prescrita, el juzgador tiene el deber de estudiar tal argumento, a pesar de que no se le hubiera propuesto a la autoridad responsable. Tal proceder, en modo alguno puede estimarse como una indebida sustitución del Juez, o infracción a lo dispuesto por el artículo 78 de la Ley de Amparo, pues este precepto sólo lo obliga a apreciar el acto reclamado tal y como aparezca probado ante la autoridad responsable; esto es, a no allegarse más pruebas que le permitan conocer los hechos, que aquellas que formen parte de la averiguación previa, o que hayan sido admitidas por la autoridad responsable. Por otra parte, en relación al amparo directo, la propia ley de la materia, en su artículo 183, exige que el tribunal supla la deficiencia de la queja cuando estando prescrita la acción penal el quejoso no

³³ ARTICULO 183.— Cuando el quejoso alegue entre las violaciones de fondo, en asuntos del orden penal, la extinción de la acción persecutoria, el tribunal de amparo deberá estudiarla de preferencia; en el caso de que la estime fundada, o cuando, por no haberla alegado el quejoso, considere que debe suplirse la deficiencia de la queja, conforme al artículo 76 Bis, se abstendrá de entrar al estudio de las otras violaciones. Si encontrare infundada dicha violación, entrará al examen de las demás violaciones.

la alegue; al existir la misma razón jurídica en el amparo indirecto, no hay obstáculo para realizar su estudio, sobre todo si lo alega el quejoso y las constancias en que se apoya el acto reclamado son aptas y suficientes para dicho examen.³⁴

PRESCRIPCIÓN, EL JUEZ DE AMPARO DEBE ANALIZARLA CUANDO SE RECLAMA LA ORDEN DE APREHENSIÓN. POR SER FIGURA PROCESAL DE ORDEN PÚBLICO, SU ESTUDIO ES PREFERENTE Y OFICIOSO. Al combatir el libramiento de una orden de aprehensión como acto reclamado en el juicio de garantías, el quejoso está compareciendo ante los órganos de la autoridad pública en relación con el mandamiento de captura que se está reclamando y siendo la prescripción una figura procesal de estudio preferente y oficioso, el Juez de Distrito tiene la obligación de analizar tanto la legalidad del acto reclamado como los aspectos de competencia, requisitos de procedibilidad, causas de extinción de la acción penal, etc., obligación que en tratándose del juicio de garantías en materia penal, es más amplia, dado que el artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo previene la suplencia de la queja aun la total, en beneficio del reo, es decir, ante la ausencia de conceptos de violación, por lo que si la violación alegada en agravio del quejoso, consiste en no haber cumplido la autoridad responsable con la obligación de declarar de oficio y aun sin haberse hecho valer, la extinción de la acción penal por prescripción, ya que antes de emitir un mandamiento de captura el Juez responsable, debe percatarse si la acción penal se encuentra o no prescrita, en virtud de que, de darse el primer supuesto, si se libra la orden de aprehensión, el acto deviene inconstitucional y conforme lo dispone el artículo 78 de la Ley de Amparo, el acto debe analizarse tal y como aparezca probado ante la responsable, esto es, a no allegarse de más pruebas que le permitan conocer los hechos, que de aquellas que formen parte de la averiguación previa. Por otra parte, en relación al amparo directo, la propia ley de la materia, en su artículo 183, exige que el tribunal supla la deficiencia de la queja cuando estando prescrita

³⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo IX, Mayo de 1999, tesis 1a./J. 18/99, página 328.

la acción penal, el quejoso no la alegue; al existir la misma razón jurídica en el amparo indirecto, no hay obstáculo para realizar su estudio, sobre todo si lo alega el quejoso y las constancias en que se apoya el acto reclamado son aptas y suficientes para dicho examen.³⁵

En conclusión, no se puede resolver con el mismo rasero del desechamiento por notoria y manifiesta improcedencia del juicio de amparo, todas las hipótesis en que el acto reclamado sea una actuación o determinación tomada por el Ministerio Público en la etapa de la averiguación previa. En el caso que motiva el criterio jurisprudencial objeto de análisis y que más adelante se transcribe, los actos reclamados precisados al inicio de este apartado, son desde luego formalmente hablando, actos emitidos por el Ministerio Público en la etapa de averiguación previa, teniendo como fin su integración y continuación. Sin embargo, ese carácter formal de los actos reclamados, no es suficiente para desechar la demanda de amparo indirecto, haciendo abstracción de su contenido intrínseco, pues lo cierto es que cuando el motivo que sustenta la consulta o cualquier otro acto en la averiguación, es la omisión por parte del Ministerio Público para analizar la prescripción, o habiéndolo hecho así, se desestima equivocadamente su actualización, aun cuando sea el Procurador de Justicia quien emita el acto reclamado en la etapa de averiguación previa, éste es susceptible de violar garantías individuales y aunque se argumentara que no es definitivo para efectos del amparo, lo cierto es que la prescripción es un tema de estudio preferente y oficioso que debe analizarse en cualquier etapa del procedimiento penal, sin que exista razón para esperar a que se resuelva en definitiva la averiguación previa.

Pensar lo contrario, fortalecería la vieja concepción alimentada por la jurisprudencia histórica, que vedaba al inculpado la posibilidad para acudir al amparo para remediar una situación jurídica irregular en la averiguación previa, tal como es la continuación injustificada de la investigación cuando la acción penal se encuen-

³⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo X, Noviembre de 1999, tesis 1a./J. 62/99, página 316.

tra prescrita, por más que sea facultad del Ministerio Público perseguir los delitos, ya que con tal criterio, se autojustifica la arbitrariedad y el acaso, en detrimento de la seguridad jurídica, otorgándole a la Representación Social un poder omnímodo para que continúe integrando de manera ociosa e inútil una indagatoria, a pesar de que legalmente no sea posible el ejercicio de la acción penal por encontrarse ésta legalmente extinguida, pendiendo indefinidamente la espada de Damocles sobre el justiciable, quien seguirá teniendo el carácter de imputado, al amparo de un mero capricho antijurídico y unilateral, bajo el pretexto de que el gobernado no resiente afectación en su interés jurídico con la continuación de la averiguación previa, considerando exclusivamente su naturaleza formal en cuanto al sujeto y la etapa del procedimiento penal a que corresponde.

Las razones expresadas con antelación, fueron estimadas esencialmente fundadas por el Tribunal Colegiado del Decimosexto Circuito, generando el siguiente criterio, consultable también en el número 46 de la Gaceta de la Defensoría Pública, páginas 75-76:

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. CONTRA LA RESOLUCIÓN EMITIDA EN EL TRÁMITE DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA QUE LA NIEGA PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO, SIN QUE SEA NECESARIO ESPERAR A QUE ÉSTA SE RESUELVA EN DEFINITIVA, POR TRATARSE DE UN TEMA DE ESTUDIO PREFERENTE Y OFICIOSO QUE DEBE ATENDERSE EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCEDIMIENTO PENAL. De conformidad con la tesis de jurisprudencia 1a./J. 62/99, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de Nación, consultable en la página 316 del Tomo X, noviembre de 1999, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "PRESCRIPCIÓN, EL JUEZ DE AMPARO DEBE ANALIZARLA CUANDO SE RECLAMA LA ORDEN DE APREHENSIÓN. POR SER FIGURA PROCESAL DE ORDEN PÚBLICO, SU ESTUDIO ES PREFERENTE Y OFICIOSO.", el tema de la prescripción es de estudio preferente y oficioso, sobre todo en el juicio de garantías

donde rige el principio de suplencia de la queja previsto por el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo. Por otro lado, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el juicio de amparo en la vía indirecta es procedente, cuando los actos emitidos por el Ministerio Público en la averiguación previa restrinjan la libertad, los derechos o posesiones de los acusados que puedan importar una violación de garantías; además de la facultad que éste tiene para no ejercitar la acción penal cuando la responsabilidad penal se haya extinguido legalmente, o bien, para promover el sobreseimiento, entre otros casos, cuando la pretensión punitiva esté legalmente extinguida, como se advierte de los artículos 137 y 138 del Código Federal de Procedimientos Penales. De acuerdo con lo anterior, se concluye que la resolución ministerial dictada al respecto puede importar una violación de garantías contra la cual procede el juicio de amparo en vía indirecta, al afectar directamente la continuación del procedimiento en su etapa de averiguación previa, cuyas repercusiones sufre el indiciado y con ello puede violarse alguna de las garantías de seguridad jurídica relacionadas con su derecho a que se le administre justicia en forma pronta y expedita; sin que sea óbice que la resolución reclamada ocurra durante el trámite de la averiguación previa, por lo cual podría no considerarse un acto definitivo para efectos del juicio de amparo, empero al ser la prescripción un tema de estudio preferente y oficioso que debe atenderse en cualquier etapa del procedimiento penal, no existe razón legal para esperar que la averiguación se resuelva en definitiva, al incidir de manera directa en la continuación del procedimiento penal, lo que desde luego tiene repercusiones en la libertad del procesado, por lo que es innecesario esperar hasta que se consignent los hechos y se resuelva sobre la orden de aprehensión.³⁶

V

Creemos firmemente, que ya no se justifican las posturas que acuden a argumentos vagos y de contenido político más que jurídico,

³⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, Página 1766, Tesis XVI.P.12 P.

para negar la procedencia del juicio de amparo contra actos del Ministerio Público, tan sólo basados en la idea de que se trata de un derecho social (como si éstos no llevaran ínsito finalmente el derecho de un individuo) y no particular, o bien, que la integración a ultranza de la averiguación previa, no afecta el interés jurídico del probable responsable. Casos como el anterior, ilustran que no obstante la naturaleza administrativa de la investigación, las determinaciones que se tomen en su desarrollo son susceptibles de afectar garantías individuales, particularmente de legalidad y seguridad jurídica, por provenir de un ente estatal dotado de imperio.

Es evidente que no sólo el caso en que la acción penal se encuentra prescrita, produce afectación al interés del quejoso con la continuación de la averiguación previa, ya que dicho menoscabo puede ocurrir en forma análoga, con el resto de las causas que extinguen la acción penal y otras que motivan su no ejercicio.³⁷ Tal sería a guisa de ejemplo, la hipótesis en que siendo posible la existencia de un delito en los comportamientos investigados, exista obstáculo material insuperable de prueba reconocido en determinado momento del desarrollo de la averiguación previa, en donde ningún sentido común y práctico hallaría razón para la continuación de la indagatoria, si en definitiva, reconocido legalmente el obstáculo insuperable de prueba, éste se traduce con consecuencias definitivas en la falta de comprobación del cuerpo del delito o la probable responsabilidad, tornando inútil y ociosa la continuación de la investigación del delito. Por lo tanto, es tarea pendiente analizar casuísticamente la vía del amparo indirecto, para combatir actos provenientes del Ministerio Público, en donde exista indebida fundamentación y motivación³⁸ de cualquier resolución que tenga

³⁷ En ocasión de estudiar los medios de control interno contra las resoluciones del Ministerio Público, se expresa en el mismo sentido, Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *Op.cit.*, pág. 95, cuando expresa: "De las circunstancias que enumeramos, y por las cuales el órgano acusador debe abstenerse del ejercicio de la acción penal, sólo dos –a nuestro parecer– reflejan un adecuado apego a los lineamientos constitucionales que rigen su actuación: a) La imposibilidad material insuperable de comprobación de la conducta delictiva, y b) La prescripción de la acción penal.

³⁸ Por su parte, Castillo Soberanes considera que, no olvidando que el proyecto de acuerdo que se formule sobre el no ejercicio de la acción penal es una resolución administrativa, no sólo debe dar

el efecto de negar la autorización definitiva del no ejercicio de la acción penal, no obstante la existencia de una causa legal que lo justifique, sin que tales decisiones impliquen ninguna invasión de atribuciones conferidas al Ministerio Público, quien de suyo no escapa a la naturaleza falible de la autoridad y al error jurídico.

Sólo despojando al pretendido monopolio o titularidad sobre el ejercicio de la acción penal de atavismos y ortodoxias jurídicas que no corresponden a la coyuntura actual, se logrará extender el imperio del garantismo penal sobre el imputado, que hoy por hoy, se encuentra seriamente amenazado con la expansión e inflación penal provocada por el desarrollo de nuevos fenómenos criminales. No en vano señaló ya Roxin, hace casi cuarenta años, que el Ministerio Público "*cobró vida como medio de liberación ciudadana y no como instrumento de represión autoritaria*".³⁹

Es evidente entonces y fuerza concluir, que buena parte del cauduco "monopolio" deberá desintegrarse —*como en alguna medida creamos haberlo realizado en el caso analizado en estas líneas*—, con base en los esfuerzos de la defensa penal pública y privada, *derribando* criterios jurisprudenciales consecuentes con la omnipresencia y autoritarismo que el Ministerio Público ejerce sobre el poder penal del estado, para reivindicar el buen propósito y necesidad de "*que un órgano específico —se llame como se lo llame—, se encargue del ejercicio material de la tarea de investigación y otro, el juez, deba ocuparse sólo de que en esa actividad no se avasallen los derechos básicos del procesado*".⁴⁰

VI

Al momento de concluir la elaboración de esta contribución, concretamente el día diez de septiembre de dos mil ocho, la Primera

lugar a impugnación por falta de fundamentación y motivación, sino también por "a) Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado; b) Apreciación equivocada de los hechos que la motivaron; c) Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular, y d) Cuando las resoluciones se dicten en contraposición de los fines que los orientan (desvío de poder)". Op. cit., págs. 96-97.

³⁹ "Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público" en *El ministerio público en el proceso penal*, pág. 39, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

⁴⁰ Rusconi, Maximiliano A., *División de Poderes en el Proceso Penal e investigación a cargo del ministerio público*, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, pág. 108, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió por mayoría de cuatro votos, la denuncia de contradicción de tesis 18/2008, en que participó el criterio jurisprudencial que esta contribución analiza. Los criterios que se enfrentaron en el expediente fueron el ya citado del Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, con la tesis aislada de rubro: "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. CONTRA LA RESOLUCIÓN EMITIDA EN EL TRÁMITE DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA QUE LA NIEGA PRECEDE EL AMPARO INDIRECTO, SIN QUE SEA NECESARIO ESPERAR A QUE ÉSTA SE RESUELVA EN DEFINITIVA, POR TRATARSE DE UN TEMA DE ESTUDIO PREFERENTE Y OFICIOSO QUE DEBE ATENDERSE EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCEDIMIENTO PENAL" y el sustentado por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, con el criterio de que "la omisión del Ministerio Público a declarar prescrita la acción penal no constituye un acto que pueda ser combatido a través del acto de aplicación, la hipótesis normativa se concretó impresa o implícitamente en su perjuicio".

El Alto Tribunal determinó que sí existe contradicción de tesis y debe prevalecer con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis jurisprudencial 100/2008, compartiendo las razones y conclusiones expresadas en este estudio y alcanzadas por el Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, pero ahora con carácter de jurisprudencia definida y obligatoria en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, con el rubro y texto siguientes:

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. CONTRA LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO A DECLARARLA DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO. Conforme al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que confiere al Ministerio Público las facultades de investigación y persecución de los delitos, dicha institución es titular del monopolio del ejercicio de la acción penal; sin embargo, acorde con los numerales 137, fracción

IV, y 138 del Código Federal de Procedimientos Penales, el legislador ha establecido ciertas limitaciones a dichas facultades, pues cuando durante el proceso se extinga legalmente la pretensión punitiva, la institución ministerial no sólo debe abstenerse de ejercitar la acción persecutoria, sino que habrá de promover el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculpado. En ese sentido, se concluye que contra la negativa del Ministerio Público a declarar la prescripción de la acción penal durante la averiguación previa procede el juicio de amparo indirecto, sin que sea necesario esperar a que esta última se resuelva en definitiva, porque de actualizarse la extinción de la acción persecutoria, la referida negativa implica una violación a las garantías del indiciado, en la medida en que al quedar sujeto a una investigación de carácter penal se le impide gozar de su libertad absoluta.

Contradicción de tesis 18/2008–PS. Entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito. 10 de septiembre de 2008. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Arnoldo Castellanos Morfín.

Arraigo: conforme a las reformas constitucionales del 18 de junio de 2008, ¿constitucional o inconstitucional?

*José Guadalupe Arias Ortega**

El 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto que contiene la llamada "Reforma Constitucional al Sistema de Justicia Penal", que reformó diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre los cuáles siete corresponden estrictamente a la materia penal (16 a 22).

Entre los preceptos reformados está el artículo 16 constitucional, el cual ahora será materia del presente análisis, particularmente en lo atinente al arraigo.

Sobre el porqué de esta reforma, algunos sectores de opinión, como académicos, tratadistas, legisladores, periodistas, entre otros, han argumentado múltiples deficiencias de nuestro actual procedimiento penal:

Por ejemplo, se ha invocado la deficiencia en la integración de la averiguación previa (porque el 70% de los detenidos son liberados dentro de las 24 horas siguientes a la comisión del delito), la desconfianza en las instituciones de procuración de justicia (porque sólo se denuncia el 25% de los delitos cometidos), la creciente inseguridad e impunidad, la incompetencia y corrupción de los encargados de procurar y administrar justicia, la necesidad de combatir la

* Defensor Público Federal.

delincuencia organizada, la lentitud y falta de inmediatez en los juicios, la falta de respeto a los derechos de la víctima de los delitos, su ineficiencia terminal (porque actualmente sólo se dicta sentencia condenatoria en el 3% de los delitos), el enorme costo y la absoluta ineficacia de nuestro actual sistema de "readaptación social".

Estos son, en lo general, los problemas que motivaron la aprobación de la "Reforma constitucional de seguridad y justicia", reforma que según sus autores, busca capacitar, disciplinar y profesionalizar a los elementos de seguridad pública, conformar el Sistema Nacional de Seguridad Pública, modernizar y hacer más eficientes las instituciones de procuración y administración de justicia, eliminar la desconfianza en ellas, agilizar y modernizar los juicios penales, y lograr una efectiva reinserción de los delincuentes al seno de la sociedad.

Con la intención de solucionar tales problemas, se aprobaron algunas propuestas, en cuanto al artículo 16 de nuestra Constitución Federal, se modificaron aspectos como la disminución de los requisitos para librar la orden de aprehensión, la inconstitucionalidad de la detención en flagrancia por equiparación, **la inclusión del arraigo** en el texto constitucional, la definición de delincuencia organizada, las órdenes de cateo, los requisitos para la intervención de comunicaciones privadas y la creación de Jueces de Control.

Así, en el séptimo párrafo, de la actual redacción del artículo 16 Constitucional, señala:

"La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días."

Para estar en condiciones de comprender los alcances de la reforma constitucional, en cuanto al arraigo se refiere, es pertinente establecer la connotación de arraigo, su determinación conforme a la reforma constitucional y las consideraciones existentes en torno a dicha medida, antes de la citada reforma.

Arraigo:

I. (Acción y efecto de arraigar; del latín *ad* y *radicare*, echar raíces)¹.

Además, debe considerarse que la acción y efecto de "arraigar" puede implicar la afectación o restricción de la libertad de una persona, así, del Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española, Madrid, 1970, se obtiene como definición de afectar y restringir, lo siguiente:

"Afectar. Poner demasiado estudio o cuidado en las palabras, movimientos, adornos, etcétera, de modo que pierdan la sencillez y naturalidad. Atañer, tocar. Menoscabar, perjudicar; influir desfavorablemente. Producir alteración o mudanza en alguna cosa. Imponer gravamen u obligación sobre alguna cosa, sujetándola al dueño a la efectividad de ajeno derecho."

"Restringir. Ceñir, circunscribir, reducir a menores límites. Apretar, constreñir, restringir."

A su vez, conforme al dictamen de la Cámara de Diputados: *"el arraigo consiste en privar de la libertad personal a un individuo, por orden judicial, durante un período determinado, a petición del ministerio público, durante la investigación preliminar o el proceso penal, a fin de evitar que el imputado se evada del lugar de la investigación o se oculte de la autoridad, o afecte a las personas involucradas en los hechos materia de la indagatoria."*²

El dictamen también aclara que existen dos clases de arraigo penal: el arraigo domiciliario y el arraigo como tal (común), al señalar:

"Existe el arraigo en el domicilio físico del investigado o el que se

¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, décima edición, 1997.

² Consultado en www.camaradediputados.gob.mx.

cumple en un lugar distinto, inclusive de la demarcación donde reside, el primero se ha utilizado para delitos calificados como graves por la ley y el segundo sólo para presuntos miembros de la delincuencia organizada, siempre con autorización judicial previa."³

Como se dijo, antes de la reforma Constitucional del 18 de junio de 2008, existieron pronunciamientos jurisprudenciales en torno al arraigo, se concluyó que éste era inconstitucional; así, El Pleno de la SCJN al resolver la acción de inconstitucionalidad 20/2003, promovida por legisladores del Congreso de Chihuahua, contra el Congreso y el Gobernador del Estado, aprobó la tesis aislada con rubro y texto:

"ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea pues-

³ Idem.

to a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad."⁴

La ejecutoria que dio origen a la tesis invocada, determinó que las medidas que restrinjan la libertad personal, tienen que estar inmersas en el texto constitucional, y al considerar inconstitucional el arraigo, sostuvo fundamentalmente que la posibilidad de afectación de la libertad personal, constitucionalmente sólo se justificaba en los casos de: a) Detención en el caso de delito flagrante (artículo 16, párrafo cuarto, constitucional); b) En casos urgentes tratándose de delitos graves cuando haya riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la justicia y no se pueda ocurrir a un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, (artículo 16, párrafos quinto y sexto, de la Constitución); c) Orden de aprehensión dictada por autoridad judicial; d) Auto de

⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P. XXII/2006, Página: 1170.

formal prisión, que ordinariamente el Juez de la causa dicta dentro del improrrogable plazo de setenta y dos horas; e) Prisión preventiva (artículo 18 constitucional); y f) Tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, las autoridades administrativas tienen facultades para imponer arrestos, pero sólo hasta por treinta y seis horas.

De esa forma podemos concluir al respecto, que en realidad las razones por las que el Pleno de la Corte consideró inconstitucional la medida de "arraigo penal" (sea domiciliario o "arraigo común"), lo eran porque en ninguno de los preceptos constitucionales que establecían la posibilidad de restringir la libertad personal del gobernado, se contemplaba esa medida restrictiva de la libertad denominada "arraigo", por ende toda legislación secundaria que lo contemplara debía ser declarada inconstitucional.

Por ello la finalidad de esta parte de la Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008, es clara: se pretende evitar que el arraigo sea declarado inconstitucional, porque es evidente que, al preverse ya en la Carta Magna, no se podrá argumentar su inconstitucionalidad, ni obtener la protección de la Justicia Federal en su contra, mediante el juicio de amparo indirecto (al menos, bajo el argumento de su no previsibilidad en la Constitución).

A pesar de lo anterior, surgen diversas interrogantes en torno a si la sola inclusión de la medida de arraigo en el texto constitucional, torna constitucional esa medida para todos los casos penales y para todas las legislaciones del país; o, ¿existe hoy como antes, la posibilidad de considerar inconstitucional el arraigo penal? La respuesta parece ser simple, podría decirse que no, en cuanto que la medida se encuentra prevista en la Constitución, sin embargo la respuesta será afirmativa, si se trata de casos no previstos en la propia Constitución.

Para una mejor explicación de lo anterior, conforme a la actual redacción del artículo 16, párrafo séptimo de la Carta Magna (*vid supra*), el arraigo será constitucional cuando se decrete (por un juez) respecto a delitos de delincuencia organizada, es decir no habrá la

posibilidad de decretar esa medida cuando se trate de cualquier otro delito, sea federal, del fuero común, o del fuero militar; Incluso, de acuerdo con la reforma al artículo 73, fracción XXI, del mismo decreto de reformas a la Constitución, será facultad exclusiva del Congreso de la Unión, el "legislar en materia de delincuencia organizada"; luego, si el arraigo sólo se podrá decretar en los casos de delincuencia organizada y la facultad de legislar en esa materia corresponderá exclusivamente a la Federación (Congreso de la Unión), consecuentemente todas las legislaciones procesales penales sean éstas federales (excepto la relativa a delincuencia organizada), o locales, que llegaren a autorizar el arraigo penal, serán declaradas inconstitucionales mediante la promoción de la acción amparo indirecto; por lo que ningún Estado de la República podrá, primero: legislar en materia de delincuencia organizada, y segundo: prever en sus legislaciones la medida de "arraigo penal".

Sin embargo, el problema no culmina ahí, en razón a que en el propio decreto de reformas existe un "periodo de transición", en el que serán válidos, el viejo sistema y el nuevo por un plazo máximo de ocho años, y por lo que respecta al arraigo, el artículo transitorio "Undécimo", establece:

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

*Ésta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia."*⁵

Es decir, ahora **será constitucional toda medida de arraigo** que decrete un juez, sea éste federal o local, siempre y cuando se trate de delitos graves, sea solicitada por el Ministerio Público, sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpa-

⁵ Diario Oficial de la Federación, México, 18 de junio de 2008.

do se sustraiga de la acción de la justicia, medida que se concederá por un plazo máximo de cuarenta días (sin que proceda prórroga), lo anterior, **hasta en tanto "entra en vigor el sistema procesal acusatorio" (máximo ocho años).**

No obstante lo anterior, lo establecido en el artículo Undécimo transitorio del decreto de reformas a la Constitución, vigente durante el periodo de transición, conduce a un problema de constitucionalidad aún mayúsculo, porque si bien en él se considera que será constitucional la medida de arraigo "domiciliario", también lo es que aún y bajo el amparo del citado artículo transitorio, el arraigo deberá, para ser considerado Constitucional, reunir los siguientes requisitos:

- a) Tratarse de un **arraigo "domiciliario"**; es decir que se ejercerá "en el domicilio físico del investigado", no en lugar diverso como "casas de seguridad", hoteles, u oficinas de policía, entre otros;
- b) Ser **solicitado por el Agente del Ministerio Público** que designen las leyes respectivas;
- c) **Decretado por un Juez**;
- d) En caso de **delitos graves**;
- e) Por un **máximo de cuarenta días**; y
- f) Siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia.

Es decir, el arraigo que establezcan legislaciones federales o locales durante el periodo de transición constitucional, **que no sean precisamente "domiciliarios", que excedan de cuarenta días**, que no se refieran a delitos graves o que no cumplan con alguno de los demás requisitos anotados en el citado artículo Undécimo transitorio, serán inconstitucionales; ejemplo de ello, lo es el artículo 12, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, cuyo contenido literal es:

"ARTÍCULO 12. El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado, y las circunstancias personales del inculpado, el arrai-

go de éste en el lugar, forma y medios de realización, señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo."

De esa forma el artículo 12 de la citada ley, es inconstitucional en cuanto a que establece la posibilidad de decretar un "arraigo común" (no domiciliario), al señalar que el arraigo podrá efectuarse **"en el lugar, forma y medios de realización, señalados en la solicitud"** que realice el Ministerio Público de la Federación, además porque éste puede prolongarse hasta noventa días (más de los cuarenta días a los que se refiere el artículo Undécimo transitorio).

Así, las disposiciones procesales relacionadas con el arraigo, que no se ajusten a los requisitos Constitucionales señalados en el citado artículo Décimo Primero transitorio, a pesar de la reforma constitucional seguirán siendo inconstitucionales (durante el periodo de transición), pues como en el caso de la citada Ley especial contra la delincuencia organizada, será inconstitucional hasta en tanto la Federación incorpore el proceso penal acusatorio y ejerza su facultad de legislar en materia de delincuencia organizada a la que se refiere el artículo 73, fracción XXI, del decreto de reformas constitucionales del 18 de junio de 2008; esto a pesar de que el artículo 16 Constitucional en el séptimo párrafo, señale que tratándose de delitos de delincuencia organizada, se podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar (arraigo "común", no domiciliario) y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, plazo que podrá prorrogarse por otros cuarenta días, a petición del Ministerio Público, ya que el diverso artículo Segundo transitorio del mismo decreto, establece :

"Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en

vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órgano legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales."

De lo anterior se colige que el artículo 16, párrafo séptimo de la Constitución, que fue objeto de reforma, no estará vigente durante el periodo de transición constitucional, sino que como se dijo, será necesario que la Federación legisle en torno al proceso penal acusatorio y ejerza su facultad "exclusiva" de legislar en materia de delincuencia organizada, lo que podrá tardar incluso hasta ocho años, desde la publicación del decreto de reformas constitucionales.

En suma, a pesar de las reformas constitucionales en materia de "seguridad y justicia penal", que entre otros aspectos establecen la posibilidad de restringir la libertad personal de los gobernados mediante la medida de arraigo, tanto domiciliario como el que hemos denominado "común" o "no domiciliario" para los casos de delincuencia organizada, incluso sumado al hecho de que mediante dicha reforma Constitucional se ha privado a los Estados de la República de la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada y sobre el arraigo, quienes no podrán (al menos no será constitucional) emplear esa medida de investigación del delito en

los casos de delitos graves del fuero común; es como se concluye que a pesar de la reforma constitucional, el arraigo seguirá siendo inconstitucional en algunos casos y en determinadas legislaciones Federales y Estatales, tanto durante el periodo de transición como una vez que entre en vigor el sistema penal acusatorio (con las salvedades apuntadas), lo anterior es así a pesar de lo establecido en el artículo Décimo Primero transitorio del decreto de reformas, el cual señala que durante el periodo de transición "los Agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días", ya que ese dispositivo se refiere solo al "arraigo domiciliario", no así al "arraigo común" o "no domiciliario" (el último con más severas repercusiones hacia el "arraigado" que el primero), puesto que como se ha insistido, existen legislaciones en nuestro país que prevén la imposición de la medida de arraigo no domiciliario, incluso en algunos casos la medida se encuentra prevista en plazos mayores a los cuarenta días a que se refiere el citado artículo transitorio del decreto de reformas a la Constitución de 18 de junio de 2008, como es el caso de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; en consecuencia, en esos casos y bajo esas condiciones, tales disposiciones normativas y por ende la medida de arraigo seguirá siendo inconstitucional.

Hacia un concepto legal de contribución

*Oscar Enrique Castillo Flores**

1. PLANTEAMIENTO

La creación e inclusión en la normatividad de diferentes tipos de ingresos, que perciben los entes estatales, ha originado que no puedan ser adecuados a las hipótesis enlistadas en el artículo 2º del Código Fiscal de la Federación.

Por ejemplo, el Poder Judicial de la Federación, mediante la jurisprudencia, ha establecido que los derechos por el uso o aprovechamiento de aguas nacionales se han tornado en instrumentos de carácter extrafiscal, también se les dotó con un parámetro para su cuantificación, el cual, se trata del beneficio obtenido por el gobernado.

La aplicación de las normas impositivas, aunada a la complejidad de la vida moderna, implica que la interpretación de las leyes se tenga que hacer de manera evolutiva, en la que se trata de encuadrar las nuevas figuras a los listados preexistentes, para otorgarles mayor sustento.

La diversidad de ordenamientos de carácter tributario, entre los que tenemos leyes, códigos, reglamentos, resoluciones misceláneas, y la necesidad de proteger la recaudación de contribuciones, ha dado lugar a que se haya creado una amalgama entre varias ramas del Derecho, que van desde la constitucional hasta la de seguridad social.

* Asesor Jurídico Federal.

Además, nos encontramos ante una situación que nos obliga a buscar y consolidar nuevas fuentes de ingreso, toda vez que, en la actualidad, los recursos naturales no renovables son el principal origen de los recursos con los cuales cuenta el Estado Mexicano para hacer frente a sus necesidades.

Debido a tal circunstancia, es que se han creado figuras que se asemejan a las contribuciones, pero que no se adaptan a los elementos contenidos en el código tributario federal, lo que complica su estudio por parte de los órganos jurisdiccionales, así como su aplicación y cobro por parte de las autoridades exactoras.

Por lo tanto, ante tal incertidumbre jurídica, se advierte la necesidad de establecer un "concepto legal de contribución", porque ni el Código Fiscal de la Federación ni la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contienen una definición clara y precisa.

2.- JUSTIFICACIÓN

La falta de un concepto de contribución contenido en la Norma Suprema, y en la legislación secundaria, origina que la autoridad judicial le otorgue a otras figuras elementos que las convierten en contribuciones, aunque materialmente no reúnan las características necesarias, y que su aplicación merma la seguridad jurídica del gobernado.

En la Francia revolucionaria, se usaba como lema: "*Libertad, Igualdad, Fraternidad*", para sintetizar los ideales que estaban en boga, y en nuestro país, las contribuciones se rigen por tres principios: "*Legalidad, Equidad, Proporcionalidad*", los cuales representan los requisitos que deben contener para ser consideradas constitucionales. Empero, al existir figuras que se asemejan a las contribuciones, se complica que sea aplicada la tríada de principios citada, pues, aquellas, después de todo, no son contribuciones en sentido estricto.

Se considera importante que exista un concepto legal de la contribución, para agrupar a las figuras de ingresos que aparecen en la práctica, sin que sea ya necesario amoldarse a la, a veces rígida, clasificación de contribuciones establecida en el segundo artículo del Código Fiscal de la Federación.

Las relaciones entre el Estado y los gobernados, implican la existencia de actos de diversa índole, que por conducto de sus autoridades son ordenados y ejecutados por el primero, y que afectan la esfera jurídica de los segundos. También es deber del Estado el evitar que el individuo quede en estado de indefensión e incertidumbre.

Dicha relación está sujeta al régimen jurídico; las afectaciones y consecuencias, deben obedecer determinados principios, llevar ciertos requisitos, es decir, están sometidas a un conjunto de modalidades jurídicas, que de no ser acatadas, conllevan a que el actuar de la autoridad carezca de validez legal. El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra la garantía de seguridad jurídica, es decir, que constriñe al Estado a que sus actos estén sujetos a la normatividad, para que la afectación en la esfera del gobernado sea válida.

Al respecto, Ignacio Burgoa Orihuela¹, opina que las garantías de seguridad jurídica:

"...implican en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summum de sus derechos subjetivos."

3.- DEFINICIÓN

Para Eduardo J. Couture² la contribución es:

"Expresión genérica utilizada para denominar las recaudaciones provenientes de impuestos u otras prestaciones percibidas con carácter general por los entes públicos."

Hugo Carrasco Iriarte³ opina al respecto:

"Es una carga unilateral establecida por la ley a los habitantes de un Estado, destinada a satisfacer el gasto público."

¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa, octava edición, México, 2005, p. 109.

² Couture, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Editorial Depalma, cuarta reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1991, pp. 177.

³ *Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Segunda Serie, Volumen II. Editorial Harla, México, 2002, p. 260.

Acorde al primer jurista nombrado, la palabra en comento proviene del latín bajo *contributio*, *-onis* del verbo *contribuo*, *-uere*, compuesto de *tribuo-ere* "pagar contribuciones". El verbo *tribus* alude al concepto romano de tribu, y su significado obedece a que las contribuciones se pagaban por tribus. *Tribuere* se formó con el adjetivo *tributus* "impuesto que paga la tribu".

El vocablo *contribuo* se traduce como incorporar, unir, traer dentro. *Tribuo* significa: dividir, asignar, dar, permitir, atribuir; y *con* es la preposición. De lo anterior derivamos el siguiente significado: *con lo que da la tribu*.

Por nuestra parte consideramos que la contribución es el:

Ingreso establecido y obtenido por el Estado a través de la recaudación, y que los gobernados están obligados a aportar, con base en la legislación vigente y que se destina a cubrir el gasto público.

4.- NOCIÓN CONSTITUCIONAL

Aunque la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no contenga un concepto de contribución, sí establece los elementos necesarios para su configuración, lo cual se advierte del contenido de la sentencia que recayó a la acción de inconstitucionalidad numero 22/2005, promovida por el Procurador General de la República, en la que el Ministro Ponente Juan Díaz Romero⁴ resolvió:

"En nuestro país, el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal, regula los principios que deben regir a las contribuciones tanto en nivel federal como en el del Distrito Federal, los Estados y los Municipios, el cual dispone:

"Art. 31.- Son obligaciones de los mexicanos:

... IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes."

El precepto anterior consagra los principios constitucionales tributarios de reserva de ley, destino al gasto público, proporcionalidad y equidad; los cuales además de ser garantías individuales,

⁴ [http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PJ/SCJN/Sentencias/18112005\(1\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PJ/SCJN/Sentencias/18112005(1).pdf)

enuncian las características que pueden llevarnos a construir un concepto jurídico de tributo o contribución con base en la Norma Fundamental, las cuales se señalan a continuación:

a) Toda contribución tiene su fuente en el poder de Imperio del Estado.

b) Constituyen prestaciones en dinero y excepcionalmente en especie o en servicios.

c) Sólo se pueden crear mediante ley.

d) Se encuentran afectos a fines esencialmente recaudatorios, es decir, tienen por destino el gasto público, sin que se niegue la posibilidad de servir a propósitos de política económica.

e) Los criterios de justicia tributaria son el de proporcionalidad o capacidad contributiva y el de equidad.

De acuerdo con estas características previstas por la Norma Fundamental, podemos esbozar un concepto jurídico de las contribuciones o tributos que resulte aplicable a todos los niveles de gobierno, al cual se le puede definir como un ingreso de derecho público –normalmente pecuniario– destinado al financiamiento de los gastos generales, obtenido por un ente de igual naturaleza –Federación, Distrito Federal, Estados o Municipios–, titular de un derecho de crédito frente al contribuyente, cuya obligación surge de la ley, la cual debe gravar un hecho indicativo de capacidad económica, dando un trato equitativo a todos los contribuyentes.

...

Una vez sentadas las bases anteriores, cabe señalar que en nivel federal el artículo 2o. del Código Fiscal de la Federación, establece la clasificación de las contribuciones comprendidas en nuestro ordenamiento jurídico, distinguiendo cuatro especies del género contribución, a saber: los impuestos, las aportaciones de seguridad social, las contribuciones de mejoras y los derechos, los cuales conceptualiza de la siguiente forma:

"ARTÍCULO 2o.- Las contribuciones se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos, las que se definen de la siguiente manera:

I. Impuestos son las contribuciones establecidas en ley que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentran en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma y que sean distintas de las señaladas en las fracciones II, III y IV de este artículo.

II. Aportaciones de seguridad social son las contribuciones establecidas en ley a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en materia de seguridad social o a las personas que se benefician en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado.

III. Contribuciones de mejoras son las establecidas en Ley a cargo de las personas físicas y morales que se benefician de manera directa por obras públicas.

IV. Derechos son las contribuciones establecidas en Ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados cuando, en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en la Ley Federal de Derechos. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado.

...."

Acorde a lo expuesto por el ministro Juan Díaz Romero, podemos enlistar cuales son los elementos que debe reunir una figura jurídica para ser considerada como contribución:

a) Debe establecerse en una relación de supra-subordinación, el Estado como sujeto activo dotado de facultad coercitiva y el gobernado como el pasivo dotado de derechos que limitan la actividad estadual.

b) La obligación tributaria se extingue mediante el pago, el cual generalmente es en dinero.

c) La hipótesis del hecho generador debe estar invariablemente contenida en los cuerpos normativos denominados leyes, y no en los reglamentos o resoluciones misceláneas.

d) Su fin primordial es sufragar los gastos necesarios para el funcionamiento del Estado, y sobre todo, la satisfacción de las necesidades públicas.

e) Los pagos deben realizarse atendiendo a la capacidad contributiva y a la situación del contribuyente.

5. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO LEGAL DE CONTRIBUCIÓN

La Constitución Mexicana utiliza la denominación genérica de contribución, tal y como la definiera Couture, lo que nos lleva a cuestionarnos si tal uso debe ser interpretado de manera estricta o de forma evolutiva.

Atendiendo al numeral 5º del Código Fiscal de la Federación, tenemos que todo lo relacionado con el sujeto, objeto, base, tasa o tarifa de las contribuciones debe ser interpretado estrictamente. Por su parte el artículo 2º utiliza una mención que engloba, sin definir a la contribución, lo que provoca que las denominaciones de impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos, puedan ser entendidos como sinónimos de contribución.

Como veremos más adelante, la jurisprudencia muestra una interpretación evolutiva, que ante un proceso legislativo que permanece inerte, se ha convertido en la vinculación entre la norma jurídica y el mundo fáctico.

Se estima que, de establecerse en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en el Código Fiscal de la Federación, la definición de la figura jurídica en comento, se aplicaría la interpretación auténtica y primigenia.

Las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público son un concepto emanado de la jurisprudencia, que acoge figuras pertenecientes a ramas jurídicas diversas, sin que se pueda establecer ninguna conexión, dichas prestaciones poseen las siguientes notas que sirven para su identificación:

a) El apego al principio de reserva de ley para su establecimiento, ya que es necesario preservar los bienes jurídicos de mayor valía

de los gobernados: la vida, la libertad personal y la propiedad. Lo anterior se equipara al principio de legalidad que se exige constitucionalmente a las contribuciones;

b) La coactividad, con facultades exactoras previstas en la normatividad aplicable al caso;

c) Un pago a cargo de quienes realicen una actividad que se estima contraria a algún bien jurídico que el legislador ha determinado que debe tutelarse;

d) Su finalidad, no es la de incrementar el erario público que se usa en satisfactores de las necesidades sociales, ni para cubrir las actividades estatales;

e) Por lo general, no están sujetas a los principios constitucionales de proporcionalidad y equidad;

f) De manera inversa a las contribuciones, la autoridad respeta la garantía de previa audiencia del gobernado antes de ser aplicadas.

Oswaldo Guillermo Reyes Corona y Lorena Ivette Colín Zepeda⁵, apoyándose en lo expresado por Adolfo Arriola Vizcaíno, opinan que para cumplir con el principio de equidad de la contribución, es necesario establecer cuotas, tasas o tarifas que graven progresivamente a los sujetos pasivos, en función de su capacidad económica. Siendo que ese último criterio es el considerado por el Dr. Juan Manuel Ortega Maldonado, para que sea aplicado a las prestaciones patrimoniales de carácter público.

6. CONTRIBUCIÓN Y LA PRESTACIÓN PATRIMONIAL DE CARÁCTER PÚBLICO

Acorde a las definiciones expuestas, se advierte que ambas figuras comparten dos características:

a) Coercitividad, porque la autoridad exactora cuenta con facultades legales para obtener el pago.

b) Se rigen por el principio de reserva de ley para su establecimiento.

⁵ Reyes Corona, Oswaldo Guillermo. Colín Zepeda, Lorena Ivette. *Los principios de Proporcionalidad, Equidad y Legalidad Tributarios*. Editorial Negra, Primera Edición, México 2003, p. 76.

La contribución financia el gasto público y la prestación patrimonial de carácter público tiene el propósito de desincentivar actividades que se estiman contrarias a algún bien jurídico que a juicio del legislador debe tutelarse.

La contribución se rige por los principios constitucionales vertidos en la fracción IV del numeral 31, mas no así la prestación patrimonial de carácter público.

Para establecer la contribución no es necesario escuchar previamente al contribuyente, en cambio, para establecer la prestación patrimonial de carácter público sí es necesario.

Al respecto resulta aplicable la jurisprudencia⁶ que a la letra dice:

No. Registro: 185,573. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVI, Noviembre de 2002. Tesis: 2a./J. 120/2002. Página: 208.

CUOTAS COMPENSATORIAS. NO SON CONTRIBUCIONES EN VIRTUD DE QUE RESULTAN DE UN PROCEDIMIENTO EN QUE SE OYE A LOS INTERESADOS Y NO SON UNA EXPRESIÓN DE LA POTESTAD TRIBUTARIA. De lo dispuesto en el contexto normativo que rige el establecimiento de las cuotas compensatorias para contrarrestar las importaciones realizadas en condiciones de "dumping", se advierte que la atribución que al respecto se confiere a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (actualmente Secretaría de Economía), no es una expresión de la potestad tributaria conferida al Congreso de la Unión, a las Legislaturas Locales, ni al presidente de la República al tenor del artículo 131, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que se halla condicionada al desarrollo de un procedimiento en el que se escuche a las partes que puedan verse afectadas con su determinación así como al acreditamiento de que las importaciones incurrieron en práctica

⁶ CD-ROM IUS 2007 CD-II. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia y Tesis Aisladas. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis.

desleal y causaron o amenazaron causar daño a la producción nacional; además existe la posibilidad de que aun cuando se reúnan estos elementos, la autoridad se abstenga de instituir dichas cuotas, si los exportadores extranjeros asumen el compromiso de revisar sus precios o el nivel de sus exportaciones a México. Por tanto, es patente que las cuotas no tienen la naturaleza jurídica propia de una contribución, dado que ésta constituye una manifestación de la potestad tributaria del Estado.

Amparo en revisión 1162/96. Xocongo Mercantil, S.A. de C.V. 10 de noviembre de 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 49/2001. Gerardo Kawas Seide. 29 de junio de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

Amparo directo en revisión 583/2000. Jesús M. González Martínez. 7 de septiembre de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Estela Jasso Figueroa.

Amparo en revisión 402/2001. Imcosa, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 425/2001. Cierres Best de México, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Oliva del Socorro Escudero Contreras.

Tesis de jurisprudencia 120/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veinticinco de octubre de dos mil dos.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, agosto de 2001, páginas 217 y 218, tesis 2a. CXIX/2001 y 2a. CXX/2001, de rubros: "CUOTAS COMPENSATORIAS.

EL PROCEDIMIENTO QUE SE SIGUE PARA SU ESTABLECIMIENTO NO ES ANÁLOGO AL QUE DESARROLLAN LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA FIJAR LAS BASES, CUOTAS O TARIFAS DE UNA CONTRIBUCIÓN, NI PARA REALIZAR LA LIQUIDACIÓN DE UNA CONTRIBUCIÓN Y TAMPOCO TIENEN LA NATURALEZA DE UNA CONTRIBUCIÓN DE CARÁCTER EXTRAFISCAL." y "CUOTAS COMPENSATORIAS. LA ATRIBUCIÓN CONFERIDA AL TITULAR DE LA SECRETARÍA DE COMERCIO Y FOMENTO INDUSTRIAL (ACTUALMENTE SECRETARÍA DE ECONOMÍA) PARA EMITIR DISPOSICIONES DE OBSERVANCIA GENERAL EN LAS QUE ESTABLEZCA PRESTACIONES PATRIMONIALES DE ESA NATURALEZA, NO CONLLEVA UNA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES (CONTEXTO NORMATIVO VIGENTE HASTA EL 27 DE JULIO DE 1993).", respectivamente.

El Poder Judicial de la Federación fue claro al establecer que prestaciones patrimoniales de carácter público no tienen como finalidad solventar los gastos del Estado, siendo su mayor diferencia respecto de las contribuciones, pues uno de los principios que regula a estas últimas es el de que se destinan para el gasto público. Tampoco se derivan de la potestad tributaria, sino de una diversa atribución que tiene como finalidad crear una carga económica a todos aquellos que realicen una actividad, que se estima contraria a algún bien jurídico que a juicio del legislador deba tutelarse.

Con relación a lo antes expresado, nos permitimos citar la siguiente jurisprudencia:⁷

No. Registro: 184,633. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVII, Marzo de 2003. Tesis: 2a./J. 19/2003. Página: 301.

INGRESOS PÚBLICOS. PARA VERIFICAR SU APEGO A LOS PRINCIPIOS QUE CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

⁷ Ídem

POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS RIGEN SU ESTABLECIMIENTO, LIQUIDACIÓN Y COBRO, DEBE ATENDERSE A SU NATURALEZA, CON INDEPENDENCIA DE LA DENOMINACIÓN QUE LES DÉ EL LEGISLADOR ORDINARIO. Si bien es cierto que el legislador ordinario puede definir en cada época cuáles son las contribuciones necesarias para cubrir el gasto público, de acuerdo con las circunstancias sociales y económicas que existan en cada momento, atendiendo a la evolución de la administración pública y a las responsabilidades que el Estado vaya asumiendo en la prestación y mantenimiento de los servicios públicos que aseguren el desarrollo integral de los individuos que componen la sociedad, también lo es que ello no obsta para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar la constitucionalidad de una prestación patrimonial de carácter público, con independencia de que formalmente se le considere como contribución o ingreso no tributario, desentrañe su verdadera naturaleza y, conforme a ésta, verifique si el contexto normativo que rige su establecimiento, liquidación y cobro se sujeta a las prerrogativas y obligaciones que se prevén en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tanto para los gobernados como para las autoridades constituidas, dependiendo de su naturaleza tributaria o no tributaria.

Amparo en revisión 1162/96. Xocongo Mercantil, S.A. de C.V. 10 de noviembre de 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 49/2001. Gerardo Kawas Seide. 29 de junio de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

Amparo directo en revisión 583/2000. Jesús M. González Martínez. 7 de septiembre de 2001. Unanimidad de cuatro de votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Estela Jasso Figueroa.

Amparo en revisión 1070/2000. Braniff Air Freight and

Company, S.A de C.V. 26 de octubre de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan Díaz Romero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Oliva Escudero Contreras.

Amparo en revisión 249/2002. Grupo Radiópolis, S.A. de C.V. 15 de noviembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Tesis de jurisprudencia 19/2003. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del siete de marzo de dos mil tres.

7. CONCLUSIONES

1. Las contribuciones son clasificadas acorde al artículo 2° del Código Fiscal de la Federación; sin embargo, la prestación patrimonial de carácter público es de origen jurisprudencial.

2. En la legislación mexicana, no existe un concepto de contribución, lo que implica que se pretenda dotar con sus características a diversas figuras de ingreso.

3. La doctrina ha aportado definiciones de la contribución, así como también el Poder Judicial de la Federación, y que se derivan de los elementos que aporta la fracción IV del numeral 31 de la Carta Magna.

4. La figura de la prestación patrimonial de carácter público, se originó en la jurisprudencia, y por el mismo medio se han establecido sus diferencias con la contribución. Atendiendo a su causación, se equiparan ya sea a un derecho o a un aprovechamiento.

5. Tomando en cuenta los conceptos y elementos anotados por la doctrina y la jurisprudencia, podemos establecer que, ya sea que se le agregue un segundo párrafo a la fracción IV del artículo 31 Constitucional, o al numeral 2° del Código Fiscal de la Federación, es necesario establecer el concepto legal de la contribución, el cual podría quedar como sigue:

Por contribución debe entenderse el ingreso establecido en la ley, que percibe el Estado, ya sea de manera voluntaria o coactiva, por parte

de las personas físicas o morales que se obligan a pagarlo cuando actúen la hipótesis generadora, y que se entrega a un ente público o privado según sea el caso, cuyo destino es sufragar el gasto público.

8. FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRÁFICAS

- Burgoa Orihuela, Ignacio. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa, octava edición, México, 2005.
- Cassell's Latin & English Dictionary*. Editorial Macmillan Publishing Company, Nueva York, Estados Unidos de América.
- Couture, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Editorial Depalma, cuarta reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1991.
- Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Primera Serie, Volumen II. Editorial Harla, México 1997, p. 260.
- Reyes Corona, Oswaldo Guillermo; Colín Zepeda, Lorena Ivette. *Los principios de Proporcionalidad, Equidad y Legalidad Tributarios*. Editorial Negra, Primera Edición, México 2003, p. 76

INFORMÁTICAS:

- [http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PJ/SCJN/Sentencias/18112005\(1\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PJ/SCJN/Sentencias/18112005(1).pdf)
- CD-ROM IUS 2007 CD-II. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia y Tesis Aisladas. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis.

El uso de la argumentación jurídica en las funciones del defensor público federal

*Gladiator in arena consilium capit**

José Raymundo Cornejo Olvera**

Sumario: I.-Introducción II.-Breve referencia a la argumentación y a la interpretación. III.-Diferentes tipos de argumentos. IV.- Aplicación de la argumentación a la labor del Defensor Público Federal V.- Conclusiones.

I.-INTRODUCCIÓN

Considero que siempre es importante de inicio, el justificar el por qué se realiza un trabajo de un tema determinado o del que apenas se pudiera tener la vaga idea o nociones del mismo, es como un viaje que el amable lector realiza, ya no de la pluma sino del teclado del que escribe, pero surge la pregunta: *¿por qué hacer un estudio, por así llamarlo, del tema de la argumentación jurídica?*, tópico del que se han ocupado excelentes tratadistas tanto nacionales como extranjeros, que han escrito inmejorables libros que cualquier otro artículo que se pueda publicar.

La respuesta es a la vez sencilla y complicada, según del punto de vista que se vea; me llamó profundamente la atención que prác-

* Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y a la argumentación*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007. 4º ed. Pág. 177. Cita así el autor Marco Tulio Cicerón, solía repetir la frase: *Gladiator in arena consilium capit* (El gladiador toma su decisión en la arena), para referir que sólo las circunstancias y el contexto nos indica qué decisión desde el punto de vista de la estrategia argumentativa debe tomarse.

** Defensor Público Federal.

ticamente toda la teoría de la argumentación jurídica tiene una especie de binomio cerrado, esta teoría es creada para un destinatario específico, el órgano jurisdiccional, ya sea el Juez o el Tribunal para que le sirva como un instrumento de justificación de sus actos y resoluciones hacia otro destinatario que serían en un primer lugar las partes que intervinieron en el proceso e indirectamente la sociedad.

En nuestro papel de Defensores Públicos Federales somos parte del Poder Judicial de la Federación, hemos vivido un riguroso proceso de selección para poder acceder a ese honorable cargo, periódicamente estamos sujetos a visitas de supervisión y evaluaciones, no ha faltado quien las equipare a una especie de certificación¹, lo que nos convertiría en los primeros y únicos abogados certificados en nuestro país, por lo tanto, y haciendo honor a ese privilegio, es que he pensado que sería un gran instrumento el uso de la argumentación jurídica en el desempeño encomendado, haciendo un correcto uso de aquélla, utilizando una correcta metodología, y aplicar todo esto a favor de nuestros defendidos; ¿cómo? usando la argumentación jurídica al realizar alegatos, conclusiones, agravios o bien en la elaboración de unos conceptos de violación, esto es, y si se me permite la expresión, tratar de "arrebatarle" aunque sea una pequeña parte de ese monopolio al órgano jurisdiccional y de un binomio cerrado, intentar crear un trinomio, donde la figura del Defensor Público Federal sea parte de ese mensaje codificado entablado una comunicación más eficaz.

En síntesis, se trata que podamos convencer a la autoridad de la validez de nuestras aseveraciones (argumentos).

Esa fue en teoría la parte sencilla, la complicada es la que trataré de desarrollar al demostrar la aplicabilidad de la argumentación jurídica a nuestras labores. Anticipo que haré uso del método deductivo, esto es, ir de lo general a lo particular.

¹ Para ver un estudio más amplio acerca de la certificación de los abogados en materia penal, se recomienda el artículo de Constancio Carrasco Daza, "El Instituto Federal de Defensoría Pública, punta de lanza en el régimen de certificación en el ejercicio de la abogacía", Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, Número 1, Junio de 2006.

Todo lo que acabo de decir con anterioridad ha sido parte de un ejercicio argumentativo con la finalidad de persuadir al lector de leer y seguir leyendo este pequeño opúsculo, espero haber tenido éxito y entremos, entonces, en materia.

II.-BREVE REFERENCIA A LA ARGUMENTACIÓN Y A LA INTERPRETACIÓN

Empecemos señalando qué podemos entender por argumentar, según el Diccionario de la Lengua Española proviene del latín *argumentare*, *argumentum*, *sacar en claro*, *descubrir*, *probar*, *aducir*, *alegar*, *poner argumentos*, *disputar*, *discutir*, *impugnar una opinión ajena*. Así es que podemos trasladar estos conceptos al campo jurídico y entonces señalar que la argumentación jurídica será la acción de exponer razones, ideas o consideraciones a favor o a contrario de algo, obviamente relacionado al derecho. Para Manuel Atienza la argumentación: *es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis, que se trata de sostener o de refutar*.² Por lo tanto, podemos decir que argumentar se define como: "*Ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión*".³

La teoría de la argumentación jurídica atiende al discurso justificativo de los jueces, es decir las razones que se ofrecen como fundamento y motivación de sus decisiones⁴, esto es, *atiende el porqué y no el cómo de sus decisiones*, en primer lugar, para que el órgano jurisdiccional dé el debido cumplimiento al artículo 16 de nuestra Carta Magna y en segundo lugar para justificar su rol y sus resoluciones en la sociedad, recordemos que el Poder Judicial de la Federación es un factor de estabilidad, pero también es un factor que le imprime di-

² Citado por Ernesto Galindo Sifuentes, "¿Qué es argumentar? Retórica y lingüística". Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Número 24. Pág. 31.

³ Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 1985, 155 pp. Citado por Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y a la argumentación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007. 4º Ed. Pág.183.

⁴ Olvera López, Juan José, *Argumentación Jurisdiccional*. Apuntes del Diplomado en Introducción a la Función Jurisdiccional, Modalidad Virtual, Programa de apoyo académico, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2007, pág. 7

namismo y cambio a través de sus resoluciones, basta remitirse a la obligatoriedad de observar la jurisprudencia de acuerdo al séptimo párrafo del artículo 94 Constitucional y los numerales 192 y 193 de la Ley de Amparo.

Ya que a fin de cuentas, por ejemplo, en materia penal, al dictarse una sentencia al justiciable se crean normas jurídicas particularizadas.

No siempre ha sido así, por el contrario ha existido una evolución de la argumentación jurídica; en un primer momento nos encontramos con un *Estado absolutista*, antes del siglo XIX, en que no era necesario que el juez motivase sus resoluciones, ya que actuaba en nombre del soberano o rey y del mismo descendía su poder de un origen divino, así es que nos encontramos ante una delegación divina de poderes y facultades, por lo que era innecesario que el juez justificara y así legitimara sus fallos;⁵ más adelante viene una etapa de ilustración, especialmente con la Revolución Francesa y en el sistema inglés surgen los sistemas parlamentarios y a fin de contrarrestar los excesos del Estado absolutista se les dio a los jueces un poco de poder y la facultad de decir el derecho, *Estado de Derecho*, pero como un ser mecánico, que sólo se limitaba a realizar una interpretación gramatical de la ley, más adelante y conforme evoluciona el derecho se modifican sus formas de interpretación, llegando a una tercera etapa, al *Estado Constitucional de derecho*, en que por fin se aceptó que el juez mediante la aplicación literal no podía resolver todos los casos, por lo tanto era necesario que el juez no solamente interpretase la ley gramaticalmente, sino que debía hacerlo de una manera sistemática con el fin de resolver problemas de jerarquías entre leyes, lagunas y antinomias, usando como base la pirámide de Kelsen.

Sin embargo ese sistema entró en crisis al final de la Segunda Guerra Mundial, después de haber vivido la experiencia nazi y del fascismo, ya que esos sistemas, a pesar de sus leyes discriminatorias, siniestras e injustas eran al fin y al cabo derecho positivo vigente y peor aún, ya no era factible la aplicación de los sistemas gramatic-

⁵ Ídem.

les y sistemáticos vigentes con los juicios de Nuremberg, (ya que esos nefastos crímenes de guerra habían sido llevados a cabo al observar las leyes vigentes de Alemania) por lo tanto fue imprescindible que se diera a los jueces, además, la facultad de interpretar la ley de una forma funcional, de acuerdo a los fines de la norma, su contexto histórico y sus consecuencias, trayendo la creación del denominado *Estado Social de Derecho*, donde el grado de legitimación del juez dependerá de su capacidad de argumentación al resolver las controversias.

Es menester distinguir entre arbitrio y arbitrariedad, el libre arbitrio es la facultad que tiene el juez para resolver una controversia usando algunas virtudes como la prudencia y el buen juicio, por el contrario la arbitrariedad es el soslayar e ignorar los medios de control para que esa decisión sea resuelta conforme a derecho. Así la argumentación es un medio de control en un Estado democrático de derecho.

Muy ligada a la argumentación, se encuentra la interpretación, a veces por esa misma relación tan estrecha se les confunde, la interpretación proviene del latín *interpretatio*, que significa "*servir de intermedio, venir en ayuda de, explicar*"⁶ de lo que se desprende que todo aquel que interpreta es una especie de mediador que comunica a otros el significado que se atribuye a ciertos conocimientos, básicamente interpretar es desentrañar algún texto que está oscuro o que es ambiguo. En el ámbito del Derecho, podemos decir que la interpretación jurídica es desentrañar el sentido de una norma, desnudarla para verificar por qué y para qué fue creada, el verificar su esencia, lo cual nos servirá para saber si es aplicable al caso concreto.⁷ Interpretar es verificar el significado objetivo de los textos normativos.⁸

Se puede señalar que la interpretación es el género y la argumentación la especie, el conjunto y subconjunto respectivamente, por lo tanto la interpretación será la base sobre la que descansará la argumentación, ya que en primera instancia primero se deberá in-

⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, ed. Porrúa. 1994, pág.1793.

⁷ Meza Fonseca, Emma, "Argumentación e interpretación jurídica", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2006, Número 22. Pág. 91

⁸ Ídem.

interpretar la ley y a posteriori al argumentar sobre la misma, esto es, *dar las razones o pruebas* correctas para soportar dicha afirmación o negación según sea el caso, por ende se puede decir que toda argumentación lleva consigo de manera forzosa e implícita una interpretación, mas no toda interpretación desemboca en una argumentación. La interpretación es entonces presupuesto de la argumentación, así podemos señalar que interpretar es dotar de significado a un determinado enunciado y argumentar es dar una o varias razones a fin de sostener una tesis u opinión⁹, ejemplo, así como en materia penal la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, entonces la interpretación es un presupuesto de la argumentación.

III.-DIFERENTES TIPOS DE ARGUMENTOS

a) Gramatical. Toma como resultado de la interpretación el sentido común de las palabras que figuran en la norma.

b) Sistemático. Se relaciona la norma con otras normas del mismo cuerpo o de otras leyes. Se busca la consistencia del sistema normativo y se trata de evitar que la interpretación de una norma la torne incompatible con otras normas. Al interpretar sistemáticamente un artículo determinado de manera implícita se acepta que el mismo no se encuentra aislado de un cuerpo legal.

c) Histórico. Busca la voluntad del legislador a través de los antecedentes de la ley, como la exposición de motivos, los estudios previos, etc.

d) Teleológico. Trata de alcanzar la "ratio legis", es decir, la razón por la cual la ley fue creada, la fuente formal de la norma, no se debe confundir con el argumento histórico.

e) Aplicación de principios de derecho romano. A veces, como abogados podemos usar frase latinas, que encierran principios de derecho romano y que se intentan aplicar al derecho positivo, como en materia penal, entre ellos: *In dubio pro reo*; *Nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*; *Quod oculus vident nemo fideliter negat*; *Legis specialis derogat legis generalis*; etc.

⁹ Ibídem, pág. 93.

f) Utilización de los principios generales del Derecho. En el caso de que la ley sea obscura, poco clara o con lagunas se pueden usar estos principios, especialmente en derecho civil y mercantil. (Último párrafo del artículo 14 Constitucional).

g) Argumento de aplicación del razonamiento analógico. La analogía implica una proporción o semejanza entre una o varias cosas distintas, con el uso de la misma se busca superar la deficiencia de la norma¹⁰, la analogía sólo se podrá usar en situaciones o asuntos que guarden similitud, no es dable usarla cuando el legislador explícitamente la prohíbe, como en materia penal de acuerdo al artículo 14 Constitucional.

h) Argumento a contrario sensu. Se basa ante todo en el aspecto gramatical y se hace especial énfasis en la literalidad de la norma, es un argumento consistente en una conclusión a partir del contrario. Parte de la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y sólo a ella, rechazándose su aplicación a cualquier otro caso distinto al expresamente contemplado por el legislador.

i) Argumento de reducción al absurdo. Distinción entre versión indemostrada e inverosímil, porque esta última, por ser contraria a la lógica o al sentido común, produce un indicio a través de la demostración de la otra versión (ejemplo a través de las pruebas de cargo o de descargo).¹¹

j) Argumento a coherencia. Nace cuando dos enunciados legales no pueden expresar dos normas incompatibles entre ellas; por ende, tiene un doble uso, primero para rechazar los significados de un enunciado que lo hagan incompatible con otras normas del sistema, y segundo, para atribuir directamente un significado a un enunciado, lo anterior a fin de que el significado del enunciado sea coherente con el ordenamiento jurídico.

¹⁰ *Ibíd.*, pág. 96.

¹¹ Olvera López, Juan José, *Argumentación sobre hechos*. Curso de capacitación y certificación en justicia para adolescentes, Lineamientos generales del examen de certificación y síntesis de los cursos. Resumen elaborado por el Dr. Carlos Barrientos Sánchez y el Lic. Saúl Cota Murillo, Modalidad Virtual, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2007, pág. 176.

k) *Argumento sedes materiae*. Es aquél por el que la atribución de significado a un enunciado dudoso se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte, ya que se piensa que la localización de una disposición en el cuerpo normativo proporciona información sobre su contenido.

l) *Argumento a rúbrica*. Consiste en atribuir a un enunciado un significado sugerido por el título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que aquél se encuentra. Su justificación es exactamente la misma que la del argumento *sedes materiae*: de la misma forma que se presume como un atributo del legislador racional que dispone lógicamente las materias tratadas, se presume asimismo que traduce correctamente sus intenciones en los títulos de las leyes y de las divisiones que realiza en su actividad legislativa.

m) *Argumento a fortiori*. Este argumento existe cuando contiene ciertos enunciados que se supone refuerzan la verdad de la proposición que se intenta demostrar. Es el tanto más cuanto que, para abundar de sobra en lo que se afirma.

n) *Argumento psicológico*. Será aquél por el que se atribuye a una regla el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, del concreto legislador que históricamente la redactó. A pesar de que esa voluntad puede estar exteriorizada en varias fuentes, como las exposiciones de motivos y preámbulos de las leyes, no cabe duda que los documentos que por excelencia se consideran expresión de la voluntad del legislador son los trabajos preparatorios.

o) *Argumento de la no redundancia*. Partiendo del principio de la no redundancia en el ordenamiento jurídico, según el cual cada disposición legal debe tener una incidencia autónoma, un particular significado, y no constituir una mera repetición de otras disposiciones legales, el argumento de la no redundancia justifica que, entre dos (o más) significados posibles de un enunciado, sea rechazado aquél (o aquéllos) que supongan una mera repetición de lo establecido por otra disposición del ordenamiento.

p) *Argumento pragmático*. Es un argumento consecuencialista

que consiste en justificar un significado a partir de las consecuencias favorables que de él se derivan, o la inconveniencia de otro significado posible de un enunciado por las consecuencias desfavorables que de él se derivan. Se podría decir que su principal característica es que es eminentemente práctico.

IV.- APLICACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN A LA LABOR DEL DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL

Me permito transcribir dos ejemplos que he usado a favor de mis defendidos:

Primer ejemplo.

Se considera de suma importancia el uso de la teoría de la argumentación jurídica a fin de convencer a la Representación Social de la Federación de que debe aplicarle a mi defendido, en el caso concreto, la excusa absolutoria prevista en el artículo 199 del Código Penal Federal.

"Siguiendo el modelo de demostración de la cuestión de la escuela Judicial, podemos usar los siguientes pasos, a fin de demostrar la aplicabilidad del artículo 199 del Código Penal Federal a mi defenso."

a) *Proposición que se va a demostrar*¹²

(La aplicabilidad o no de la excusa absolutoria prevista en el artículo 199 del Código Penal Federal) (En abstracto)

b) *Planteamiento de la cuestión (quaestio)*

(La aplicabilidad o no de la excusa absolutoria prevista en el artículo 199 del Código Penal Federal) (En el caso concreto)

c) *Enunciación de la tesis que se va a sostener (thesis)*

(Que mi defenso es toxicómano y no se le debe imponer pena alguna en virtud de que la cantidad del mismo no excede para su consumo personal)

d) *La proposición normativa de la que se partirá para demostrar la tesis (principium demonstrationis)*

¹² Orduña Sosa, Héctor, *Redacción Judicial*. Apuntes del Diplomado en Introducción a la Función Jurisdiccional, Modalidad Virtual, Programa de apoyo académico, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2007, pág. 91.

El artículo 199 del Código Penal Federal, que señala en lo que aquí interesa:

"Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193, no se le aplicará pena alguna..."

e) La razón mediante la cual la tesis es inferida del fundamento de la demostración.

(La razón o las razones por las que se demuestra la anterior tesis para fundar dicha demostración obran en la misma indagatoria federal, con los siguientes elementos: el dictamen médico toxicológico que obra en la presente indagatoria y la declaración ministerial de mi representado en que señala su grado de adicción a dicha droga, y en su caso el dictamen químico que obra en la averiguación previa)

Ahora bien, conforme al estudio realizado previamente, en el caso concreto, esta defensa advierte que mi defendido acepta la posesión de la cocaína que le fue asegurada y por ende conforme al artículo 168 del Código Federal de Procedimiento Penales se encuentran acreditados todos los elementos del cuerpo del delito CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN SIMPLE DE COCAÍNA, previsto por el artículo 195 bis del Código Penal Federal y sancionado por la primera línea horizontal, quinta línea vertical de la Tabla 1 del Apéndice 1 del mismo ordenamiento jurídico.

Sin embargo también se advierte que mi defendido tiene la calidad específica de farmacodependiente, esto es, ser adicto al consumo de cocaína, lo cual se desprende de lo manifestado por mi defenso en su declaración ministerial así como de la conclusión a que arribó el DR.

_____ ya que según el dictamen médico de integridad física y toxicología al examinar al C. _____ concluye que es toxicómano habituado y determina que mi defendido es adicto a consumir cocaína, y que considera que dicho estupefaciente que tenía mi defendido era para su consumo personal sin exceder de éste, ya que la cantidad de cocaína es mínima, siendo ésta de 0.2 gramos peso neto.

En consecuencia se señala como línea de acción, el realizar una correcta argumentación jurídica ante la Representación Social de la Fe-

deración, a fin de demostrar la aplicabilidad del artículo 199 del Código Penal Federal, en base a la calidad de sujeto activo del delito que tiene mi defendido, esto es que es farmacodependiente y la cantidad de droga afecta a la presente indagatoria es para su consumo personal y por ende se le debe aplicar a su favor la excusa absolutoria prevista en el arábigo en comento, sirviendo de apoyo a la presente línea de acción la tesis de jurisprudencia, con el siguiente rubro: **"POSESIÓN DE NARCÓTICOS PARA EL ESTRICTO CONSUMO PERSONAL DEL FARMACODEPENDIENTE. LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO SE SUJETA A CONDICIÓN TEMPORAL ALGUNA."** Así como la tesis aislada **"SALUD, DELITO CONTRA LA. EXCUSA ABSOLUTORIA. CONCEPTO DE TOXICOMANÍA."**, también tiene aplicación la tesis aislada **"SALUD, DELITO CONTRA LA. EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD APLICABLE."** y finalmente también se actualiza la tesis aislada **"TOXICOMANÍA, PRUEBA DE LA."**

Ahora bien a fin de lograr lo anterior se señalan como **medios probatorios** con fundamento en los artículos 206 y 220 del Código Federal de Procedimientos Penales en primer lugar la declaración ministerial de mi defendido, quien señala que es adicto a la cocaína desde hace dos años así como el dictamen médico de integridad física y toxicomanía, suscrito por el perito médico oficial, en el cual concluye que la cantidad de cocaína es mínima, siendo ésta de 0.2 gramos peso neto, y por ende también se señalan como pruebas a su favor las presunciones tanto legal como humana y la instrumental de actuaciones.

En concordancia de lo anterior y a fin de dejar en claro qué debe entenderse por presunción tanto legal como humana se hará mención de los comentarios hechos por el jurista IGNACIO BURGOA ORIHUELA, en su obra titulada, **EL JUICIO DE AMPARO**, de la editorial Porrúa, Trigésima Edición, México, 1992 visibles en la página 670.

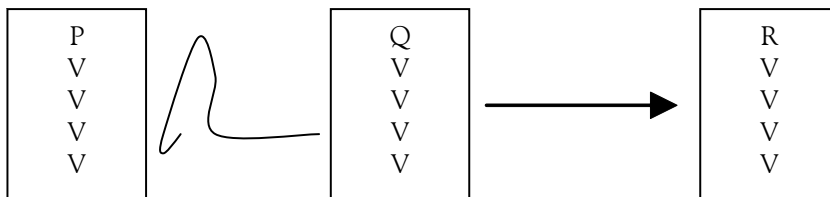
Por lo que al tener mi representado la calidad específica de farmacodependiente a la cocaína y ser éste el narcótico asegurado y no exceder el mismo de la cantidad necesaria para su consumo personal,

procede decretar a su favor la excusa absolutoria prevista en el artículo 199 del Código Penal Federal y por ende se solicitará a la Representación Social de la Federación el no ejercicio de la acción penal.

En otro orden de ideas y usando la lógica jurídica se puede demostrar la validez de mi argumento a través del uso de las tablas de verdad, entendiendo por éstas como el procedimiento mecánico por el que podemos decidir sobre la validez de cualquier fórmula bien formada de la lógica proposicional en un número finito de pasos. Esta técnica se basa en la asignación de los valores de verdad posibles a cada variable de la fórmula y, atendiendo al carácter verificativo funcional de las conectivas, en que un cuadro o diagrama que presenta los posibles valores de verdad de un enunciado más o menos complejo, determinado por cierta conectiva, y en correspondencia con los valores de verdad posibles de sus enunciados componentes.

Se puede demostrar lo anterior usando silogismos, entendiendo por éstos como el razonamiento para la aplicación de los preceptos de derecho. Se hace a partir de una premisa mayor, que está constituida por la norma genérica; la menor por el juicio que declara realizado el supuesto de aquélla, y la conclusión por el que imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias de derecho. Ahora bien, podemos demostrar la validez de dichos razonamientos usando una tabla de verdad, entendiendo por la misma como un cuadro o diagrama que presenta los posibles valores de verdad de un enunciado más o menos complejo, determinado por cierta conectiva, y en correspondencia con los valores de verdad posibles de sus enunciados componentes.

A través de un modelo lógico matemático muy sencillo se puede explicar lo anterior:



Donde a P (PREMISA MAYOR) Se le asigna el valor conocido que es aquel que mi defenso es adicto a la droga afecta a la presente indagatoria federal. (Lo que se acredita con el dictamen médico toxicológico que obra en la presente indagatoria y la declaración ministerial de mi representado en que señala su grado de adicción a dicha droga).

Donde a Q (PREMISA MENOR) Se le asigna el valor conocido que es aquel que mi defendido poseía dicha droga en una cantidad que no excede para su consumo personal. (Lo que a su vez se demuestra con el citado dictamen médico toxicológico y en su caso el dictamen químico que obra en la averiguación previa), **luego entonces:**

Entonces R (CONCLUSIÓN) Nos da el resultado verdadero y como una conclusión verdadera que no se le debe aplicar a mi representado pena alguna por la posesión de la mencionada droga, (actualización de la hipótesis prevista en el artículo 199 del Código Penal Federal)".

b) Segundo ejemplo.¹³

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 legali-

¹³ En relación al ejemplo que se señala a continuación, fue usado en un juicio de amparo indirecto pendiente por resolver, guarda íntima relación con un artículo de mi autoría denominado "La desaparición de la inviolabilidad del domicilio o la legalización del abuso del poder", referente al tema de los cateos, mismo que fue publicado en la Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, México, 2007, Número 4, Año 2.

dad 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
PREVISTOS 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 EFI-
CACIA PROBATORIA. Con la finalidad de tutelar efectivamente la
persona, familia, domicilio, 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 exclusi-
vamente puede expedirlas la autoridad judicial cumpliendo los siguien-

tes 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..."

Es menester, además señalar que la teoría de la prueba ilícita ya ha quedado elevada al rango constitucional, ya que en las reformas a la Constitución que entrarán en un plazo no mayor de ocho años, se señala en el artículo 20 Constitucional lo siguiente:

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

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los he-

chos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollarán de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

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

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

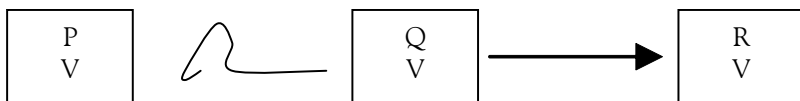
Lo importante a rescatar de lo anterior, es el espíritu del legislador, para invalidar las pruebas que se obtengan ilícitamente, lo anterior, se repite, elevado al rango constitucional.

TERCER CONCEPTO DE VIOLACIÓN

A fin de robustecer lo anterior, se estima adecuado hacer uso de la lógica jurídica, toda vez que se puede demostrar la validez de los argumentos ya vertidos a través del uso de las tablas de verdad, entendiendo por éstas como el procedimiento mecánico por el que podemos decidir sobre la validez de cualquier fórmula bien formada de la lógica proposicional en un número finito de pasos. Esta técnica se basa en la asignación de los valores de verdad posibles a cada variable de la fórmula y, atendiendo al carácter verificativo-funcional de las conectivas, en que un cuadro o diagrama que presenta los posibles valores de verdad de un enunciado más o menos complejo, determinado por cierta conectiva, y en correspondencia con los valores de verdad posibles de sus enunciados componentes.

Se puede demostrar lo anterior usando silogismos, entendiendo por éstos como el razonamiento para la aplicación de los preceptos de derecho. Se hace a partir de una premisa mayor, que está constituida por la norma genérica; la menor por el juicio que declara realizado el supuesto de aquélla, y la conclusión por el que imputa a los sujetos implicados en el caso las consecuencias de derecho. Ahora bien, podemos demostrar la validez de dichos razonamientos usando una tabla de verdad, entendiendo por la misma como un cuadro o diagrama que presenta los posibles valores de verdad de un enunciado más o menos complejo, determinado por cierta conectiva, y en correspondencia con los valores de verdad posibles de sus enunciados componentes.

A través de un modelo lógico matemático muy sencillo se puede explicar lo anterior:



Donde a P (PREMISA MAYOR) Se le asigna el valor conocido

que es aquel que por las razones expuestas en el segundo concepto de violación ya señalado, los testigos nombrados por el Ministerio Público Federal, realizaron el hallazgo de la droga que nos ocupa.

Donde a Q (PREMISA MENOR) *Se le asigna el valor conocido que es aquel que por las razones ya señaladas dichas actuaciones, fueron de manera ilícita, luego entonces:*

Entonces R (CONCLUSIÓN) *Nos da el resultado verdadero y como una conclusión verdadera y en atención a la teoría del árbol envenado deben declararse nulas esas actuaciones por ser ilícitas y no darles valor de ley alguno.*

Por todo lo anterior, dicha resolución que en este acto se combate, se considera que viola el marco de legalidad y seguridad jurídica que señala el artículo 16 Constitucional, en el cual se establece que toda autoridad y sus actos deben estar plenamente fundados y motivados.

En términos de lo anterior, es de reclamarse el otorgamiento del Amparo y Protección de la Justicia Federal."

V.- CONCLUSIONES

Así es como acaba este pequeño recorrido por el inmenso mundo de la interpretación y la argumentación jurídica, sería difícil por no decir imposible, el tratar de abarcar con más profundidad conceptos, teorías y argumentos en un limitado artículo. En lo que atañe a nuestras funciones, creo que tenemos un gran reto por delante y a un corto y mediano plazo, me explico, ya son una realidad las reformas a nuestra Carta Magna, en materia penal y con las mismas, sólo es cuestión de tiempo la implantación de los juicios orales y más nos vale que iniciemos el aprendizaje o en su caso, a reforzar los conocimientos que tengamos en materia de oratoria, retórica, lógica y argumentación, porque si ahora, por ejemplo, con tiempo suficiente para estudiar un asunto y realizar por escrito un ofrecimiento de pruebas o unas conclusiones no usamos la argumentación jurídica, entonces, ¿qué podemos esperar en una audiencia oral?; ¿qué futuro podrán esperar nuestros defendidos cuando en un juicio oral nos veamos arrastrados por su dinamismo y de forma espontánea (que no improvisada) no podamos

argumentar, (*persuadir*) ante la autoridad? Y retomando a Cicerón, *¿cómo sobreviviremos como gladiadores en la arena jurídica?*

Sin embargo, estimo que todavía tenemos tiempo, un tiempo valiosísimo que no debemos desaprovechar, en esa *vacatio legis* en que se promulguen las leyes necesarias que darán vida a dicha realidad, sin duda alguna tendremos el apoyo y capacitación por parte de nuestra noble institución, pero y aquí viene el *quid* de la cuestión, por más cursos o seminarios que se nos brinden si no vamos más allá y tomamos con verdadero sentido de responsabilidad la situación que se avecina, entonces lastimosamente fallaremos y no nada más a nosotros mismos sino lo que es peor, también les fallaremos a nuestros defensosos.

A final de cuentas, hemos descubierto el principal argumento del presente artículo.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Aristóteles, *Retórica*, Introducción y notas de Arturo Ramírez Trejo, México, UNAM, 2002.
- 2.- Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- 3.- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- 4.- Constancio Carrasco Daza, "El Instituto Federal de Defensoría Pública, punta de lanza en el régimen de certificación en el ejercicio de la abogacía", Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, Número 1, Junio de 2006.
- 5.- Cornejo Olvera, José Raymundo, "La desaparición de la inviolabilidad del domicilio o la legalización del abuso del poder", *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, Diciembre 2007, Número 4, Año 2.
- 6.- Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y a la argumentación*, Suprema Corte de justicia de la Nación, México, 2007. 4º Ed. Pág. 177.

- 7.- *Diccionario Jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, ed. Porrúa 1994.
- 8.- Galindo Sifuentes, Ernesto, "¿Qué es argumentar? Retórica y lingüística". Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Número 24.
- 9.- Meza Fonseca, Emma, "Argumentación e interpretación jurídica", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2006, Número 22.
- 10.- Olvera López, Juan José, *Argumentación Jurisdiccional*, Apuntes del Diplomado en Introducción a la Función Jurisdiccional, Modalidad Virtual, Programa de apoyo académico, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2007,
- 11.- Olvera López, Juan José, *Argumentación sobre hechos*, Curso de capacitación y certificación en justicia para adolescentes, Lineamientos generales del examen de certificación y síntesis de los cursos, Resumen elaborado por el Dr. Carlos Barrientos Sánchez y el Lic. Saúl Cota Murillo, Modalidad Virtual, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2007.
- 12.- Orduña Sosa, Héctor, *Redacción Judicial*, Apuntes del Diplomado en Introducción a la Función Jurisdiccional, Modalidad Virtual, Programa de apoyo académico, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2007.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. Porrúa, México, 2008.
- Código Federal de Procedimientos Penales, ed. Sista, México, 2008.
- Código Penal Federal, ed. Sista, México, 2008.
- Ley de Amparo, ed. Porrúa, México, 2008.

Paralelismo entre las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública frente a los criterios jurisprudenciales relativos a la entrevista previa

*Norma Corona Gómez**

Al interior del Instituto Federal de Defensoría Pública y como cumplimiento a la normatividad vigente, se advierte que entre las funciones de vital importancia para una defensa adecuada, está contemplada la práctica de una entrevista previa con el detenido, que resulta benéfica tanto en lo material (para brindar asistencia personal al capturado), como en la esfera legal (para estar en posibilidad de escuchar la versión de los hechos, así como de elaborar una estrategia de defensa acertada, oportuna y coherente desde el momento de intervenir en la diligencia de declaración ministerial).

En la etapa de averiguación previa, existen dos posibilidades para practicar la citada entrevista, la primera se actualiza cuando la persona a quien se ha de brindar el servicio se encuentra en libertad, entonces se verifica sin inconveniente alguno, pues la persona por iniciativa propia acude ante el Defensor Público Federal, solicita su intervención y al momento en el que se le cuestiona respecto de los hechos a investigar, se materializa la entrevista, dado que

* Defensora Pública Federal.

se lleva a cabo antes de la declaración ministerial y en privado, tal como lo establecen las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública; sin embargo, en la fase de averiguación previa cuando se trata de una persona privada de su libertad, surge una serie de inconvenientes, los cuales se abordarán más adelante, ya que por el momento se estima necesario establecer como premisa fiable el contenido del artículo 21, fracción II de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, que textualmente establece:

Art. 21. *"La función del defensor público en averiguación previa comprende dos supuestos: I..., II. Defensa penal.- Inicia con la entrevista al indiciado, que cuando no estuviese detenido se podrá realizar, a su solicitud, en cualquier momento durante el curso de la averiguación previa, para lo cual el propio indiciado proporcionará los datos de la averiguación, entrevista que en todo caso tendrá lugar, si el indiciado estuviese detenido o arraigado, inmediatamente después de que sea privado de la libertad, continúa con la intervención en las declaraciones que rinda ante el Ministerio Público Federal y en las demás diligencias que se practiquen; y, concluye cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal o se lleve a cabo la consignación al tribunal que corresponda."*

Trascrito el marco fáctico y legal adoptado en las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, que circunda a la entrevista previa y en privado en averiguación previa, precisa establecer qué debe entenderse por el vocablo inmediatamente, pues el citado dispositivo establece que la entrevista tendrá lugar inmediatamente después de que sea privado de su libertad. Al respecto el Diccionario de la Real Academia Española define tal concepto como: "(Del lat. *immediātus*), Contiguo o muy cercano a algo o alguien. Que sucede enseguida, sin tardanza."

Los Tribunales Federales han definido el vocablo inmediatamente, como el lapso de tiempo que debe ser continuo y breve, haciendo la observación que no es factible definir el término "in-

mediatamente" en minutos, horas o incluso días, porque en cada asunto en particular deben apreciarse en conciencia las circunstancias del caso.

Sentado lo anterior, se consideran diversas disposiciones legales que proporcionen las herramientas jurídicas para materializar dicha prerrogativa a favor del detenido. En principio, nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20 apartado "A", fracciones II y IX y último párrafo de dicho apartado, refiere lo siguiente:

"Art. 20.- En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

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;

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"

Similar contenido ofrece el artículo 128, fracción III, inciso b) del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece:

Art. 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: a) ..., b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio"

Lo anterior, pone de manifiesto que dentro de la etapa de averiguación previa existe la prerrogativa constitucional a una defensa adecuada, la cual deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar el capturado. Mientras que el Código Federal de Procedimientos Penales, establece una temporalidad al señalar que de inmediato se harán saber al detenido los derechos que le otorga la Constitución Federal, incluido el de una defensa adecuada.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al realizar la interpretación de la fracción II, en relación con las diversas IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativa a entrevista previa encaminada a la defensa adecuada, en diversas ejecutorias sostuvo que el detenido en flagrancia tiene la potestad para en caso de que así lo decida, entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. Criterio que se encuentra contenido en las tesis que a continuación se citan:

"Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXI, enero de 2005, Tesis: 1a. CLXXI/2004, Página: 412, DEFENSA ADECUADA, ALCANCE 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 disposi-

ción del Ministerio Público. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal pueden ser concebidas como un mero requisito formal, sino que deben hacerse efectivas y permitir su implementación real para una participación efectiva en el proceso 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."

"No. Registro: 176,335, Tesis aislada, Materia (s): Constitucional, Penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Enero de 2006, Tesis: 1a. CC/2005, Página: 720. DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA FALTA DE ENTREVISTA PREVIA Y EN PRIVADO DEL INDICIADO CON SU DEFENSOR, NO RESTA, EN TODOS LOS CASOS, EFICACIA PROBATORIA A LA CONFESIÓN RENDIDA (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, en la tesis 1a. CLXXI/2004, consultable en la página 412 del Tomo XXI, enero de 2005, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, al interpretar dicha disposición constitucional en sus diversas fracciones, sostuvo que el detenido en flagrancia podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente

que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial; asimismo, que 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. En ese sentido, si bien es cierto que, el incumplimiento a lo anterior constituye una violación procesal, también lo es que ésta no trasciende en perjuicio del derecho de defensa del indiciado, en caso de que la declaración rendida al respecto no esté desvirtuada, sea verosímil y, además, se encuentre corroborada por otros elementos de convicción, siempre y cuando el defensor lo haya asistido en la diligencia ministerial respectiva, por lo que la circunstancia referida no es suficiente, por sí misma, para restar eficacia probatoria a la confesión de mérito. Además, en estos casos no puede afirmarse que se esté ante actos prohibidos como la incomunicación, la intimidación y la tortura, e incluso la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la presencia de su defensor, que es de lo que específicamente protege la fracción II del artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."

"No. Registro: 175,110, Jurisprudencia, Materia (s): Constitucional, Penal, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Mayo de 2006, Tesis: 1a./J. 23/2006, Página: 132. 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 anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal puede ser concebida como un mero requisito formal, y para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación requiere de la participación efectiva en el procedimiento por parte del imputado desde que es puesto a

disposición del representante social. Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la "asistencia" no 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."

Del análisis de las tesis citadas con antelación, se desprende que en concordancia con la interpretación constitucional realizada a la fracción II, en relación con las diversas IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Corte estableció que no existe impedimento alguno para que el detenido en flagrancia tenga derecho a la entrevista previa y en privado con el Defensor Público Federal, antes de rendir su declaración ministerial; sin embargo, también limitó ese derecho al requisito, ineludible, de que así lo solicite el capturado. En efecto, el detenido podrá entrevistarse en el caso de que así lo decida, con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite, pudiendo entrevistarse antes de rendir su declaración ministerial.

Además, la Suprema Corte puntualizó que cuando no se cumple con esa oportunidad de entrevista previa y en privado del indiciado y su defensor, antes de que rinda la declaración ministerial, puede presentarse una violación procesal, pero ésta no trascendería en perjuicio del indiciado, en caso de que la declaración rendida sea verosímil, y no esté desvirtuada y además, esté corroborada por otros elementos de convicción, siempre y cuando el defensor lo haya asistido en la diligencia ministerial respectiva, por lo que consideró

que la circunstancia referida no es suficiente, por sí misma, para restarle eficacia probatoria a la confesión de mérito.

De lo expuesto, se advierte que las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, autorizan al Defensor Público Federal, para que realice "inmediatamente" después de que el detenido es privado de su libertad la entrevista previa; sin embargo, dicha prerrogativa se ve limitada por los criterios jurisprudenciales citados con antelación, en los que la Suprema Corte, básicamente estableció que la entrevista previa solamente se llevará a cabo cuando el detenido así lo decida y lo solicite expresamente.

Se afirma que la facultad del defensor se ve limitada, ya que es inconcuso que el citado profesionista no puede de mutuo propio solicitar la entrevista con el detenido, antes de que éste sea presentado en diligencia para rendir su declaración ministerial, y, en algunos casos cuando lo solicita así, el agente del Ministerio Público de la Federación se niega a conceder la citada prerrogativa argumentando que no existe dispositivo legal que lo obligue a conceder la entrevista previa al Defensor Público antes de que se le confiera el cargo, y antes de que el detenido lo solicite.

En opinión de José Nieves Luna Castro, en su libro *El concepto de tipo penal en México*, es urgente reformar aquellas disposiciones que lejos de permitir la celeridad de la averiguación previa, tanto en lo formal como en lo material, revelan graves omisiones, así como múltiples y variadas deficiencias que se traducen en retardos, errores y actos de corrupción, sobre todo en la "procuración de justicia" con afectación a la sociedad, de la que se supone es representante; considerando para ello las reformas constitucionales, legales y reglamentarias, para lo cual ha de revisarse la regulación constitucional en las averiguaciones previas, en relación al tiempo de su integración, toda vez que el subjetivismo preconizado en el artículo 16 Constitucional, sobre la especificación que se hace en el apartado A del artículo 20 Constitucional, fracción IX, sobre los derechos del indiciado, desde que es detenido, no se cumplen, y que por

tanto hace nugatorio todas sus garantías antes citadas.

Incluso, cuando el agente del Ministerio Público de la Federación llega a conceder la citada entrevista, sin que lo solicite el sujeto privado de la libertad, otorga ese derecho con la intención de que se tome como un favor o prerrogativa concedida específicamente para ese asunto, pero de ninguna forma lo toma como una obligación constitucional.

Consecuentemente, es hasta el momento en que el detenido está a punto de rendir su declaración ministerial, cuando se le nombra al defensor, y éste puede solicitar la entrevista con su defendido, que en muchos casos se realiza minutos antes y en la misma oficina donde ha de recibirse la declaración ministerial, rompiéndose con ello el sigilo que debe existir en la citada entrevista previa.

Aunado a lo anterior, surge un nuevo problema, consistente en que el detenido al momento de ser privado de su libertad desconoce que tiene derecho a una entrevista previa y en privado con su defensor, consecuentemente no la solicita, lo que origina un círculo vicioso, pues será hasta que manifieste su deseo de nombrar al Defensor Público Federal, cuando éste estará facultado para entrevistar a su ahora defendido, siendo importante destacar que antes de ese nombramiento no existe la certeza de que el detenido, o en su caso, el Ministerio Público designará al Defensor Público Federal para intervenir en la averiguación previa de que se trate.

No sobra mencionar que existe el oficio SDHAVSC/001023/08, suscrito por el maestro Juan de Dios Castro Lozano, Subprocurador de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad de la Procuraduría General de la República, por medio del cual hizo saber a la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública, algunas deficiencias encontradas en el tema de la entrevista previa; del contenido del citado oficio se infiere que es obligación de los Defensores Públicos Federales realizar la entrevista previa y en privado con los detenidos, a efecto de no soslayar el respeto a sus derechos humanos. Ahora bien, cabe señalar que dicho oficio se dio a conocer a todos los Defensores

Públicos Federales del país a través de las Delegaciones Administrativas; sin embargo, para que se materialice efectivamente la garantía de una adecuada defensa, debió darse a conocer de igual forma a todos los agentes del Ministerio Público de la Federación adscritos a las agencias investigadoras, a efecto de que al estar enterados del criterio adoptado por la propia Procuraduría General de la República a través del Subprocurador de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad de la Procuraduría General de la República, concedan sin limitante alguna la entrevista previa del defendido con su defensor y que de esa manera pueda darse cumplimiento a la garantía constitucional de contar con una defensa adecuada desde el momento en que el sujeto es privado de su libertad.

Ante tal tesitura, si se atiende a los imperativos de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, se arriba a la conclusión de que el Defensor Público Federal, se encuentra facultado para realizar la entrevista previa con el detenido, la cual deberá materializarse inmediatamente que sea privado de la libertad, con independencia de si a la postre se va a tener intervención en la Averiguación previa que en su contra se instruya, si el detenido ha de señalar un abogado particular que lo patrocine; si ha de designar a persona de su confianza para estar presente en la declaración ministerial o que por alguna otra circunstancia no se otorgue intervención al Defensor Público Federal; empero atendiendo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, así como al Código Federal de Procedimientos Penales, se advertirá que la defensa por parte del profesionista en derecho debe brindarse desde el inicio del proceso, entendiendo por proceso la extensión que la propia Constitución hace a la fase indagatoria, sin que los aludidos ordenamientos legales especifiquen el momento exacto cuando ha de intervenir el Defensor, pues sólo refieren que la defensa deberá garantizarse desde el inicio del procedimiento.

En tanto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sus diversos criterios jurisprudenciales ha establecido la voluntad del

detenido como límite para la entrevista previa y con ello restringió el acceso al derecho constitucional de una adecuada defensa, pues en la mayoría de los casos el sujeto privado de su libertad desconoce el derecho que le asiste para solicitar una entrevista previa y en privado con el Defensor Público Federal. Aunado a lo anterior, existe la oposición del Ministerio Público Federal, para otorgar el derecho a la entrevista en cuestión, y aun cuando exista constancia de que al detenido se le hicieron saber sus garantías, en esa constancia no se especifica el derecho que le asiste para solicitar una entrevista con su defensor antes de rendir su declaración ministerial.

Entonces, a efecto de evitar esos obstáculos que redundan en perjuicio del detenido, se propone en primer término, elevar a nivel constitucional dentro de la garantía de una adecuada defensa, el derecho a una entrevista previa y en privado con el Defensor, la cual debe en efecto verificarse inmediatamente después de que el sujeto sea privado de su libertad, a fin de que el agente del Ministerio Público se vea obligado a comunicar dicha prerrogativa al sujeto privado de su libertad y por consiguiente permita el acceso al defensor al área donde aquél se encuentre detenido.

En caso de que lo anterior no pueda materializarse, sería conveniente que se diera a conocer en forma directa a todos los agentes del Ministerio Público de la Federación, adscritos a las agencias investigadoras, los criterios adoptados por la propia Procuraduría General de la República, a través de la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad, a efecto de que no limiten el derecho del detenido a una entrevista previa, aun cuando aquél no lo solicite.

Finalmente, como última propuesta, se sugiere que se otorgue mayor importancia a la realización de la entrevista previa del detenido con su defensor, pues es en este acercamiento cuando el defensor le hace saber al defendido de manera directa y comprensible, los derechos que a su favor consagra la Constitución Federal, asegurándose que el sujeto esté debidamente informado y que el acto de hacerle de su conocimiento los derechos antes citados, no se limite

a una diligencia que únicamente obre en papel sin que se tenga la certeza de que efectivamente haya entendido el alcance de dichas prerrogativas.

De tal manera que si la Corte consideró que la falta de la práctica de la entrevista previa solamente origina una violación procesal que no trasciende en perjuicio del derecho de defensa del indiciado, siempre y cuando el defensor lo haya asistido en la diligencia ministerial respectiva y que su dicho se encuentre corroborado por otros elementos de convicción, entonces, resulta indispensable destacar que la entrevista previa adquiere relevancia mayúscula dentro de la averiguación previa si se considera que:

- a).- Se tiene la certeza de que el detenido conoce sus derechos.
- b).- Además de que se le hace saber que su declaración podrá incluso incidir en el dictado de la sentencia.

Entonces, visto de esta forma, puede considerarse que la falta de la entrevista previa es una violación procesal que trasciende en la defensa del detenido, pues se le niega la oportunidad de informarse de forma clara y precisa de sus derechos y la trascendencia de su declaración, además no puede perderse de vista que una adecuada defensa en la fase de averiguación previa es la base para una defensa bien orientada en el proceso.

En todo caso, aun cuando por una parte existe la normatividad que señala como una de las funciones del Defensor Público Federal, la practica de la entrevista previa con el detenido inmediatamente que sea privado de la libertad y que análogamente encuentra soporte en los preceptos constitucionales; paralelamente a ello, como se ha señalado, también se provee al Agente del Ministerio Público de la Federación de las herramientas jurisprudenciales para limitar imperiosamente la practica del citado acercamiento del defensor con la persona privada de la libertad, de lo cual por supuesto se vale, para que en abuso del monopolio de la acción penal, trate de impedir el derecho a la adecuada defensa, que se origina en la entrevista previa y en privado, sabedor de que ante la falta de la multicitada entrevista, su investigación y la declaración de la persona a quien

pretende imputar la comisión de un delito no perderá su validez y que solamente constituye una violación procesal.

BIBLIOGRAFÍA

Luna Castro, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México*, Editorial Porrúa, México, 2003, página XI.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor.
Código Federal de Procedimientos Penales, en vigor.

Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el lunes 19 de mayo de 2008. México, D.F. Tomo DCLVI No. 11.

IUS 2007, Jurisprudencias y Tesis Aisladas.

SITIOS DE INTERNET

<http://www.cjf.gob.mx/default.html>.

Diccionario de la lengua española, Real Academia Española.

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=inmediato

Causas supralegales de exculpación del delito

Rafael Fernando Cruz Cruz*

Las causas de exclusión del delito en general efectivamente se encuentran precisadas en el artículo 15 de nuestro actual Código Penal Federal, y como se observa de una simple lectura de su contenido no se encuentra determinado por el legislador a cuál de los elementos del delito afecta para precisar su exclusión, por lo que este somero estudio procede a precisar cada una de ellas de acuerdo a la sistemática finalista de los elementos del delito, ya que se observa de la mayoría de las excluyentes que mantiene la propuesta finalista en atención a que no han sido reformadas por el legislador permanente, así Hans Wenzel, en su obra *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*¹, distingue como componentes de la norma penal una conducta y una prohibición, deduciendo que la conducta pertenece al mundo del ser y la prohibición al mundo del deber ser, estructura que se observará durante el estudio de todas y cada una de las excluyentes del delito.

Así también, cabe distinguir que el Código Penal Federal en su artículo quince en ningún momento menciona que el delito se excluye por ausencia de algún elemento que constituya el cuerpo del delito.

De esta forma, en primer lugar se encuentran las causas que excluyen el presupuesto del delito, o causas que excluyen la conducta o la

*Defensor Público Federal.

¹ Wenzel, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Barcelona, España. Ed. Ariel. Pág. 30.

acción, las cuales son las siguientes según se desprende de su propio contenido: Que el sujeto activo actúe sin voluntad, y se encuentra en la Fracción I, del artículo 15, del Código Penal Federal, el cual impone que el delito se excluye cuando el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente, por lo que esta causa de exclusión se actualiza cuando la conducta se ejecuta debido a una fuerza irresistible, movimientos reflejos o bajo estado de inconsciencia.

Por su parte la fracción II, del artículo quince establece la exclusión del delito por inexistencia de algún elemento de la descripción típica, o causas de atipicidad, el cual se refiere a la inexistencia de algunos de los elementos externos a que se refiere el artículo 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, sin embargo de su contenido se observa que no especifica en qué consisten dichos elementos externos, por lo que para precisarlos los tomaremos de la descripción del proyecto de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes en su artículo 43, tercer párrafo, ya que el artículo 18 de la Constitución Federal en su párrafo cuarto impone que se aplicará a los adolescentes que se les atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales, así el artículo 43 de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes establece que los elementos del probable hecho delictivo son el bien jurídico, el nexo causal, el resultado material, el objeto material, los elementos subjetivos, normativos y las circunstancias de lugar, modo, tiempo y ocasión, de esta forma se puede observar un primer aspecto supralegal como causa de inexistencia de la descripción típica, que incide directamente en el primer elemento del delito que es la tipicidad, al no precisar el Código Penal Federal los elementos externos del tipo penal.

De esta forma, la inexistencia de los elementos externos se puede actualizar por desconocimiento no del hecho, sino por desconocimiento o por una falsa creencia de la realidad de algún elemento del tipo penal, y que tiene como consecuencia la exclusión del dolo, determinando si es superable o insuperable, pero no por el desconocimiento o ignorancia del hecho que es una interpretación del sistema causalista, al concebir a la culpabilidad como un nexo entre el autor y el hecho, en cambio el sistema finalista al proponer a la culpabilidad como el

juicio de reprochabilidad que se le hace al sujeto por haberse guiado en contra de lo que la norma prohíbe, y propone el error de prohibición directo e indirecto, que excluye la conciencia de la antijuridicidad, como segundo elemento de la culpabilidad, el cual se estudiará más adelante en su momento oportuno.

Por lo anterior, el suscrito estima equivocó hablar de error de hecho y error de prohibición, si no se hace la debida aclaración de lo que se está interpretando al tratarse de dos sistemas diferentes de interpretación del delito penal como sucede en el siguiente criterio:

No. Registro: 234,174

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

187-192 Segunda Parte

Tesis:

Página: 29

Genealogía: Informe 1984, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 25, página 22.

ERROR DE HECHO Y ERROR DE PROHIBICIÓN CUANDO OPERAN COMO EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. Frente a la ignorancia que constituye el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción sobre una cosa, surge el concepto de error, que no es sino la distorsión de una idea respecto a la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. No obstante la diferencia entre la ignorancia y el error, en sentido jurídico se usan indistintamente tales términos, pues tanto vale ignorar como errar sobre la esencia de una cosa o de un hecho. Para que el error de hecho resulte inculpable, además de esencial debe ser invencible, pues quien no advierte, por no encontrarse en posibilidad de hacerlo, lo típico e injusto del hecho, no puede ser censurado penalmente no obstante, su violación al derecho. Por ello, cuando el error es vencible se genera responsabilidad. El error de hecho, como causa de inculpabilidad, re-

quiere por tanto que el mismo sea tanto esencial como insuperable o invencible, y supone distorsión o ausencia total del conocimiento del carácter típico del hecho o de un elemento del tipo penal. El error de prohibición es el error que recae sobre la licitud del hecho. Cuando el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder, se está frente a un error de prohibición directa. Este error se puede originar por tanto en el desconocimiento de la norma o bien, aun conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie. Se está en presencia de un error de prohibición indirecto cuando el agente, no obstante conocer la prohibición derivada de una norma penal, esté en la creencia, por error, de que concurre en el hecho una justificante no acogida por la ley. Por último, existe igualmente el error de prohibición, cuando el autor suponga erradamente que concurre, en el hecho, una causa de justificación, en cuyo caso se habla de un error de permisión. El yerro del autor recae, en esta última hipótesis, en la creencia de una "proposición permisiva", como lo es una legítima defensa. Por ejemplo, en el caso del homicidio, el error incidirá respecto a la permisión legal del hecho de homicidio, como necesaria consecuencia del rechazo de una supuesta agresión calificada, de la cual se estima deriva un peligro inminente y grave para bienes jurídicos. Debe agregarse que el llamado error de permisión no es un error de hecho, y, como se advierte, en esta especie se encuentran las llamadas eximentes putativas, cuya capacidad para excluir la culpabilidad del autor precisa su carácter invencible o insuperable.

Amparo directo 2769/84. Enrique Enríquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: José Jiménez Gregg.

En cambio resulta acertado el criterio emitido por la Primera Sala bajo el registro siguiente:

No. Registro: 175,596

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIII, Marzo de 2006

Tesis: 1a. CIX/2005

Página: 208

ERROR DE TIPO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO. El artículo 15 del Código Penal Federal establece como causa de exclusión del delito, entre otras, la existencia de un error invencible, bajo el cual se realiza la acción u omisión, que recae sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal. El error es una falsa apreciación sobre la realidad y se distingue de la ignorancia en que ésta implica un desconocimiento total y conlleva una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado. Entonces, el error de tipo consiste en una falsa apreciación o distorsión sobre uno o más de los elementos –sean de naturaleza objetiva o normativa– exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo. Este tipo de error, como causa de exclusión del delito, tiene como efecto excluir el dolo o la culpa; de manera que si el error es invencible (insuperable), esto es, no pudiendo evitarse ni habiendo actuado el agente con el mayor cuidado, se excluye plenamente su responsabilidad penal, pero no se excluye por completo si es vencible (superable), sino que en términos del artículo 66 del citado ordenamiento actúa como aminorante, pues se aplica la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite tal forma de realización.

Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia pues no contiene el tema de fondo que se resolvió.

De aquí podemos distinguir la exclusión del delito por desconocimiento sobre alguno de los elementos externos del tipo, y la exclusión del delito por error o falsa creencia de la realidad, que se encuentran en la Fracción II, y Fracción VIII, inciso a), del artículo 15, excluyendo ambos el dolo.

La tercera causa que excluye el delito que prevé el artículo 15, en su Fracción III, se refiere al consentimiento del titular bien jurídico afectado, este elemento igualmente pertenece a los elementos externos y en consecuencia al estudio de las causas de la tipicidad, aunque también puede operar como excluyente de la antijuridicidad o causa de justificación e incluso como excluyente de la culpabilidad.

El segundo elemento del delito es la antijuridicidad, y las causas que la excluyen se determinan como causas de justificación y de acuerdo al artículo 15 son: la legítima defensa, Fracción IV, el estado de necesidad justificante, Fracción V, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, Fracción VI, cuando un policía actúa en ejercicio de sus funciones repeliendo una agresión actúa bajo la excluyente del cumplimiento de un deber y no en legítima defensa.

Por su parte las causas de inculpabilidad previstas en la fracción VII, del artículo 15, son: que el sujeto actúe bajo cualquier circunstancia de inimputabilidad, que excluya la imputabilidad, la cual comprende los casos en que el sujeto no tenga la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta, p. ej. Sonambulismo, ataques epilépticos, locura.

Actualmente con el proyecto de la nueva Ley Federal para Adolescentes, podemos observar que el legislador ya no considera inimputables a los menores de dieciocho años, sino que los considera susceptible de aplicación del derecho penal en términos de que son sujetos de derechos y obligaciones, por lo que se consideran probables responsables de hechos probablemente delictivos, y que responden a una medida de protección de acuerdo a la edad biológica que presenten.

El segundo elemento de la culpabilidad denominada conciencia de la antijuridicidad, definida como la mínima posibilidad de que el sujeto tuviera conocimiento de que su conducta era ilícita, es excluida por el error de prohibición directo o indirecto superable o insuperable. El error de prohibición directo consiste en que el sujeto ignoraba que la conducta constituía un delito, es el caso en que un extranjero ignoraba que en territorio de otro país diferente al suyo portar un arma de fuego se encuentra prohibido, y que la porta bajo la creencia de que está permitida igual que en su País estaba, lo que se valora en esta excluyen-

te es si en el caso concreto el sujeto se encontraba en posibilidades de conocer si su conducta era ilícita, en la exculpación de la conciencia de la antijuridicidad también se estudia el tema del error de prohibición indirecto, el cual consiste en que el sujeto actúa bajo la creencia de que su conducta se encuentra amparada bajo una causa de justificación, por eso es también llamado error de permisión. Caso en que el sujeto que actúa bajo la creencia de actuar en legítima defensa, pero que actúa en exceso de legítima defensa.

Ambas causas de exclusión de la conciencia de la antijuridicidad se encuentran en la Fracción VIII, inciso b), del artículo 15 de nuestro actual Código Penal Federal.

El tercer elemento del delito es denominado exigibilidad de otra conducta, y es excluido por la inexigibilidad de otra conducta como es miedo insuperable, estado de necesidad disculpante, o temor fundado, todos se encuentran incluidos en la Fracción IX, del artículo 15 del Código Penal Federal. Por lo que los elementos del delito son, en consecuencia la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad; y las causas que la excluyen pueden ser cualquiera de las enumeradas anteriormente precisadas, el estudio y operancia de cada una de ellas depende de cada caso en particular, ya que debe ser demostrada en forma plena para que opere y se actualice en el caso concreto, siempre bajo la carga de la prueba de quien la invoque, como lo establece el siguiente criterio que se puede observar en el siguiente:

No. Registro: 177,030

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Octubre de 2005

Tesis: 1a./J. 116/2005

Página: 181

**DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE
TRANSPORTACIÓN. EL DESCONOCIMIENTO, POR PAR-**

TE DEL INCULPADO, RESPECTO DEL NARCÓTICO TRANSPORTADO, NO CONSTITUYE UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO, SINO LA AUSENCIA DEL ELEMENTO COGNITIVO DEL DOLO.

El código punitivo federal, prevé como causa de exclusión del delito, en su artículo 15, fracción VIII, inciso a), el error invencible que recaiga sobre uno de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo. Dicha causa de exclusión se actualiza cuando el agente del delito tiene una falsa apreciación o distorsión –error– sobre uno o más de los elementos, objetivos o normativos, del tipo penal. Debe distinguirse el error, que no implica más que un conocimiento falaz, de la ignorancia, que implica un desconocimiento total. La ignorancia supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado, mientras que error, supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto. De lo anterior que el desconocimiento del narcótico transportado, respecto del delito contra la salud en su modalidad de transportación, previsto en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, no actualice la causa de exclusión analizada, consistente en un error sobre un elemento del tipo, a saber, el objeto material, sino que únicamente denota la ignorancia respecto del mismo, lo que en su caso, daría lugar a la ausencia del dolo, al faltar el elemento cognitivo constitutivo del mismo. Por ello, para que se actualizara un error sobre el objeto material del delito, sería necesario que el sujeto activo hubiese tenido una falsa concepción sobre su esencia, esto es, que hubiese creído que el narcótico no era tal, sino cualquier otra sustancia que pudiese transportar lícitamente. De ello que no corresponda la carga de la prueba de dicho desconocimiento al inculpado, lo que sí acontecería de actualizar éste una causa de exclusión del delito, atento al principio de que quien afirma está obligado a probar.

Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.

Tesis de jurisprudencia 116/2005. Aprobada por la Primera Sala de

este Alto Tribunal, en sesión de fecha diez de agosto de dos mil cinco.

Como ya concluimos anteriormente el desconocimiento de los elementos externos, como sucedería en el caso concreto del desconocimiento del objeto material, (fracción II), y la falsa apreciación de uno de los elementos esenciales (dolo), fracción VIII, inciso a), del artículo 15 respectivamente, se refieren a los elementos del tipo penal, y forman parte de la exclusión del delito por atipicidad, por lo que no se puede exigir que quien afirme actuar sin dolo le corresponde demostrar esa circunstancia, sino que por el Principio de Presunción de Inocencia no se le puede presumir culpable por suposiciones, sino que es la parte acusadora a quien le corresponde en su caso demostrar que el sujeto actuó con dolo, ya que de lo contrario se estaría adoptando el Principio de Intencionalidad el cual impone que se presume que el sujeto actuó intencionalmente, lo que contradice al Estado democrático de Derecho, negando la aplicación de dicho Principio Universal de Presunción de Inocencia, y en una correcta y justa aplicación del Principio de que quien afirma la culpabilidad está obligado a probar que se actúa con ella, además de que la manera fácil de atribuir la comisión de un delito es la de un simple señalamiento, tratándose sobre todo de los tipos penales de concepción abstracta, como sucede en la mayoría de los delitos contra la salud.

Otro aspecto importante de las excluyentes del delito es el relacionado con la subsistencia de la antijuridicidad de la conducta aun cuando se excluya la culpabilidad, de tal forma que para el reclamo de la reparación del daño se deja a salvo para hacerlo valer por la vía civil, es el caso del estado de necesidad disculpante que a diferencia del estado de necesidad justificante aquel afecta un bien jurídico de menor valía para salvar uno de mayor valor, como es el caso del robo de famélico, en cambio obra en estado de necesidad justificante quien afecta un bien jurídico de igual valor, que el que se salva. En estas excluyentes como causas de justificación parece ser que no se excluye el delito en su totalidad, sino que excluye al sujeto de aplicación de la sanción, y que la jurisprudencia las ha interpretado como excusas absolutorias para diferenciarlas de las excluyentes del delito, sin embargo debemos hacer

notar que el artículo 15 del Código Penal Federal no habla de causas absolutorias, sino de causas de excluyentes del delito y son las que se han tratado de sistematizar en el presente escrito, por lo que el suscrito estima que deberían interpretarse como excluyentes del delito con efectos de dejar subsistente la antijuridicidad de la conducta:

No. Registro: 187,799

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XV, Febrero de 2002

Tesis: P./J. 11/2002

Página: 592

EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS. Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es inculpaible desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es inculpaible, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del

Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordeiro de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 11/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Existen causas de excluyente del delito que no se encuentran reguladas en el artículo 15, del Código Penal Federal, a las cuales se les interpreta como causas supraleales excluyentes del delito, y que encuentran su existencia en las leyes penales especiales como es el artículo noveno de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, y se actualizan cuando establece el supuesto que los sujetos con calidad específica de ser jornaleros, campesinos y ejidatarios pueden poseer y portar un arma de fuego clasificada como sin licencia por el artículo 81, párrafo primero, para las labores propias del campo siempre y cuando se porte en lugares que no se consideren zonas urbanas, como se observan en los siguientes criterios:

No. Registro: 179,507

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXI, Enero de 2005

Tesis: 1a./J. 111/2004

Página: 314

PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO SIN LICENCIA. SU-

PUESTO 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, consistente 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 su actividad, 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 de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintisiete de octubre de dos mil cuatro.

No. Registro: 171,098

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVI, Octubre de 2007

Tesis: 1a./J. 103/2007

Página: 140

PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO SIN LICENCIA. LA PRERROGATIVA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 9o., FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS, EN FAVOR DE LOS EJIDATARIOS, COMUNEROS Y JORNALEROS DEL CAMPO, SE ACTUALIZA AUN CUANDO SE ENCUENTREN DENTRO DE LA ZONA URBANA EJIDAL O COMUNAL, SI SE TRASLADAN DE ÉSTA U OTRO LUGAR A REALIZAR SUS ACTIVIDADES DE TRABAJO O VICEVERSA. La acepción "zonas urbanas" contenida en el citado precepto legal, para efectos de determinar el ámbito de aplicación de la norma permisiva inmersa en ese numeral en favor de los ejidatarios, comuneros y jornaleros del campo, corresponde al asentamiento humano compuesto por los terrenos en que se ubique la zona de urbanización y el fundo legal del ejido o comunidad, a que aluden los artículos 27 de la Constitución General de la República; 9o., 43, 44, 56, 63 al 66, 68, 73, 76 y 87 de la Ley Agraria y 41, 47 al 51 del Reglamento de la Ley Agraria en Materia de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares, en razón de que la

referida acepción no es aplicable únicamente a la ciudad, sino que de acuerdo al marco legal descrito, existen zonas urbanas en los ejidos y comunidades agrarias, en las cuales también debe salvaguardarse el bien jurídico consistente en la vida e integridad de las personas, así como la seguridad y la paz de la colectividad. Lo anterior se corrobora con lo establecido por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a./J. 111/2004, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, enero de 2005, página 314, derivada de la contradicción de tesis 72/2004-PS, en cuya ejecutoria entre otras cosas, se expuso que: "... lo que da lugar al delito de portación de arma de fuego sin licencia ... en lo que corresponde a los ejidatarios, comuneros y jornaleros del campo, es la portación de alguna de las armas previstas ... fuera del radio de acción en el que se desenvuelve en virtud de su actividad de trabajo, esto es, en alguna zona urbana ... pues, en este caso, no se estaría dando el uso para el cual el legislador previó el trato preferente.", lo que acontece precisamente en la zona urbana ejidal o comunal, ya que no es el radio de acción donde dichas personas ejercen la actividad inherente a su calidad específica, como sí lo sería la zona rural. Sin embargo, la prerrogativa contenida en el artículo 9o., fracción II, segundo párrafo, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos también se actualiza cuando los ejidatarios, comuneros y jornaleros del campo, no obstante encontrarse en la zona urbana ejidal o comunal, o bien, provenir de otro lugar, portan el arma al trasladarse de dichos lugares a la zona rural para llevar a cabo sus actividades de trabajo, o bien, cuando con motivo de ello regresen a la referida zona urbana o al lugar de donde provienen, pues en estos casos se justifica el trato preferencial que el legislador estableció a su favor.

Contradicción de tesis 85/2006-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Cuarto Circuito, el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. 14 de marzo de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Tesis de jurisprudencia 103/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinte de junio de dos mil siete.

Nota: La tesis 1a./J. 111/2004 citada, aparece publicada con el rubro: "PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO SIN LICENCIA. SUPUESTO EN QUE NO SE ACTUALIZA ESE DELITO RESPECTO DE LOS EJIDATARIOS, COMUNEROS O JORNALEROS DEL CAMPO."

La parte conducente de la ejecutoria relativa a la contradicción de tesis 72/2004-PS citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, enero de 2005, página 314.

Otra causa supralegal excluyente del delito es la inexistencia de los hechos, ya que no se encuentra regulada en el artículo 15, en ninguna de sus fracciones, pero que se puede argumentar, ya que encuentra sustento en la realidad cuando los policías aprehensores de forma maliciosa fabrican el delito al sujeto, y le siembran una cantidad de estupefaciente o un arma excluyente que es perfectamente demostrable ontológicamente.

Otra causa excluyente del delito que podría considerarse supralegal es la establecida en los delitos contra la salud cuando se trata de una posesión de narcótico para un consumo personal, ya que no se encuentra precisada la cantidad a poseer en el artículo 195 bis, tampoco se precisa la cantidad mínima de narcótico para poseer en el apéndice uno de la tabla uno al establecer una máxima en cada uno de sus renglones verticales, pero no establece qué debe suceder con una cantidad inferior a la mínima establecida, por lo que por no tener aplicación la prueba tasada deja al prudente arbitrio del juzgador valorar en cada caso concreto si puede ser considerada para un consumo personal, lo que implica la aplicación de la prueba indiciaria si considera una posesión para los efectos de aplicación del apéndice uno a lo cual tiene aplicación los siguientes criterios.

No. Registro: 172,027

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXVI, Julio de 2007

Tesis: XV.1o.34 P

Página: 2504

EXCUSA ABSOLUTORIA POR FARMACODEPENDENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. EL JUEZ ESTÁ FACULTADO PARA APLICARLA EN EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL Y DETERMINAR NO SUJETARLO A PROCESO, SINO A UN TRATAMIENTO MÉDICO ANTE LAS AUTORIDADES SANITARIAS FEDERALES, SIN NECESIDAD DE ESPERAR HASTA EL DICTADO DE LA SENTENCIA. De conformidad con el artículo 199 del Código Penal Federal al quedar acreditado en autos, antes de resolverse su situación jurídica, que el procesado es farmacodependiente de la sustancia que le fue asegurada al ser detenido y cuando la cantidad sea para su estricto consumo personal y no para realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del mismo ordenamiento legal, el Juez está facultado para aplicar en el auto de término constitucional la excluyente de punibilidad prevista en aquél y determinar no sujetarlo a un proceso, sino a un tratamiento médico ante las autoridades sanitarias federales, sin que sea necesario esperar hasta el dictado de la sentencia, y aun cuando en dicho numeral se hace referencia a que en ese supuesto no se aplicará pena alguna y ésta sólo se impone en la sentencia, dicha expresión no implica que el juzgador esté impedido para determinar en el citado auto de término constitucional si se actualiza la hipótesis referida y con ello a la vez no imponer pena alguna al farmacodependiente, como lo señala el primero de los preceptos citados, pues la espera hasta el dictado de la sentencia se haría necesaria sólo en el caso de que dicho numeral estableciera la obligación a cargo del juzgador de imponer una pena al farmacodependiente, porque en tal supuesto no podría hacerlo antes, en cambio, el no imponer la pena puede realizarse en el auto de término constitucional, con el hecho de no sujetar a proceso al farmacodependiente. Lo anterior se corrobora del contenido de los artículos 524 y 525 del Código Federal de Procedimientos Penales, del

que se infiere que el Ministerio Público está facultado para que en el caso comprobado de que se esté ante un enfermo de adicción, evite someterlo a un proceso judicial no ejerciendo acción penal en su contra y, en caso de probarse, una vez consignado el asunto ante el Juez, se desista de la acción incluso sin consultar al procurador, imponiéndole la obligación de solicitar al tribunal que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad sanitaria federal para su tratamiento por el tiempo necesario para su curación, de ahí que con mayor razón se debe entender que el juzgador está facultado para determinar no sujetarlo a un procedimiento penal en el auto de término constitucional, pues el Ministerio Público consigna hechos que estima delictuosos, empero es al Juez a quien corresponde determinar si son o no constitutivos de delitos y, en su caso, su clasificación. Lo anterior, además, en atención al principio de impartición de justicia pronta y expedita, previsto en el artículo 17 de la Constitución Federal, para evitar procesos inútiles y más cuando, como en el caso, de autos puede preverse desde el dictado del auto de término constitucional que la excusa absolutoria habrá igualmente de actualizarse al dictarse la sentencia.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 534/2006. 1o. de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Morales Hernández. Secretario: Miguel Ávalos Mendoza.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 164/2007-PS, en la Primera Sala.

No. Registro: 174,109

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXIV, Octubre de 2006

Tesis: 1a./J. 48/2006

Página: 82

DELITO CONTRA LA SALUD, EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LA CANTIDAD DEL NARCÓTICO EXCEDA EL LÍMITE MÁXIMO PREVISTO EN LA TABLA DEL APÉNDICE 1 DEL ARTÍCULO 195 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, ES SUFICIENTE POR SÍ SOLA PARA TENER POR DEMOSTRADO QUE DICHA POSESIÓN TENÍA COMO FINALIDAD REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194 DEL PROPIO CÓDIGO. Al ser la cantidad del narcótico asegurado un elemento objetivo del tipo penal, la circunstancia consistente en que dicha cantidad exceda el límite previsto en la Tabla del Apéndice 1, del artículo 195 bis, del Código Penal Federal, con independencia en qué cantidad se excede dicho límite (si es mínimo o demasiado), por sí sola es suficiente para tener por demostrado que dicha posesión tenía como finalidad la realización de alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, la cual en cada caso deberá ser precisada por el juzgador; en virtud de que la posesión del narcótico no tiene como fin el consumo personal. Lo anterior obedece a que al rebasar la cantidad del narcótico el límite previsto en la tabla y anexo citados, la conducta desplegada por el activo ya no encuadra en el supuesto previsto en el artículo 195 bis, que prevé una conducta atenuada, por ende es agravada al actualizarse el supuesto previsto en el primer párrafo del artículo 195 del citado Código.

Contradicción de tesis 75/2005-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, antes Tribunal Colegiado del mismo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 14 de junio de 2006. Mayoría de tres votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas; en su ausencia hizo suyo el asunto Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo.

Tesis de jurisprudencia 48/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha nueve de agosto de dos mil seis.

Los conflictos de intereses como causa de impedimento del defensor público federal y su problemática actual

Sabino Cuahutle Cuatecontzi*

Sumario: 1.- Introducción 2.- Los conflictos de intereses que establece el artículo 20 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública es un impedimento para llevar a cabo actos de defensa 3.- Por contener dos disposiciones legales para calificar la excusa planteada de los conflictos de intereses es una violación al principio del debido proceso penal. 4.- Los problemas actuales que se presentan con motivo de la calificación de los conflictos de intereses en la averiguación previa.

1.- INTRODUCCIÓN

Hoy en día cobran interés para el Defensor Público Federal los conflictos de intereses como causa de impedimento para aceptar o continuar la defensa de un inculcado dentro de una averiguación previa o un proceso penal, lo que originó que el suscrito llevara a cabo un breve estudio donde se analizan los conflictos de intereses como impedimento establecido en una Ley Orgánica y su prohibición en el Código Sustantivo Federal, además por encontrarse reglamentado en dos legislaciones el procedimiento para su calificación trae confusión en su aplicación, por lo que se requiere que exista unificación sobre el mismo para tener certeza jurídica y no exista violación al principio del debido proceso legal, todo ello con el fin de que el defensor público lleve a cabo una adecuada defensa a favor del inculcado.

* Defensor Público Federal.

2.- LOS CONFLICTOS DE INTERESES QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 20 DE LAS BASES GENERALES DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA ES UN IMPEDIMENTO PARA LLEVAR A CABO ACTOS DE DEFENSA

En cuanto al primer tema de análisis corresponde a los conflictos de intereses que establece el artículo 20 de las Bases Generales de la Institución y es de señalarse que el propio concepto es un tanto impreciso ya que no da a entender el alcance de la misma al señalar en su artículo 20 lo siguiente: "...cuando exista conflicto de intereses o alguna otra causa justificada, por la que el Defensor Público debe excusarse de aceptar o continuar alguna defensa, tiene obligación de comunicarlo inmediatamente al superior jerárquico, a efecto de que resuelva la excusa planteada y designe a un defensor sustituto..."; como dicho concepto no establece en qué consiste el conflicto de intereses, resulta obligatorio analizarlo desde el punto de vista gramatical.

El Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, Editorial Océano, Barcelona, España, en su página 285 establece **conflicto**: 1.- Colisión u oposición de intereses, derechos, pretensiones, etc.

Por su parte el Nuevo Diccionario de Derecho Penal, Editorial Librería MALEJ S.A. de C. V., Segunda edición 2004, en su página 255 dice "... **conflicto**.- Quiere decir chocar, golpearse entre sí, equivalente, normalmente, a la idea de oposición de intereses entre diferentes sujetos de derecho".

El mismo Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, Editorial Océano, Barcelona, España, en su página 631 establece **interés**: 3.- Inclinación del ánimo hacia un objeto, persona o narración que le atrae o conmueve. 6.- conveniencia o necesidad de carácter colectivo.

Una vez conocido el significado tanto del conflicto como del interés, se establece que los conflictos de intereses se dan entre dos o más partes cuando sus intereses son opuestos a la parte contraria, y en el ámbito jurídico y en forma concreta en materia si el Defen-

El Defensor Público Federal asistió primeramente a un inculpado que al momento de rendir su declaración ministerial hace el señalamiento directo en contra de determinada persona y con posterioridad al mismo defensor se le designa para que también lleve a cabo la defensa del inculpado en contra de quien se le hizo la imputación, presentándose un conflicto de intereses entre ambos sujetos porque ambos tienen intereses opuestos motivo por el que el defensor se debe excusar de aceptar la defensa y si ya lo hizo, declararse incompetente para seguir conociendo de la misma ya que, al no hacerlo, podría darse alguna responsabilidad de su parte porque existe un impedimento en razón del conflicto de intereses presentado y es una prohibición por parte del Código Sustantivo Federal ya que en su capítulo II denominado delitos de abogados, patronos y litigantes establece en su artículo 232 lo siguiente: además de las penas mencionadas, se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión:

I.- Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepte el patrocinio de alguno y se admita después de la parte contraria.

Cobra importancia citar a algunos juristas que opinan sobre los conflictos de intereses.

El autor Marco Antonio Díaz de León en su libro intitulado *Código Penal Federal con comentarios*, tomo II, Sexta edición, Editorial Porrúa, 2003, en su página 1199 señala lo siguiente: "...el elemento normativo" **...con intereses opuestos...** ", alude a las pretensiones encontradas de las partes en litigio; si bien, aparentemente, la esencia de este tipo sólo es la de un delito formal dado, se agota por el simple hecho de aceptar o patrocinar o ayudar en las condiciones señaladas por esta fracción en análisis, también debe considerarse que el preindicado elemento normativo, señala la existencia necesaria de intereses opuestos de los contendientes, lo cual conduce a un enfrentamiento de intereses pugnantes entre sí y, por tanto, a un posible resultado material consistente en la afectación de derechos de alguna de las partes patrocinadas al mismo tiempo,

conclusión lógica ésta a la cual se arriba de considerar que del enfrentamiento de dos pretensiones resistidas o insatisfechas y contrarias una de la otra, de obtenerse resultados positivos en provecho de alguna de éstas, se originará naturalmente por ese motivo que la otra pierda o se le cauce algún perjuicio y, por tanto, también, al o a los contendientes titulares o poseedores de la pretensión vencida. Cabe, en consecuencia, aceptar el patrocinio, la representación o la ayuda de diversos contendientes en un mismo negocio o en negocios conexos, sin que se consume el delito, si éstos no tienen o no existen intereses opuestos ni, tampoco, la posibilidad de un perjuicio en el sentido indicado..."

Por su parte los juristas Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas en su libro intitulado *Código Penal Federal con comentarios*, Editorial Porrúa, Vigésimo sexta edición, 2007, en su página 747 señalan: "... los contendientes o partes con intereses opuestos en un mismo negocio o en negocios conexos son los que "tienen en el proceso una situación formalmente contrastante, no bastando la existencia de una comunidad perfecta de intereses..."

También el licenciado José Tito Ávila Lugardo, del Colegio de Defensores Públicos y Asesores Jurídicos del Instituto Federal de Defensoría Pública, en el libro intitulado *La Ética en la Defensa Pública* y editado por el Poder Judicial de la Federación, en sus páginas 47 y 48 referente al número VII.4, sobre los principios contenidos en el Código Penal Federal señala:

"...La figura de la responsabilidad penal de los servidores públicos, surge del artículo 109 constitucional y se reglamenta en el Código Penal Federal, dentro del marco legal que establece los delitos de abogados patronos y litigantes en el título denominado "responsabilidad penal", dichas definiciones descriptivas constituyen el punto de separación entre la ley y los principios éticos de los abogados..."

"...Por su parte el artículo 232 del Código Sustantivo Federal en materia penal, considera como delitos: el patrocinio cuando existe conflicto de intereses, el abandono de la defensa sin justificación, y la defensa insuficiente cuando consista únicamente en la

solicitud de la libertad caucional. Finalmente el artículo 233 punibiliza la conducta del defensor de oficio cuando incurra en la no promoción de pruebas, ya que provocaría un estado de indefensión..."

De lo señalado se deduce que los conflictos de intereses se dan entre dos contendientes con intereses opuestos y es un impedimento para el Defensor Público Federal para aceptar ambas defensas además de establecerse como una prohibición por el artículo 232 del Código Penal Federal, además de constituir una falta de ética en la función de defensa pública.

Hoy en día es muy común que con frecuencia se dé el conflicto de intereses sobre todo en la etapa de la averiguación previa en tratándose de delitos contra la salud, porque primeramente es requerido el defensor público federal para que preste sus servicios a un inculcado a quien se le encontró en posesión de droga y que la misma no excede de su consumo personal y se demuestra que es un toxicómano y dicho inculcado, al momento de rendir su declaración, manifiesta que se lo compró a determinada persona y una vez terminada esa diligencia el defensor público es requerido nuevamente para que preste sus servicios a favor de la persona que vendió la droga, por consiguiente al aceptar el patrocinio de la segunda persona no llevaría a cabo una defensa adecuada tal y como lo dispone el artículo 20 fracción IX de la Carta Fundamental porque en los actos de defensa que desarrolle el defensor a favor de su defendido está el de combatir e invalidar la imputación que hace el testigo de cargo en contra de su defensor pero si el mismo defensor defendió al testigo de cargo y convalidó la diligencia ministerial, no puede alegar en su contra porque estaría violando las garantías individuales de su defendido y en forma concreta la garantía de adecuada defensa además de existir una violación al procedimiento sirviendo de apoyo la siguiente tesis jurisprudencial que dice:

DEFENSOR. QUIEN INTERVINO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA DE MANERA SIMULTÁNEA Y LUEGO EN EL PROCESO, EN REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES TANTO DEL INDICIADO COMO DEL OFENDIDO Y TES-

TIGOS DE CARGO, EL DISCERNIMIENTO DE SU CARGO IMPLICA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE ADECUADA DEFENSA. De acuerdo con lo dispuesto en la fracción IX y en el último párrafo del apartado a del artículo 20 de la Constitución Federal, el indiciado tiene derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado. O por persona de su confianza, lo cual debe observarse tanto en la etapa de averiguación previa como en el proceso. Consecuentemente. Si el indiciado designa como su defensor en el proceso a quien ha actuado de manera simultánea en representación de sus intereses y a la vez de los de quienes acudieron al ministerio público a referir hechos delictuosos y tal designación es aceptada por el juez de la causa, ello constituye una violación al procedimiento en términos de lo dispuesto en la fracción XVII con relación a la fracción 11 del artículo 160 de la ley de amparo, por existir afectación a la garantía individual de adecuada defensa, por lo que debe concederse el amparo para el efecto de que la autoridad responsable ordene la reposición del procedimiento y el indiciado haga designación de nuevo defensor.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 32/2004. 25 de marzo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Hernández Torres. Secretario: José Juan Bueno Vázquez.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XX, septiembre de 2004, Tesis: XVI.10.5 p. Página: 1754

Continuando con el análisis del presente tema es de señalarse que los conflictos de intereses o intereses opuestos de los contendientes los establecen las Bases Generales de Organización y Funcionamiento en su artículo 20 en forma inadecuada ya que lo correcto sería que estuviera establecido en la **Ley Federal de Defensoría Pública** en su capítulo V denominado de los impedimentos que en su artículo 34 establece: los defensores públicos deberán excusarse de aceptar o continuar la defensa de un inculpado cuando exista alguna de las causas de impedimentos previstas en las

fracciones I, II, IX, XIII, XIV y XV del artículo 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Para conocer las causas de impedimento a que hace mención la Ley Federal de Defensoría Pública nos remitimos a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en su capítulo II de los impedimentos y en su artículo 146 establece: Los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de Circuito, los jueces de Distrito, los miembros del Consejo de la Judicatura Federal y los jurados están impedidos para conocer de los asuntos, por alguna de las causas siguientes:

I. Tener parentesco en línea recta sin limitación de grado, en la colateral por consanguinidad hasta el cuarto grado y en la colateral por afinidad hasta el segundo, con alguno de los interesados, sus representantes, patronos o defensores;

II.- Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas a que se refiere la fracción anterior;

IX.- Asistir, durante la tramitación del asunto, a convite que le diere o costeara alguno de los interesados, tener mucha familiaridad o vivir en familia con alguno de ellos;

XIII.- Ser o haber sido tutor o curador de alguno de los interesados o administrador de sus bienes por cualquier título;

XIV.- Ser heredero, legatario, donatario o fiador de alguno de los interesados, si el servidor público ha aceptado la herencia o el legado o ha hecho alguna manifestación en este sentido;

XV.- Ser cónyuge o hijo del servidor público, acreedor, deudor o fiador de alguno de los interesados;

De estas seis fracciones que son causas de impedimento para el Defensor Público Federal no se establecen los conflictos de intereses pero sí se encuentra reglamentado como ya se indicó en el artículo 20 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de la institución, por lo que válidamente lo puede hacer valer el defensor por ser de orden público y sus disposiciones son aplicables en todo el territorio nacional junto con la Ley Federal de Defensoría Pública.

De todo lo antes señalado en este tema se establece que los conflictos de intereses son una causa de impedimento para que el

Defensor Público Federal lo pueda hacer valer ante el Órgano Jurisdiccional o la Agencia del Ministerio Público Federal ya que su fundamento se encuentra en el artículo 20 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de la institución y es una prohibición que establece el artículo 232 fracción I del Código Penal Federal.

3.- POR CONTENER DOS DISPOSICIONES LEGALES PARA CALIFICAR LA EXCUSA PLANTEADA DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES ES UNA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO PENAL

El Defensor Público Federal se encuentra con dos disposiciones legales para hacer valer la calificación de la excusa planteada tratándose de conflicto de intereses.

La primera contenida en las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de la institución en su artículo 20 que establece: "... Cuando exista conflicto de intereses o alguna otra causa justificada, por la que el defensor público debe excusarse de aceptar o continuar alguna defensa, tiene obligación de comunicarlo inmediatamente al superior jerárquico, a efecto de que resuelva la excusa planteada y designe a un defensor sustituto..."

La segunda disposición se encuentra en el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 466 que establece: "...las excusas de los defensores de oficio serán calificadas por el tribunal que conozca del asunto..."

Como existen dos disposiciones para la calificación de la excusa planteada, la primera en una ley orgánica y la segunda en una ley adjetiva, resulta necesario que se unifique este criterio con el fin de tener certeza jurídica sobre el procedimiento que debe de hacer valer el Defensor Público Federal para obtener la calificación de su excusa, ya que al existir dos criterios ocasiona una confusión sobre la vía correcta que debe de hacer valer, ya que si el defensor público en la audiencia de declaración preparatoria hace valer la excusa y se declara incompetente para seguir conociendo del asunto invocando

el artículo 20 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto, validamente el juez de Distrito acordaría improcedente la vía argumentando que a él le corresponde la calificación de la excusa de conformidad con el artículo 466 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Al no existir reglas claras, precisas y concretas sobre la calificación de la excusa planteada por el defensor se viola el principio del debido proceso legal ya que al no obtener la calificación por la vía idónea trae como consecuencia dejar en estado de indefensión al inculpado al no llevar a cabo una adecuada defensa al que se encuentra obligado y con el riesgo de tener alguna responsabilidad de su parte sirviendo de apoyo la siguiente tesis jurisprudencial que dice:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo III, junio de 1996

Tesis: I.8º.c13 k

Página 845.

GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. DEFINICION.

La garantía de debido proceso legal consagrada en el artículo 14 constitucional, en la parte relativa a que los juicios deben llevarse a cabo ante la autoridad competente, cumpliendo con las "... formalidades esenciales del procedimiento..." implica necesariamente que los procedimientos jurisdiccionales seguidos ante las autoridades respectivas, se tramiten conforme a las disposiciones procesales exactamente aplicables al caso concreto, pues de lo contrario se transgrede el derecho positivo y, por ende, se actualiza la infracción a la garantía de que se trata.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 154/96. Rafael Nicolás Quezada. 22 de marzo de 1996 Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.

También resulta aplicable al caso concreto en estudio la siguiente tesis jurisprudencial

Novena época

Instancia: pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: I, mayo de 1995

Tesis: P. IX/95

Página: 82

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA.

La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.

Amparo directo en revisión 670/93. Reynaldo Álvaro Pérez Tijerina. 16 de marzo de 1995. Mayoría de siete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Carenzo Rivas.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el quince de mayo en curso, por unanimidad de ocho votos de los señores ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román

Palacios y Olga María Sánchez Cordero; aprobó, con el número 0095 (9a.) La tesis que antecede. México, Distrito Federal, a quince de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

4.- LOS PROBLEMAS ACTUALES QUE SE PRESENTAN CON MOTIVO DE LA CALIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

El Defensor Público Federal adscrito a las Agencias del Ministerio Público de la Federación tiene un lapso muy corto para llevar a cabo la defensa del inculcado ya que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 de la Carta Fundamental, que señala: "... ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la Autoridad Judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal ...", es decir que el Agente del Ministerio Público de la Federación tiene por disposición constitucional cuarenta y ocho horas para resolver la situación jurídica del inculcado que es puesto a su disposición por haber sido detenido en flagrancia de delito y es precisamente en este lapso de tiempo cuando se puede presentar un impedimento por parte del defensor por conflicto de intereses ya que, en un caso concreto, primeramente es requerido para la prestación del servicio de defensa en contra de una persona y la misma en el momento de emitir su declaración ministerial hace imputaciones o señalamiento de cargo en contra de otra persona, por lo que una vez terminada la diligencia y dentro del mismo término constitucional y la misma indagatoria es requerido nuevamente el mismo defensor por parte del Agente Investigador para que preste sus servicios a favor de la persona en contra de quien se le hizo la imputación o señalamiento presentándose el conflicto de intereses porque ambas personas tienen intereses opuestos y de acuerdo a las reglas de la lógica pueden darse las siguientes hipótesis:

1.- El Defensor Público Federal, antes de que inicie la diligencia de declaración ministerial, entrevista al indiciado en donde se encuentra recluso y éste le manifiesta que niega las imputaciones de la persona que anteriormente asistió el defensor.

2.- El indiciado es entrevistado por el Defensor Público Federal antes de que emita su declaración ministerial en el lugar en donde se encuentra recluso y éste le manifiesta que acepta las imputaciones o señalamientos que se hacen en su contra, por parte de la persona que momentos antes asistió el defensor

3.- Que al ser entrevistado el inculcado por parte del Defensor Público Federal, éste se niega a dar la versión de los hechos.

Estas mismas hipótesis se presentan también dentro de una diligencia cuando el inculcado rinde su declaración ministerial ya que puede negar las imputaciones hechas en su contra, puede aceptarlas, o inclusive no emitir su declaración ministerial con base en el artículo 20 fracción II de la Carta Fundamental y en estos casos surge una interrogante, en qué casos existe conflicto de intereses, para contestar esta pregunta resulta necesario consultar las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de la institución que en su artículo 21 fracción II dice: "... Defensa Pública.- inicia con la intervención del defensor público en las declaraciones ante el Ministerio Público de la Federación, **de aquellas personas contra las que existe imputación**, es decir que tengan el carácter de inculcado, concluyendo con la consignación de la averiguación previa al tribunal que corresponda o con la determinación del no ejercicio de la acción penal. ..." Luego entonces resulta claro que la función del defensor es invalidar, combatir todo tipo de imputaciones en contra del inculcado e inclusive si se declara confeso de determinado delito también tratar de invalidarlo porque es un acto de defensa en su favor de acuerdo a la naturaleza del delito, por consiguiente, si en las hipótesis antes señaladas existen imputaciones en contra del inculcado y si éstas derivan de la persona que momentos antes se le prestó el servicio el defensor público debe de excusarse para seguir conociendo de ese asunto en virtud del conflicto de intereses presentado.

Continuando con el análisis del tema, resulta necesario conocer de cuántas formas puede el defensor público excusarse para conocer de ese asunto en virtud de un conflicto de intereses, las mismas Bases Generales de Organización y Funcionamiento de la institución señalan en su artículo 20 lo siguiente: "... cuando exista conflicto de intereses o alguna otra causa justificada, por la que el defensor público debe excusarse de aceptar o continuar alguna defensa, tiene obligación de comunicarlo inmediatamente al superior jerárquico, a efecto de que resuelva la excusa planteada y designe a un defensor sustituto...". El precepto antes citado tiene dos hipótesis, siendo éstas las siguientes:

Dentro del primer supuesto se da, cuando el defensor público, teniendo conocimiento de la existencia de los conflictos de intereses en virtud de la entrevista que llevó a cabo con dicho inculcado, se dirige al superior jerárquico por escrito haciendo del conocimiento que se encuentra impedido para aceptar la defensa en virtud de que existe conflicto de intereses remitiéndole las constancias que así lo acrediten y le solicita que designe a un defensor para que se haga cargo de la defensa del inculcado.

En la segunda hipótesis existe, cuando una vez habiendo aceptado y protestado el cargo conferido dentro de la diligencia de averiguación previa, el defensor público tiene conocimiento de que existe conflicto de intereses y en esa misma audiencia se excusa de continuar conociendo de ese asunto fundando su petición en el artículo 20 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de la institución.

Dentro del primer supuesto para hacer valer el impedimento, no cobra relevancia alguna ya que el defensor público, una vez que conoció del conflicto de intereses a través de la entrevista que llevó a cabo con el inculcado, le comunica al superior jerárquico y le solicita que califique la excusa y designe a un nuevo defensor público, que debido al tiempo la mayoría de las veces se hace vía fax, presentándose el nuevo defensor para aceptar el cargo conferido.

Es en el segundo supuesto donde el defensor público designado

ha aceptado y protestado el cargo conferido y una vez enterado del conflicto de intereses en la misma audiencia se excusa de seguir conociendo de ese caso por existir conflicto de intereses y funda su petición en el artículo 20 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de la institución y las preguntas en este supuesto serían: ¿cuál es el estado procesal que guarda la diligencia de declaración ministerial?; y, ¿cuál es la situación jurídica del inculpado?; en cuanto a la primera, se puede decir que la diligencia de declaración ministerial se ha llevado a cabo conforme a derecho si se cumplió con los requisitos que establece el artículo 20 de la Carta Magna y 128 del Código Adjetivo Federal, en cuanto a la segunda sobre la situación jurídica del inculpado, éste hasta ese momento se ha encontrado en un estado de indefensión porque su defensor al excusarse no puede llevar actos de defensa en su favor entre los que se encuentran.

1.- No pudo interrogarlo en los puntos medulares para armar su defensa.

2.- No pudo ofrecer pruebas en su favor para demostrar su inocencia.

3.- No argumentó jurídicamente en favor del inculpado.

Si el defensor público lleva a cabo alguno o todos los actos de defensa a favor del inculpado carecería de fundamento declararse incompetente para seguir conociendo de ese asunto en esa audiencia porque implícitamente llevó a cabo actos de defensa y lo convierte como defensor.

En este supuesto cobra importancia la pronta calificación de la excusa por parte del superior jerárquico tal y como lo establece el artículo 20 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de la institución que debe estar disponible para llevar a cabo esta encomienda los 365 días del año y las 24 horas, ya que el oficio de designación del nuevo defensor debe quedar en autos dentro de la indagatoria así como la aceptación y protesta del nuevo defensor para que se le reconozca su personalidad y pueda llevar a cabo actos de defensa a favor de su patrocinado.

Tomando en consideración que el término para resolver la situación jurídica del inculcado en averiguación previa es muy breve, por tal motivo se requiere la pronta calificación de la excusa y la designación del nuevo defensor para que obre en autos, sin que pase desapercibido que los conflictos de intereses generalmente se presentan en los delitos de contra la salud ya que el inculcado considerado como adicto que le beneficia la excusa absolutoria del artículo 199 del Código Penal Federal hace imputaciones en contra del vendedor de droga que tiene una pena corporal de diez a veinticinco años de prisión, razón suficiente para que la calificación de la excusa y la designación del nuevo defensor sean oportunas, para no dejar en estado de indefensión al inculcado.

Con todo lo antes señalado en resumen o en conclusión se puede decir lo siguiente:

PRIMERO.- Que los conflictos de intereses que señala el artículo 20 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, son una excusa para llevar a cabo actos de defensa y es una prohibición que establece el artículo 232 fracción I del Código Penal Federal.

SEGUNDO.- Por contener dos disposiciones legales para calificar la excusa planteada, la primera en el artículo 20 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento y la segunda en el artículo 466 del Código Federal de Procedimientos Penales, trae como consecuencia confusión y viola el principio del debido proceso penal.

TERCERO,- En virtud de encontrarse incompleta la redacción del artículo 20 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de la institución en cuanto al procedimiento para la calificación de los conflictos de intereses se requiere mayor claridad para que exista certeza jurídica.

Cuando el juicio se convierte en una farsa

*"El proceso penal de una nación
es el termómetro de los elementos democráticos
o autocráticos de su constitución".*

James Goldschmidt.

*Rogelio Gerardo García Rojas**

Dice L. A. Hart que ya nadie puede atenerse a la teoría de la justicia del positivismo puro de Hans Kelsen, que indicó que una norma jurídica por el hecho de ser vigente, resultaba *per se*, válida y por ello justa.

En estas breves líneas lo que se pretende exponer es cómo con la aplicación más perfecta de leyes positivas, en su acepción rigurosamente formal, se pueden cometer severas injusticias, me permito plantear la cuestión con un caso tipo.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, CASO TIPO

Juan Pérez es detenido por elementos de la Agencia Federal de Investigaciones, en compañía de cinco personas, unas de ellas mexicanas y otras centroamericanas, en las inmediaciones de un poblado fronterizo con los Estados Unidos de Norteamérica; mientras caminaban por una brecha, de noche a pocos metros ya de la línea fronteriza internacional, al ser abordados por los elementos

* Defensor Público Federal.

policíacos, los acompañantes de Juan Pérez lo señalan al unísono como la persona con la cual habían pactado, que los cruzaría de manera ilegal hacia el vecino país del Norte y por ello les cobraría la cantidad de \$3,000.00 dólares americanos pagaderos tan luego arribaran a su destino final.

Juan Pérez, es puesto a disposición de el agente del Ministerio Público Federal, al igual que son presentados los aspirantes a inmigrantes, a quienes se les recaba su declaración ministerial,¹ y al termino de ella, los connacionales se retiran de las oficinas Ministeriales y los centroamericanos son entregados a las autoridades migratorias para los efectos de su repatriación.

El ahora indiciado, al deponer en la fase de averiguación previa, niega la imputación hecha en su contra y afirma que él también es un humilde aspirante a inmigrante y que no pretendía cruzar a sus acompañantes de manera ilegal hacia los Estados Unidos de Norteamérica.

El representante social de la Federación lo consigna, y previos los trámites de ley, el juez de la causa dicta auto de formal prisión en su contra.

Ya en el proceso, la defensa ofrece como medios de prueba la ampliación de declaración de los testigos de cargo, la diligencia de careos constitucionales y la diligencia de confrontación, ambas entre éstos y el procesado, elementos de prueba que son admitidos y en preparación para su desahogo se libran exhortos y se hace uso de los medios diplomáticos internacionales.

De tales medios utilizados se desprende que uno de los deponentes proporciono un domicilio inexistente, otro ya no vive en el que proporcionara, uno más falleció con posterioridad a su declaración ministerial y los dos restantes no pudieron ser localizados toda vez que de nueva cuenta emprendieron la travesía hacia el vecino país del norte en busca de una vida mejor, por lo que no se sabe su paradero, no obstante, la defensa agota medios alternos para

¹ A unos en términos del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales y a otros, según su situación jurídica, en términos del artículo 128 del mismo cuerpo legal.

citar a los deponentes, (a excepción del que falleció), pero aun así no se logra la comparecencia de los mismos llevándose a cabo solamente la fantasiosa práctica de los careos supletorios.

Al final del camino, Juan Pérez es sentenciado y condenado por su responsabilidad penal en la comisión del delito que se le imputó, imponiéndole una pena de seis años de prisión y multa de cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, sentencia que es confirmada por el *ad quem* en el recurso de apelación.

Se interpone un juicio de amparo directo en contra de la sentencia de segunda instancia, donde la defensa alega, entre otras cosas, la imposibilidad de una defensa adecuada, a lo que el Tribunal Colegiado de Circuito replica que es infundado tal concepto de violación en virtud de que de autos se desprende que el quejoso fue asistido tanto en su declaración ministerial como en la preparatoria por un defensor y que tales diligencias se llevaron a cabo con las demás formalidades previstas por la ley, y que en juicio tuvo la oportunidad de ofrecer pruebas, lo que en efecto hizo, mismas que fueron admitidas y que se proveyó lo necesario para su desahogo y que si éstas no se desahogaron: ¡ah, bueno, pues ya ni modo!; ya que no fue por causas imputables al órgano de jurisdicción, (olvidando que la falta de desahogo tampoco le es imputable al procesado, ni a su defensor).

2. JUSTICIA FORMAL VS JUSTICIA REAL

Lo que se pretende establecer es el hecho de que el sujeto fue sentenciado y condenado con elementos de prueba en los que ni él, ni su defensa tuvieron intervención alguna, con el dicho de testigos a los que no pudieron interrogar, con los que no se pudo carear y a los que nunca pudo confrontar.

Lo que lleva a preguntar: ¿entonces para qué se le hizo un juicio?, si, no obstante que se hayan cumplido en su estricta formalidad todas las disposiciones procesales aplicables al caso, en la realidad no tuvo ninguna posibilidad de defensa.²

² Debe ponerse de manifiesto que el hecho de esa poca o nula intervención de la defensa y el indiciado en la fase de averiguación previa, no es imputable ni al uno, ni al otro, y tal vez, sólo

Lo anterior es así, toda vez que nuestro sistema jurídico procesal penal se aparta de criterios objetivos de un juicio justo, donde imperen los principios constitutivos propios de un sistema de derecho de corte democrático y liberal, acercándose a un sistema procesal más de corte inquisitivo, que mixto, imperando irracionalmente el principio de inmediatez, dándole al representante social la ventaja de litigar con una prueba preconstituida, lo que hace que materialmente el procesado tenga nulas o pocas posibilidades de defensa, al llegar a juicio con una lapida sobre su espalda que prevalece sobre las pruebas y diligencias que se lleguen a practicar en el proceso, sin importar que en aquéllas la defensa y el indiciado no hayan tenido ninguna oportunidad de participación.³

3. PRINCIPIO DE CONTRADICCION DE PRUEBA

A efecto de poder encontrar un argumento teórico que sustente la inadmisibilidad de lo anterior, me permito desarrollar el principio de contradicción de prueba.

Dice Raúl F. Cárdenas Rioseco que el principio contradictorio es parte toral del derecho a la defensa y que no se puede ver como la mera posibilidad de ofrecer pruebas si no que también debe incluirse la posibilidad de contradecirlas para que la contienda se desarrolle con igualdad de armas entre las partes y la prohibición de que se produzca la indefensión del procesado.⁴

tal vez, ni siquiera al Ministerio Público, sino que tal cuestión es sistémica, derivaba de la dinámica misma del actual procedimiento penal, y no por una apatía o falta de aplicación del Defensor en la averiguación previa, (ya sea público o particular), y aunado a ello, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado jurisprudencialmente, como se verá más adelante, que no es obligación del representante social desahogar las pruebas de la indagatoria con la participación de la defensa o del indiciado.

³ Sirvan de ejemplo las siguientes jurisprudencias: registro 209,212 con el rubro: INMEDIATEZ. PRINCIPIO DE, QUÉ DEBE ENTENDERSE POR; registro 201,617 con el rubro: RETRACTACIÓN. INMEDIATEZ; registro 180,282 con el rubro: PRUEBA TESTIMONIAL. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INMEDIATEZ PROCESAL PARA SU VALORACIÓN, registro 181,578 con el rubro DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INCUPLADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL); así como la tesis aislada con registro 203,645 con el rubro: PRUEBAS. ESTÁ FACULTADO PARA RECABARLAS EL MINISTERIO PÚBLICO.

⁴ Cfr. *El derecho de defensa en materia penal*. Ed. Porrúa, México, 2004, pp. 89-92.

Por su parte el Doctor Sergio E. Casanueva Reguart agrega que el proceso es una figura básicamente dialéctica, en sentido de contradicción o audiencia bilateral que permita el derecho a conocer la información, actuación, medios de investigación que tiene el acusador en su contra; el derecho a oponerse a los medios de prueba ilegales o inexistentes; a presentar sus elementos de prueba **y acceder a los del Estado; derecho a que los testigos de cargo declaren en su presencia; derecho a examinar a sus testigos y contra examinar a los testigos y peritos de la contraparte.**⁵

Dicho principio no ha escapado de la interpretación jurisprudencial por el Poder Judicial de la Federación, pero su acogimiento ha sido limitado a la mera posibilidad de conocer los hechos de la imputación, alegar y argumentar respecto de las pruebas de cargo, ofrecer pruebas de descargo y que se le preste al procesado el auxilio necesario para su desahogo, pero no se considera como parte del principio de contradicción el derecho a que las pruebas de cargo, para su validez, se reciban con conocimiento e intervención del imputado o su defensor.⁶

Ello es así, toda vez que el principio de contradicción es, en palabras de Héctor García Vázquez, el que verdaderamente forja y exhibe al abogado, pues prepara al litigante para desacreditar, a través de un hábil interrogatorio, el testimonio de cargo mediante el contra interrogatorio y de esa forma hacer real el derecho a una defensa adecuada.⁷

⁵ Cfr. *Juicio Oral. Teoría y práctica*, Ed. Porrúa, 2ª ed, México, 2008, pp. 86-87.

⁶ No obstante que la constitución en su texto anterior a las reformas constitucionales del 18 de junio del año en curso, en la fracción IX y último párrafo de la fracción X, del apartado A, del artículo 20 constitucional lo establece como garantía individual. Ver la jurisprudencia ya citada con el número de registro 181,578 con el rubro: DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INCUPLADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL); así como la tesis aislada también ya citada con registro 203,645 con el rubro: PRUEBAS. ESTÁ FACULTADO PARA RECABARLAS EL MINISTERIO PÚBLICO, y la diversa registro 216,398 con el rubro MINISTERIO PÚBLICO. AVERIGUACIÓN PREVIA. VALOR PROBATORIO QUE SE ATRIBUYE A SUS ACTUACIONES EN ESTA ETAPA. NO ES VIOLATORIO DE GARANTÍAS.

⁷ Cfr. *Introducción a los Juicios Orales*, Ángel Editores, México, Pág. 42.

Aunado a lo anterior, a efecto de sustentar el presente argumento, no sólo con meros conceptos teóricos o doctrinales, indaguemos un poco en la prevención normativa que recogen el principio de contradicción; en primer lugar citamos a la fracción IX y último párrafo de la X del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (texto vigente anterior a las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el pasado 18 de junio del año en curso) que nítidamente disponen como garantía individual de todo inculpado el derecho que su defensor comparezca a todos los actos del proceso y que esa garantía es aplicable a la fase de averiguación previa.

Así como, entre otros, los artículos 88 párrafo primero, 128 fracción III inciso c), 206, 308 párrafo segundo, 398 fracción V del Código Federal de Procedimientos Penales.⁸

Sin embargo, dichos numerales sólo señalan el derecho de la presencia del defensor en las audiencias y el derecho a ofrecer pruebas, pero no disponen de una manera clara el derecho del indiciado a intervenir materialmente en la recepción de las pruebas de cargo, atendiendo al principio de contradicción de prueba.

A efecto de fundamentar normativamente nuestra postura, habremos de recurrir a instrumentos internacionales suscritos por México y que por disposición constitucional según se lee en el artículo 133 de la Carta Magna son Ley Suprema de toda la Unión; primero mencionaré el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dispone el derecho de toda persona a ser oído en condiciones de plena igualdad para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, numeral 3, inciso e), dispone que toda persona tendrá derecho en plena igualdad a interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo; y por último el artículo 8 numeral II inciso f) de la Convención Americana de Derechos Humanos contempla el derecho de interrogar a los testigos que puedan arrojar luz sobre los hechos.

⁸ Sobre el particular, ver artículo del suscrito en el número 2 de la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*.

Como se ve, en efecto, el principio de contradicción también se compone con el derecho de poder rebatir directa y materialmente los testigos de cargo.

En una visión mucho más garantista, este principio de contradicción de prueba, puede extenderse a todos los elementos de convicción que se aporten al proceso, y no solamente a los testigos, como puede ser un dictamen pericial, donde el perito de cargo, despliega operaciones que no pueden reproducirse con posterioridad, ya sea porque se haya consumido la materia de peritación,⁹ o no se haya guardado una muestra respaldo para la contra prueba.

Se me ocurre pensar en la prueba de identificación y cuantificación de alcohol, que se practica en la orina del sujeto para establecer su grado de ebriedad, y que arroja resultados positivos en niveles que lo determinan clínicamente ebrio, con posterioridad, en el proceso, el indiciado no puede contradecir esa prueba con una de la misma especie, pues es de lógica elemental que sus circunstancias físicas han variado, ya que ahora no se encuentra bajo los influjos del alcohol, siendo ilusorio que días después se le recabara una muestra de orina, es por ello que el Estado tiene la obligación de preservar la misma muestra con la que se peritó, o bien de recabar una muestra soporte a efecto de que el gobernado pueda realizar el mismo tipo de prueba, lo cual, eventualmente tampoco sucede, haciendo nugatorio por completo el principio de contradicción al que ahora nos referimos afectando directamente el derecho a una defensa adecuada.

Luego entonces, en justicia, apartándonos de criterios formales, si es que aspiramos a un proceso penal propio de un sistema jurídico de corte democrático y liberal, deberían excluirse de juicio, aquellas pruebas sobre las cuales la defensa no tuvo una oportunidad real de intervención por violentarse el principio de contradicción, ante una inexistencia también del principio de inmediación.

⁹ Como lo prevé el artículo 237 del Código Federal de Procedimientos Penales que al respecto establece: "Cuando el peritaje recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino cuando más sobre la mitad de la substancia, a no ser que su cantidad sea tan escasa, que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo, lo cual se hará constar en el acta respectiva."

4. PRINCIPIO ADVERSARIAL

Como ya se ha visto, la existencia de una posibilidad real de interrogar a los testigos de cargo, o de acceder a los elementos de prueba que sirven de base para la acusación, en igualdad de circunstancias, forma parte total de una defensa adecuada.

El principio adversarial implica que las partes en el juicio litiguen en plena igualdad de circunstancias, que lleguen a juicio con la misma posibilidad de exponer su acusación y desarrollar su defensa, en calidad de auténticos adversarios procesales y no como actualmente ocurre donde, repito, el Ministerio Público, si bien es cierto ya en la fase jurisdiccional del procedimiento penal se convierte en parte, también lo es, que llega a esta fase con una cómoda ventaja, litigando con una prueba preconstituida, que las más de las veces prevalecerá sobre las que se puedan desahogar en el proceso.

Respecto de este principio, se ha dicho que no sólo se realiza brindando identidad de oportunidad a las partes a fin de equilibrar el proceso, o de elementos de prueba, sino también identidad en la posibilidad de acceso a la justicia, donde el indicado pueda ser oído en juicio de la misma forma que lo es su acusador.¹⁰

Esto, en la realidad, bajo el actual sistema procesal penal federal, no opera, y no opera, pues el indiciado no se enfrenta en igualdad de condiciones a su acusador, no sólo porque, como ya se dijo, éste llega a juicio con ventaja, sino que cuenta con todo el aparato del Estado para hacerlo valer en contra del acusado.

No es óbice, para argumentar una igualdad procesal, el hecho de que el Ministerio Público tenga la carga probatoria y que a éste no se le suplan las deficiencias técnicas de su acusación, en primer término, porque el Ministerio Público, una vez que logra la emisión de un auto de formal prisión, tiene, rayando en lo seguro, la obtención de una sentencia condenatoria, lo que motiva su apatía y ocio durante el proceso, sintiéndose de antemano vencedor, pues estará a cargo de la defensa hacer todo lo posible, y hasta lo imposible, por demostrar la inocencia de su defendido y no a la inversa como se pre-

¹⁰ Cfr. Sergio E. Casanueva Reugart, op. cit., pp 88-89.

gona y como, en un proceso penal democrático y liberal, debería ser.

En segundo lugar, aún y cuando no se le supla la deficiencia técnica, si se le da un trato preferencial en juicio, ya que por ejemplo, de no presentar unas conclusiones acusatorias en tiempo, o presentar inconsistencias en las mismas, se manda corregir tal yerro, lo que no acontece con la defensa.¹¹

Evidentemente, no contamos con una equidad procesal, por ser el representante social un ente omnipotente, pues si bien es cierto, necesariamente debe contar con facultades para investigar la comisión de un delito, y en este contexto poder desplegar actuaciones tendientes a ello, éstas, de suyo, no pueden ser preponderantes para la emisión de un fallo condenatorio.

El Poder Judicial de la Federación ya se ha pronunciado al respecto, en una visión, desde nuestra perspectiva, equivocada, en la tesis aislada con registro: 183,020 con el rubro **MINISTERIO PÚBLICO. NO SE ROMPE EL EQUILIBRIO PROCESAL POR EL HECHO DE DAR EFICACIA PROBATORIA A LAS ACTUACIONES PRACTICADAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.**

Así las cosas, en justicia, debe establecerse que los elementos de prueba que presenta el Ministerio Público, deben ser presentados ante el Juez desde un plano de igualdad, con el mismo valor probatorio que se les pueda otorgar a los de la defensa, estimándolos como adversarios en el procedimiento penal, donde tengan las mismas oportunidades de litigar sus pretensiones.

¹¹ Ver artículos 291, 294 y 295 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como los siguientes criterios jurisprudenciales: registro número 174,929, con el rubro: CONCLUSIONES ACUSATORIAS. SI SON DEFICIENTES EL JUEZ DEBE ENVIARLAS JUNTO CON EL PROCESO AL PROCURADOR GENERAL O SUBPROCURADOR DE JUSTICIA CORRESPONDIENTE PARA QUE LAS CONFIRMEN, REVOQUEN O MODIFIQUEN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO); registro 181,406 con el rubro: VIOLACIÓN A LAS NORMAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL. SE CONSTITUYE SI EL PLIEGO ACUSATORIO DEL MINISTERIO PÚBLICO NO CONTIENE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y EL JUEZ DEL PROCESO OMITE PROCEDER EN TÉRMINOS DEL NUMERAL 323 DEL PROPIO CÓDIGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS), así como la número de registro 920,265 con el rubro: CONCLUSIONES ACUSATORIAS. PROCEDIMIENTO A SEGUIR CUANDO SE FORMULAN EN CONTRAVENCIÓN A LOS ARTÍCULOS 292 Y 293 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (FALTA DE CITA DEL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL).

5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Lo anterior, lleva a reflexionar sobre la existencia, en la realidad, del principio de presunción de inocencia.

Se hace hincapié en que este análisis debe hacerse desde un plano ontológico, y no desde su concepción formalista, pues desde un criterio formal, ya se ha establecido su existencia por tesis aisladas, como por ejemplo en el registro 173,507, con el rubro: **"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO SE CONSTITUYE EN EL DERECHO DEL ACUSADO A NO SUFRIR UNA CONDENA A MENOS QUE SU RESPONSABILIDAD PENAL HAYA QUEDADO DEMOSTRADA PLENAMENTE, A TRAVÉS DE UNA ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO, OBTENIDA DE MANERA LÍCITA, CONFORME A LAS CORRESPONDIENTES REGLAS PROCESALES"**; y la diversa número de registro 921,523, con el rubro: **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL**, ya que, respetuosamente, el hecho de que se establezca que existen unicornios azules, no hace, *per se*, que materialmente existan.

Lo mismo ocurre con este principio, se acepta que el representante social tiene la obligación de recabar datos tendientes a demostrar plenamente la existencia del hecho penalmente relevante y la responsabilidad del sujeto en su comisión, pero ello lo satisface desde la averiguación previa, fase del procedimiento donde actúa por sí y ante sí, donde el indicado se encuentra más desprotegido, donde tiene la menor intervención y donde existe la mayor posibilidad de una manipulación de pruebas, por eso, ya en juicio, le corresponde al procesado desvirtuarlas y defenderse con todos los medios posibles que destruyan la presunción de culpabilidad, y no de inocencia, que versa en su contra.

Me explico: es cierto que la carga probatoria de la acusación la tiene el Ministerio Público, pero también es cierto que una vez dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, el procesado se enfrenta a una fuerte presunción de culpabilidad que le corres-

ponde a él revertir en el proceso.¹² Lo cual, de suyo, no es compatible con la existencia del principio de presunción de inocencia, pues la acusación debe probarse ante el Juez, y no de antemano como ocurre en nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

De tal forma que el tan alardeado principio que nos ocupa, de existir, dura muy poco tiempo, hasta el auto de termino constitucional, y de ahí se invierte, y si a ello le aunamos la aplicación casi irracional del principio de inmediatez, que genera pocas o nulas posibilidades de defensa, la inexistencia de un autentico principio de contradicción, puesto que el Ministerio Publico litiga con prueba preconstituida y es una parte privilegiada en el proceso, hacen fantasiosa la existencia de una presunción de inocencia.

Todo este cóctel de elementos adversos, obliga a reflexionar sobre la importancia del juicio, o si bien en realidad se convierte en una farsa que sólo formaliza y convalida un sistema de enjuiciamiento penal, que es, por naturaleza, legalmente injusto.

6. UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA

Es incuestionable la inadmisibilidad de la permanencia de este esquema de procedimiento penal, anacrónico, anquilosado que indubitadamente se encuentra en crisis, debiendo encontrar una salida, coherente e integral al mismo.

Es de ordinario conocimiento, que el pasado 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el paquete de reformas constitucionales bajo el esquema de la reforma integral y coherente del sistema de justicia en México, donde se adoptan los principios rectores de los juicios acusatorios y orales, entre ellos, los que hemos advertido como el de contradicción, continuidad, concentración, inmediación, igualdad, publicidad, los cuales sí hacen posible la verdadera vigencia del principio de presunción de inocencia, dándole al juicio la importancia que debe tener, pues es ahí donde se proba la acusación y no antes, como actualmente ocurre.

¹² Al respecto, ver el artículo "No existe la presunción de inocencia", de Julio Antonio Hernández Pliego, en la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, número 4, pp. 79-95.

Conviene tener presente que el tema de los juicios orales y el debido proceso legal no son cuestiones que les preocupen solamente a algunos académicos ni que hayan surgido en los cubículos de algún instituto de investigación jurídica. De hecho, es posible identificar ciertas causas generales que justifican e impulsan profundas reformas al procedimiento penal. Entre otras pueden señalarse el proceso de democratización presente en los países de América Latina, la crítica razonada a sistemas procesales obsoletos, las presiones para la reforma del Estado en su conjunto, así como el auge y revaloración del papel de los derechos humanos y la exigencia de cumplir los compromisos emanados de la suscripción de tratados internacionales.¹³

Sin embargo, la reforma constitucional prevé una *vacatio legis* de ocho años para la implementación de este nuevo esquema de procedimiento penal, lapso que se antoja pertinente, ya que no es de fácil hacer el cambio de paradigma, dadas las múltiples implicaciones técnicas, materiales, legislativas, humanas, logísticas y hasta culturales, necesarias para tal fin.

Por ello la implementación de los juicios orales, teóricamente, basándonos en sus principios constitutivos, se presenta como una solución de fondo a este actual estado de la cuestión; sin embargo, es una solución mediata, debiendo encontrar alguna otra vía, inmediata, que pueda contrarrestar la inequidad procesal, la inaplicación del principio de contradicción y la merma de una defensa adecuada que hacen parecer al juicio como una mera formalidad que hay que llenar, convirtiéndolo en una farsa.

Sin ninguna pretensión ufana de descubrir el agua tibia o inventar el hilo negro, se plantea la siguiente medida inmediata a efecto de equilibrar la oportunidad probatoria para los casos en donde la defensa no haya tenido ninguna oportunidad de intervención en las pruebas de cargo por cuestiones ajenas al mismo, o no imputables a su defendido, como ocurre en muchos casos donde los testi-

¹³ Cfr. CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 2008, pág. 1.

gos de acusación nunca vuelven a comparecer en el proceso prevaleciendo su primer ateste ministerial.

Se propone que una vez cerrada la instrucción, y previo agotamiento exhaustivo de todos los medios procesales a su alcance para lograr el desahogo de la prueba y esto no se logre, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 494 del Código Federal de Procedimientos Penales, interponer un incidente no especificado, solicitando la **EXCLUSIÓN** de ese elemento de convicción del juicio, a efecto de que no sea valorado en sentencia, debiendo ser muy puntuales en que, debe solicitarse la **EXCLUSIÓN** del medio de prueba, más no su nulidad, pues, en un sentido de puridad formal, la prueba se pudo haber recabado de manera apegada a las normas del procedimiento, por lo tanto, debe ponderarse ante el Juez, que la causa, motivo o fin, de su exclusión es por la inequidad procesal y la imposibilidad real y objetiva de una defensa adecuada, acotando que si el desahogo de la prueba no se logró por motivos ajenos al órgano jurisdiccional, tampoco le es imputable esa omisión a la defensa y menos al procesado, y ya que se planteo el incidente previamente en juicio, insistir con el tópico en las conclusiones, en los agravios y en los conceptos de violación, de ser necesario.

Este defensor está conciente que una postura como la que sostenemos, difícilmente permeará al primer intento en los esquemas lógico-estructurales de los operadores del derecho, siendo en consecuencia, de nueva cuenta, una tarea que requiere paciencia y tolerancia a la frustración, escuchando los argumentos que en cada

¹⁴ Dado que el suscrito defensor se encuentra adscrito a una agencia del Ministerio Público de la Federación, no ha podido incoar este incidente, al corresponder, en principio, al homólogo de primera instancias y después, de ser el caso al de segunda instancia, motivo por el cual basta plantear esta sencilla reflexión, esperando genere inquietud a efecto de que se lleve a cabo.

caso lleguen a verter los Jueces y Magistrados, replanteando una y otra vez el tema hasta encontrar un argumento sólido e irrefutable que nos lleve a un proceso penal, materialmente más justo, hasta en tanto transitamos, en su plenitud, al esquema acusatorio oral que ya prevé nuestra Constitución.¹⁴

BIBLIOGRAFIA

CÁRDENAS Rioseco, Raúl F., *El derecho de defensa en materia penal*, Ed. Porrúa, México, 2004, pp. 227.

CARBONELL, Miguel, y OCHOA REZA Enrique *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* Ed. Porrúa, 2ª ed, México, 2008, pp. 165.

CASANUEVA Reguart, Sergio E., *Juicio Oral, Teoría y Práctica*, Ed. Porrúa, 2ª ed, México, 2008, pp. 629.

GARCÍA Vázquez, Héctor, *Introducción a los Juicios Orales*, Ed. Ángel, México, 2006, pp. 179.

HERNÁNDEZ Pliego, Julio Antonio, "No existe la presunción de inocencia", en *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, Número 4, Diciembre 2007, pp 79-95.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho a la indemnización por arbitrariedades, como una implicación del principio de presunción de inocencia en el proyecto de Ley Federal de Justicia para Adolescentes

*Francisco González Pérez**

I.- INTRODUCCION

Es incuestionable que el Estado Mexicano está llevando a cabo un gran esfuerzo legislativo y de operación, para cumplir con los compromisos derivados de la ratificación de la "Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño", pues más que motivado por una preocupación genuina en lo relativo a establecer un efectivo sistema federal de justicia para adolescentes a quienes se atribuye la comisión de una conducta considerada como delito en las leyes locales o federales, que sustituya al obsoleto y decadente Sistema Tutelar, que venía operando hasta el 12 de marzo del año 2006, lo cierto es que, para cumplir con los compromisos derivados de la ratificación de la convención de mérito, la cual hiciera el día 21 de septiembre de 1990, empezó a dar cumplimiento parcial a dichos compromisos, primero mediante la reforma al artículo 4º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 7 de abril del 2000, ya que mediante dicha reforma, se reconoce a los niños y

* Defensor Público Federal.

niñas como sujetos plenos de derechos, de acuerdo a un concepto de protección integral, y con motivo de lo anterior, se promulgó la "Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes", el 29 de mayo del 2000; que viene a reglamentar dicha disposición constitucional. Mediante esta ley por primera vez se hace una división de responsabilidades en materia de políticas para hacer frente a las exigencias sociales en materia de justicia juvenil, las cuales exigen que en su atención se respeten a los adolescentes, todas las garantías constitucionales previstas para todo individuo y los derechos especiales reconocidos a los menores de edad, por su condición de personas en desarrollo, pero que también se haga frente a la solución de delitos cometidos por personas menores de 18 años; así pues, de esta forma, el Estado mexicano divide la problemática de justicia juvenil en dos aspectos, uno consistente en "problemas de política social", enmarcándose en este rubro, a los menores de 12 años de edad, los que se considera, que por su edad y grado de desarrollo, no están en posibilidades de infringir la Ley Penal, y por consiguiente, no son sujetos de responsabilidad, sólo son sujetos de rehabilitación y asistencia social, la cual, es responsabilidad del Estado, pero también de la sociedad por lo que se atenderá mediante la aplicación de políticas y programas sociales instituidas en la Ley Reglamentaria del artículo 4º Constitucional, y otro relativo a "problemas de política criminal", en la que se ubica a los adolescentes de 12 años de edad cumplidos y a menores de 18 años de edad, a quienes se atribuye la comisión de una conducta considerada como delito en las Leyes Penales locales o federales, la cual será atendida por el Estado, precisamente, mediante la aplicación del sistema de justicia para adolescentes que se pretende implementar, acorde a la reforma constitucional del artículo 18 Constitucional.

De esta manera, el Estado mexicano, para cumplir con los compromisos internacionales, reformó el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual es publicada el 12 de diciembre del 2005 y entra en vigor, a partir del 12 de marzo del 2006, pues mediante dicha reforma se obliga a la Federación, los

Estados y al Distrito Federal a establecer en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las Leyes Penales y tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.

Del texto constitucional de referencia, se desprende que, además de precisarse que ese sistema integral, en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones y tribunales especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes, en acatamiento a los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño, en éste se observarán los principios de interés superior del adolescente; transversalidad; certeza jurídica; mínima intervención; subsidiariedad; celeridad procesal; flexibilidad; equidad; protección integral y reincorporación social, pero que particularmente, como principios procesales rectores del juicio oral se acataran en este sistema, el de jurisdiccionalidad, concentración y continuidad, contradicción, inmediación, libertad probatoria, libre valoración de la prueba y presunción de inocencia, a virtud del cual, el adolescente debe ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare en sentencia firme su intervención en los hechos, es decir, mientras no se acredite, el hecho probable y su intervención en la comisión de esta conducta, tendrá el beneficio de la presunción de inocencia, a virtud de lo cual, no podrá ser objeto de la aplicación de ninguna medida ni provisional ni definitiva, que implique un menoscabo de sus garantías constitucionales y derechos especiales, en cuanto persona en desarrollo.

II.- GARANTÍAS INDIVIDUALES

"Los seres humanos, por más diversos que parezcan sus caracteres y sus temperamentos, por más disímiles sus fines particulares, por mas contrarias sus actitudes, coinciden en un punto fundamental: en una genérica

aspiración de obtener su felicidad, que se traduce en una situación subjetiva consciente de bienestar duradero, que no es otra cosa que una satisfacción íntima permanente" (1).

La relación jurídica entre el sujeto activo (gobernado) y el sujeto pasivo (el Estado), genera para éstos, derechos y obligaciones que tienen un contenido especial, las garantías individuales se han reputado históricamente como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público, entre éstas se encuentran las de libertad, igualdad, de seguridad jurídica, y de propiedad; para el sujeto activo, la garantía constituye un derecho, es decir, una potestad jurídica que hace valer obligatoriamente ante el Estado en forma mediata y de manera inmediata ante sus autoridades; entre los cuales se crea una responsabilidad correlativa, por cuanto constituye un derecho para el gobernado como potestad o facultad de reclamar al Estado y a sus autoridades corresponde respetarlas, acatarlas pasiva o activamente.¹

III.- LA LIBERTAD COMO GARANTIA INDIVIDUAL

Sin duda una de las garantías individuales más importantes del individuo, es la de libertad, relativa al derecho que todo individuo tiene de no ser restringido de su libertad personal (libertad corporal), la cual es una condición inherente a su naturaleza, imprescindible, sin la cual no es posible que el individuo logre los fines que persigue, por ello ésta se constituye como una potestad inseparable de la naturaleza humana; sin embargo, es importante señalar, que el ejercicio real de la libertad como contenido de un derecho público subjetivo, se encuentra sujeto a diversas condiciones objetivas que se dan con motivo de las relaciones existentes en el campo de lo social y lo económico por parte del individuo, debido a que este derecho no puede hacerse valer, sin sujetarse a ciertas condiciones que tienen que ver con el lado de la obligación, por ello es que no queda ninguna duda, de que el derecho a la libertad, es una de las garan-

¹ Ignacio Burgoa; *Las Garantías Individuales*; Editorial Porrúa.

tías individuales más importantes del ser humano y por ello se le ha dado una especial protección, pues del análisis del contenido de los artículos 1º, 14, 16, 17, 18, 19, 20, apartado "A", 21, 23, y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que en éstos se hace una especial reglamentación de la misma, en cuanto a los únicos casos y condiciones en que ésta puede ser restringida, aunque específicamente se encuentra preservada por la garantía de audiencia, como facultad genérica natural del individuo, consistente en la formación y realización de fines vitales y en la selección de medios tendientes a conseguirlos; por ello es válido señalar que todas las garantías individuales, incluida la de libertad personal, física o ambulatoria, están protegidas a través de la garantía de audiencia; sin embargo, como ya dijimos este derecho es susceptible de ser restringido, pues en diferentes dispositivos constitucionales, existe una serie de requisitos, que debidamente justificados pueden dar como resultado la privación de la libertad personal del individuo, entre estos casos, se encuentran aquellos en que la restricción de la libertad se da con motivo de una resolución judicial, pues la culminación de una determinación de esa naturaleza, implica que se habrían agotado una serie de procedimientos, en los que a un individuo se le sujeta a un juicio, que en éste se hayan cumplido todas las formalidades exigidas por la Ley, se haya dado al individuo el derecho de garantía y audiencia, se acredite la comisión de una conducta considerada como delito, que ésta además amerite pena corporal, se justifique la intervención del acusado en la comisión de esa conducta y que no se encuentre acreditada a su favor, alguna causa que excluya su responsabilidad, que esa privación de la libertad se ordene en una sentencia que la misma esté debidamente fundada y motivada, requisitos sin los cuales no es posible atentar contra esta garantía de libertad.

IV.- RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Título Cuarto, considera responsable de toda clase de delitos y faltas

a los funcionarios públicos, incluyéndolos así en el principio de la igualdad ante la Ley; sin embargo en algunos casos la Constitución ha querido que durante el tiempo en que desempeñen sus funciones, algunos de estos funcionarios no pueden ser perseguidos por los actos punibles que cometieren, a menos que previamente lo autorice la correspondiente Cámara de la Unión.

Al respecto y en acatamiento a este dispositivo constitucional, en cada disposición específica se reglamentan los sistemas que se aplicarán para determinar la responsabilidad de los servidores públicos, se precisan los delitos en que incurrirán y las penas aplicables a cada caso concreto; sin embargo, esta responsabilidad se determina para ser aplicada por las conductas cometidas de manera personal por cada servidor público, en el ejercicio de su función pública, es decir, sólo por aquellas conductas que impliquen la comisión de un delito, no propiamente cuando constituyan una responsabilidad civil que amerite consecuencias de reparación del daño. Así tenemos, que por ejemplo, en el quinto párrafo del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, se precisa que: "El Procurador General de la República y sus agentes, serán responsables de toda falta, omisión o violación a la Ley en que incurran con motivo de sus funciones", pero es claro que dicha disposición se refiere, a aquellas conductas que constituyan un delito. En nuestro sistema jurídico penal, los delitos en que pueden incurrir los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, de manera general se catalogan en los títulos Décimo y Decimoprimer, del Código Penal Federal, pero estos dispositivos y sus consecuencias están dirigidos única y exclusivamente al servidor público como sujeto de obligación, por lo que en ninguno de esos numerales se hace referencia a una reparación del daño que no sea la que se derive directamente, como una consecuencia de la aplicación de la pena pecuniaria, por la acreditación de un delito, por lo que no se hace referencia a la reparación del daño que desde un punto de vista estricto, le correspondería cubrir al Estado, por irregularidades o arbitrariedades, en los casos de que una sentencia de privación de

la libertad, haya sido ejecutada de manera injusta, ya porque al final del proceso, tratándose de delito grave, se haya justificado su inocencia, o porque habiéndose promovido incidente de reconocimiento de la inocencia del sentenciado, éste haya resultado procedente. Como señalamos, es cierto que en el sistema jurídico penal para adultos, al iniciarse un proceso penal en contra de un servidor público, a quien se atribuye un abuso de autoridad o bien la comisión de un delito en contra de la administración de la justicia, de llegar a justificarse tanto la conducta como su intervención en la comisión de dicho delito, se le aplicará todo el rigor de la ley penal, porque como señalamos, éste se encuentra en un mismo plano de igualdad ante la ley, sin embargo, en tales casos no se hace una condena especial en reparación del daño, derivada de la responsabilidad solidaria y subsidiaria del Estado para con sus autoridades, esto sería totalmente procedente y justo, se entiende perfectamente, que el proceso penal es de orden público y que como tal, se instruye bajo los principios de buena fe, tanto por parte del Estado, como de sus autoridades y que tales casos no son la regla general, que más bien son la excepción, pero sabemos que aunque no como una responsabilidad de las autoridades, mas bien por disposición de nuestro sistema vigente, existen muchos casos, en que el acusado afronta sus procesos privado de su libertad, hasta que concluye con una sentencia firme, muchas veces derivada ya de un juicio de garantías, en que se absuelve al procesado, casos en que únicamente se hace pronunciamiento por lo que se refiere a la libertad personal del procesado, pero nunca respecto de los daños que implican el haber estado privado de su libertad, cuando justificó ser inocente, porque como señalamos, no existe una disposición legal que así lo contemple, por lo menos en lo que se refiere a la responsabilidad que le resulta al Estado, pues resulta incuestionable, que en estas circunstancias el sentenciado ya no tiene la calidad de acusado, sino de víctima, al haber justificado que fue privado de su libertad de manera injusta, con toda independencia, de que como ya señalamos, la actuación de la autoridad haya estado estrictamente apegada

da a derecho, ya que estas actuaciones, por lo que se refiere a la actuación de la autoridad, siempre se encuentran apegadas al contenido de los artículos 14 Constitucional, en el que se señala que: Nadie podrá ser privado de su libertad, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho y que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; por su parte el artículo 16 Constitucional, dispone que no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos, con pena privativa de libertad, y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado; el artículo 19 Constitucional, por su parte señala que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder de del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión; el Artículo 20 constitucional, al referirse a las garantías del inculpado, precisa que inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio; y finalmente, en el artículo 21 Constitucional, se precisa que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, por lo que ciertamente, las decisiones tomadas por la autoridad judicial en cuanto a ordenar la privación de la libertad, cuando se justifican los extremos a que hemos hecho referencia, se encuentran perfectamente apegadas a derecho, sin embargo, como hemos señalado, aunque no sea la regla general, siempre habrá la posibilidad de que aún el sentenciado pueda ser inocente, de otra forma, no se justificarían la institución de los incidentes por desvanecimiento de datos y el de reconocimiento de la inocencia del sentenciado.

Al respecto, es importante precisar, que en nuestro sistema jurídico penal, la única disposición legal que hace alusión a una reparación del daño derivado de un proceso penal a cargo del Estado, la encontramos en el contenido de la fracción VI, del artículo 32, del Código Penal Federal, en este dispositivo, al referirse a la reparación del daño, se precisa que: "Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29: ...VI.- El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueren culposos", sin embargo, como esta obligación deriva de una resolución emitida con motivo de un proceso penal, es decir proviene de la comisión de un delito, se entiende que forma parte de la sanción pecuniaria, y por consiguiente en principio corresponde cumplirla sólo a quien ha sido condenado en sentencia firme, y en última instancia si el sentenciado no contara con recursos propios, le será exigible al Estado, pero tampoco este tipo de responsabilidad se refiere a aquella que pudiera resultar de un daño moral causado por haber sido víctima de rigor de la ley penal de manera injusta, de tal manera, que por lo menos en el sistema penal para adultos, no existe ninguna posibilidad de que procedentemente se haga un reclamo de esta naturaleza, pues no hay fundamento legal ni mecanismo para hacerla valer, por lo que mientras no se legisle al respecto, seguirá siendo la gran deuda que el Estado tiene con las personas que en este sentido, han sido víctimas del sistema.

V.- MEDIOS DE IMPUGNACIÓN QUE SE PREVÉN EN EL PROYECTO DE LEY FEDERAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

En el Título VI, del proyecto de Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, se contemplan como medios de impugnación a favor de los sujetos a quienes está dirigido el proyecto, los consistentes en recursos de Revocación; Apelación; Nulidad; Revisión; Reconsideración Administrativa y el de Queja; sin embargo y dado el tema que nos ocupa, sólo haremos referencia a los recursos de nulidad y revisión.

A.- RECURSO DE NULIDAD

El recurso de nulidad se encuentra reglamentado en el Capítulo IV, del Título VI, del proyecto de ley de referencia; éste tendrá por objeto, examinar si la sentencia inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal, pero cuando este precepto provoque una nulidad, el recurso solo será admisible, si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho protesta de recurrir en nulidad; salvo que se trate de violaciones a derechos fundamentales y los producidos después de concluido el juicio; entre otros motivos, este recurso sólo podrá ser promovido en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de juicio oral.

El juicio y la sentencia darán motivo a nulidad: cuando en la audiencia del juicio se hubieren infringido derechos fundamentales contemplados en nuestra carta magna o bien en los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano que se encuentren vigentes; cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o bien que no garantice su imparcialidad; cuando la audiencia del juicio hubiera tenido lugar en ausencia de alguna de las personas, cuya presencia continuada exija la Ley; se hubiere violado el derecho de defensa o el de contradicción; se hubieran violado los principios rectores del juicio oral, si estas violaciones vulneran derechos de las partes. En la procedencia de cualquiera de estos motivos de nulidad, se ordenará la celebración de un nuevo juicio, el cual deberá ser llevado a cabo, por un Tribunal integrado por jueces distintos al que intervino en el juicio anulado, pero si de acuerdo al contenido del artículo 195 del proyecto de ley que se menciona, la sentencia fuera anulada porque en el fondo del asunto debatido se viole un derecho fundamental o la garantía de legalidad, porque carezca de fundamentación y motivación; porque haya tomado en cuenta una prueba ilícita que trascienda al resultado del fallo; porque no haya respetado el principio de congruencia; hubiese sido dictada en oposición a otra sentencia ejecutoriada; no hubiera observado las reglas de valoración de la prueba exigidas por la Ley; o porque la acción de remisión esté extinguida, el tribunal que

conozca del recurso invalidará la sentencia y, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, determinará si pronuncia directamente una resolución de reemplazo, o si ordena la reposición de la audiencia de juicio oral.

Del análisis de los dispositivos que reglamentarán dicho recurso, podemos concluir que los efectos de la procedencia del recurso de nulidad, en esencia, consistirán en que si el tribunal estima fundado el recurso, anulará total o parcialmente, la resolución impugnada y ordenará la reposición del juicio o de la resolución, de tal manera que aun cuando la medida de internamiento provisional o permanente serán aplicadas de manera extrema, queda abierta la posibilidad de que al haberse aplicado una medida de internamiento provisional, y si ésta quedara sin efectos, con motivo de la procedencia del recurso de nulidad planteado, en tal caso se habría causado un daño irreparable en las garantías individuales o derechos especiales del adolescente, el cual implicaría una responsabilidad solidaria, "objetiva", de parte del Estado, por tratarse de un daño ocasionado por sus servidores públicos, de quien tiene la responsabilidad solidaria o aquilina, en alusión al jurisconsulto romano que creó esta fórmula, pues si bien es cierto que en materia de responsabilidad, en principio se debe atender a la conducta de la persona a quien le es imputable, caso en que esta responsabilidad está considerada como "subjetiva", precisamente porque implica el elemento culpa, pero como excepción a dicha regla, la conducta de terceros también tiene efectos en otras personas y por ello también les es imputable, caso en que ciertamente el elemento culpa se encuentra desvanecido, pero aun así, debe considerarse que a ésta le resulta una culpa por falta de cuidado en las personas que de él dependen y cuya conducta en este caso causara el daño que se comenta, y por ello debe generar una obligación de reparar un daño, no a quien la cometió, pues es claro que para los servidores públicos, existe todo un sistema legal para la determinación de las diversas responsabilidades derivadas los actos que llevan a cabo, en el cumplimiento de su función pública.

B.- RECURSO DE REVISION

En el proyecto de Ley que se comenta, se prevé, que el recurso de revisión, procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo, y únicamente a favor del adolescente, cuando la sentencia impugnada se haya fundado en prueba documental o testimonial, cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior o resulte evidente, aunque no exista un proceso posterior; cuando ésta haya sido pronunciada a consecuencia de cohecho, violencia o en cualquiera de las hipótesis a que se refiere el Código Penal en lo relativo a los delitos contra la administración de la justicia u otra argumentación fraudulenta, cuya existencia se haya declarado en fallo posterior firme; cuando después de dictada ésta, sobrevengan hechos nuevos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el adolescente no lo cometió o que el hecho cometido no es punible o corresponde aplicar una ley o norma más favorable.

Por la trascendencia de los motivos por los que procederá este recurso, corresponderá conocer del mismo, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y tendrá por objeto, el anular la sentencia, remitiendo a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o pronunciar directamente la sentencia, cuando resulte una absolución o la extinción de la acción o la pena, o sea evidente que no es necesario un nuevo juicio, bajo la temática de que en éste no podrá intervenir el mismo juez que dictó la sentencia anulada; en su caso, la nueva sentencia que se dicte, por ningún motivo podrá modificar a la primera, como consecuencia de una nueva apreciación de los mismos hechos que sirvieron de base a la primera; tampoco podrá contener una medida más grave que la impuesta en la primera sentencia.

En alusión a los efectos de la procedencia del recurso de revisión, y seguramente como una forma de restituir de manera integral en sus derechos al adolescente, en el artículo 208 del proyecto de ley, incluso se precisa, que "Cuando la sentencia sea absolutoria o declare la extinción de la acción penal, se ordenará la restitución de la cantidad pagada en concepto de reparación del daño". Esta

medida, sin duda obedece a la obligación que el Estado tiene de reconocer de manera plena la inocencia del enjuiciado, cuando éste previamente fue objeto de los efectos de una sentencia definitiva, pero se insiste, ¿cuál debe ser la postura que el Estado debe asumir en la aplicación de este sistema de justicia?, cuando con motivo de una sentencia se imponga a un adolescente una medida de privación permanente de su libertad, por un delito considerado como grave, acorde al contenido del artículo 128 de dicho proyecto y conforme a los límites máximos señalados en el artículo 18 Constitucional y 137 del mismo documento, cuando la ejecución de la medida ya haya sido ejecutada de manera parcial, con independencia del tiempo que ésta haya durado y con posterioridad, esencialmente, con motivo de la procedencia del recurso de revisión, se anule la sentencia impugnada y en su lugar proceda la absolución, pues indiscutiblemente, que en tal caso se habría causado un daño grave irreparable al adolescente, aunque no de manera intencional o dolosa, el cual como ya explicamos, tratándose de la privación de la libertad, en estricto sentido no es de los que puedan ser susceptibles de reparación, por lo que la única forma de reparar ese daño si es que así lo podemos señalar, sería mediante el reconocimiento pleno de su inocencia que implique también el reconocimiento de la existencia de un daño causado y como consecuencia, el derecho a recibir una indemnización, a manera de reparación de ese daño causado, exigible directamente al Estado, derecho que desde luego debe estar contemplada en el proyecto de ley y determinarse los mecanismos legales para que en su caso el adolescente lo pueda hacer efectivo, tal como sucede en otros modelos jurídicos, en la aplicación del sistema jurídico penal para adultos.

VI.- LAS IMPLICACIONES QUE SE DERIVAN DEL HECHO DE DECLARAR INOCENTE A UN ADOLESCENTE

No queda ninguna duda de que tal como se estipula en el artículo 20, del proyecto de ley, todas las autoridades, instituciones y órganos especializados para adolescentes, en aplicación de este nuevo

sistema, ejercerán sus funciones en estricto apego a los principios rectores que lo regulan, asegurando en todo momento el efectivo respeto de los derechos y garantías reconocidas en la Constitución, en la Ley, en la Ley para la Protección de Los derechos de Niñas Niños y adolescentes y en los tratados internacionales aplicables a la materia, ya que conforme al diverso 22 del mismo proyecto, se establece que la violación de derechos y garantías procesales de los adolescentes es causa de nulidad del acto en que ocurra y se determinará la responsabilidad del o los servidores públicos, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, la Ley Federal Para Prevenir la Tortura y demás disposiciones aplicables, que por consiguiente, esto garantiza, que por lo menos, las autoridades especializadas encargadas de operar el nuevo sistema, procederán con el mayor profesionalismo, cuidado y prudencia posible; sin embargo, al contemplarse la posibilidad de que una sentencia pueda ser anulada, en términos del contenido del artículo 206 del proyecto de Ley, siempre existirá la posibilidad de que al adolescente se le cause un daño irreparable, por lo tanto, al existir la obligación de considerarlo y tratarlo como inocente durante el proceso especial oral, no solamente implica que la carga de la prueba quede a cargo del Ministerio Público especializado en Justicia para adolescentes o que en aquellos casos en los que agotado un proceso de esta naturaleza no exista insuficiencia de material probatorio, para justificar que el adolescente, efectivamente cometió una conducta considerada como delito en las leyes penales, indiscutiblemente y ante la duda existente, deba resolverse a favor del adolescente; pues cuando ya no se trate de una presunción de inocencia, porque ésta ya se encuentre acreditada de manera plena, con motivo de la procedencia del recurso de revisión, incluso del de nulidad, también implica que para el caso de que el adolescente hubiera sido sujeto de una medida de privación de su libertad, ya sea de manera provisional o permanente, al igual que tendría derecho a que se le devuelva la cantidad que haya otorgado como pago de la reparación del daño, también debe reconocérsele el justo de-

recho a recibir una indemnización de parte del Estado, derivada de la responsabilidad civil, por el daño causado, por irregularidades o arbitrariedades de que hubiera sido objeto en su proceso o en la sentencia.

Ante estas circunstancias y a fin de que el Estado se reivindique con esta deuda que tiene ante la sociedad, es incuestionable que el nuevo Sistema de Justicia Para Adolescentes, debe instituir el establecimiento efectivo y el procedimiento adecuado para hacer valer el derecho a recibir una indemnización de parte del Estado, por irregularidades o arbitrariedades en los procesos penales o en las sentencias, en aquellos casos en que con base en una decisión judicial, se ha determinado la privación provisional o permanente de la libertad de un adolescente y con posterioridad, por los medios legales contemplados en la futura Ley de la materia, se acredite la inocencia del procesado, casos en los que el efecto de la resolución, no debe ser solamente decretar la inmediata libertad del acusado, y ordenar la devolución del monto otorgado como reparación del daño, sino que también sobre la responsabilidad del Estado, cuando ésta fuere evidente, pues a final de cuentas es quien a través de sus servidores públicos ordena y ejecuta las resoluciones de esta naturaleza.

VII.- FUENTES DE INVESTIGACIÓN

- 1.- Ignacio Burgoa; *Las Garantías Individuales*; Editorial Porrúa.
- 2.- Felipe Tena Ramírez; *Derecho Constitucional Mexicano*; Editorial Porrúa.
- 3.- Convención Sobre Los derechos Del Niño, versión electrónica, http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm.
- 4.- Síntesis de los Cursos de Certificación en Justicia Para Adolescentes, elaborados por el Dr. Carlos Roberto Barrientos Sánchez y el Lic. Saúl Cota Murillo, versión electrónica. <http://sncedj.ijf.cjf.gob.mx>.
- 5.- Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- 6.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 7.- Código Penal Federal.
- 8.- Código Federal de Procedimientos Penales.
- 9.- Proyecto de Ley de Justicia Federal para Adolescentes.

Interpretación y jurisprudencia por contradicción de tesis: el caso de la determinación de los derechos de las partes

*Miguel Ángel Lara Estrada**

En nuestro derecho jurídico mexicano, existe una generalidad de normas sustantivas provechosas; en muchos de los casos, en la aplicación de las mismas surge una complejidad debido a la intervención del factor humano múltiple, que participa al tomar decisiones en las controversias que se suscitan entre sí, en los entes privados y públicos, o entre ambos, ello es por la imperiosa necesidad de la intervención en el ámbito de la procuración y administración de justicia de los juristas, debido principalmente al crecimiento demográfico y estructural del Estado, quienes participan en representación en decir el derecho, pero en la forma que a su entender le orienta, y en algunos de los casos sin que se cuente con la pericia requerida de fondo, interpretación que se le da al derecho desde luego partiendo de una posición amplia en sentido moral, donde prevalece la buena fe, la imparcialidad y desde luego la justicia con la debida vinculación de la razón, elementos que de ninguna manera deben estar al margen del derecho escrito, emergido del legislativo de nuestro país a favor de los entes sociales en general.

Lo que se expone en este artículo, es sin duda alguna una pequeña forma de visualizar una figura que a mi juicio es de relevancia

* Defensor Público Federal.

en la aplicación de la legislación, básica como fuente de derecho y además, que es una forma de fortalecer el Estado de derecho a favor de los justiciables, que en concreto es sobre la figura denominada **"La Contradicción de Tesis"**.

Al respecto, se percibe en mi experiencia como jurista, que dicho tema puede dar lugar en gran medida a robustecer y concretizar la aplicación del derecho positivo a favor de la sociedad en aquellos casos en que la federación no sea parte, o siendo no se afecte el interés social al imponerse una decisión de contradicción resuelta por nuestro máximo tribunal judicial, considerando este aspecto como la disposición constitucional y legal en el sentido de que las sentencias resueltas en contradicción de tesis por las Salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tenga el efecto de fijar precedente de aplicación y no afectar las situaciones jurídicas materia de contradicción, sometiendo el derecho al arbitrio judicial para que se le dé al ente público o privado dentro del marco legal supremo, sin que se estime válido sostener justificación alguna a favor de la autoridad judicial que erró u omitió por las razones que sea la aplicación del derecho, porque constitucionalmente no se está permitido que el derecho sea nugatorio o nulo, y que se le dé a quien le corresponda y que la autoridad será la vigilante ejerciendo las formas o métodos para acceder al derecho y justicia a los entes de la Nación; lo anterior con independencia de estimar, qué autoridad judicial es la que interpretó correctamente o mejor el derecho en una situación jurídica propuesta, ya que al respecto se trata de un concepto equívoco de interpretación o falta de visión de la lógica jurídica por el juzgador de origen, que desde luego nada tiene que ver con la afectación de los derechos de los entes tanto públicos como privados en la intervención de los asuntos jurídicos que se planteen a las autoridades judiciales.

Los entes que acuden a una autoridad a pedir se procure o administre justicia, no tienen porqué verse afectados como consecuencia de una interpretación equívoca de la ley, si dicha interpretación es reparada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que de

ser así, se estarían violando derechos constitucionales, lo anterior, con independencia de que subsistan en la propia Ley Suprema normas que la contradigan, o bien, que subsista alguna laguna por no ser específica a la aplicación para determinado sujeto, si estas normas no afectan en esencia el derecho sustantivo del gobernado, da lugar a que se le repare el daño, retribuyéndole lo que originalmente le corresponde, utilizando los propios mecanismos que la ley le otorga a todo aquel que quiera se le administre justicia por las autoridades judiciales, para no estar bajo los supuestos de incongruencia en el sentido de ser el principal administrador de justicia y al mismo tiempo determine que las situaciones jurídicas propuestas a debate no se afecten y queden intactas, puesto que se estarían contradiciendo las normas en protección de los derechos y la aplicación de justicia, no se dotaría de una seguridad jurídica que requiere todo sistema jurídico de Estado para que se hagan valer sus normas supremas, y, como consecuencia que los diversos sectores existentes en una sociedad libre y democrática avalen la aplicación de los derechos públicos.

Toda sociedad, por naturaleza ideológica y convencionalismos propios, en los que no se inhiben y trascienden los límites de los actos personales, invadiendo los derechos de otros, requiere de ciertas normas que la rijan y haga posible la convivencia en común, estableciendo las reglas por medio del Estado, a través de las autoridades u órganos competenciales que son los encargados de la elaboración de las normas y hacer que éstas se cumplan dentro de un marco de equidad entre sus ocupantes; todo ello se atiende conforme a la norma suprema de un país como lo es su Constitución, que por medio de ésta es posible que cada ente esté en condiciones de estar debidamente protegido en su integridad física, moral y patrimonial, porque el efecto que produce toda constitución a favor del ente social es el de dar certeza y crear la seguridad jurídica en las personas, manteniendo un equilibrio entre el gobernado y el Estado, fijando por una parte a los entes particulares la obligatoriedad de que guarden la observancia de la ley y por otra el de que se con-

fie en las instituciones jurídicas fundamentales del país, para evitar en lo posible una anarquía que desestabilice la convivencia social entre los entes.

En nuestro derecho positivo Mexicano, el artículo 14 Constitucional, cumple una función específica y clara con relación a la formalidad elemental que todo proceso debe guardar, y es tan respetado, que incluso en la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se hizo recientemente publicada en el Diario Oficial del dieciocho de junio del año dos mil ocho, no fue tocado para que siguiera guardando vigencia, dado que en dicho artículo se concentran en gran medida los presupuestos necesarios para fortalecer a un estado de derecho garantista, para cubrir una formalidad esencial en el proceso, cuyo propósito es que sea coherente tanto las circunstancias de derecho como las de hecho en el área general del derecho.

Se comparte la forma en que don Emilio Rabasa describe lo limitado con que el legislador al dar seguimiento al proceso legislativo emite las leyes, en cuanto cita que no siempre sabe el legislador, el alcance que la ley que dicta ha de tener en la práctica, pero sabe lo que quiere y tiene conciencia clara de lo que se propone; además, destaca que la ley, cuando es producto conciente del legislador, es por lo general, clara y neta, de suerte que muestra a los que han de aplicarla o servirla sus fines y alcance, al fin que la práctica descubre en más o menos tiempo los detalles delicados, así como el estudio de los hombres de ciencia, llega más bien tarde que temprano, a señalar sus más hondas interpretaciones.

Tal pareciera que el legislador confía en las interpretaciones de las instituciones encargadas de aplicar el derecho para posteriormente hacer las adecuaciones según la necesidad de aplicación general, he aquí que es susceptible de que se genere con plena libertad un criterio que plasme la certeza en la aplicación jurídica, que es válido para que no se dé trasgresión alguna de las normas constitucionales.

El artículo 14 de la actual Constitución nuestra, la función es específica con relación a las normas o leyes creadas por el legislati-

vo; con relación al párrafo primero, es bastante claro al establecer: "A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna"; para la aplicación de este párrafo es necesario que subsista: a) Una ley que cumpla con las formalidades constitucionales, principalmente que el acto de la autoridad legislativa esté debidamente fundado y motivado en términos del primer párrafo del actual vigente artículo 16 de la ley suprema, para que se eleve a la categoría de ley, esto es, con todas las etapas del proceso legislativo desde que se propone o inicia hasta la promulgación y publicación para que sea aplicada; b) Que en todo aquello que sustancialmente se afecte no sea aplicable retroactivamente en perjuicio de persona alguna; en este inciso se puede estimar válidamente que la ley si se puede aplicar a favor de las personas en forma retroactiva, pues la condición para que no se aplique es que se cause perjuicio.

Para cuestiones jurídicas en la aplicación de la ley para cada caso propuesto, es de primordial relevancia escudriñar el concepto "cause perjuicio", porque llegado el momento de que se determine que subsiste el perjuicio a una de las partes, hay obligación de la autoridad en general de que sea restituido aquél a quien se le afectó, o por lo menos que se pronuncie a favor, otorgando los medios necesarios a su alcance para repararse, creando la certeza jurídica y con ello satisfacer con el cometido de que se vele por hacer cumplir principalmente la norma suprema; de lo contrario, pondría en entredicho la seguridad jurídica en cuanto que la aplicación de la ley no sea equitativa, consistente, genuina y segura, ya que el fin del legislador al forjar los diversos procedimientos en la elaboración de la ley, es precisamente el de que todos los entes tanto públicos como privados tengan sus derechos a salvo sobre cualquier acto de particular o de las autoridades, constituyendo el enlace de equilibrio de toda sociedad al participar como árbitro judicial, quien agotadas todas las instancias, se logre el convencimiento final del mas alto tribunal como lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que: 1.— No solamente dirima una solución final en la interpretación de la ley que controvierte opiniones, una equívoca y otra acer-

tada, para que con posteridad a partir de ese momento se aplique la jurisprudencia que finalmente haya concluido; 2.— Sino que también abarque en la negación del derecho que se dio con motivo de la decisión equívoca o errónea, el de restituir, mediante el resarcimiento del daño causado a los gobernados, o bien, en su caso, al ente público, en sus derechos que no obtuvieron con lo resuelto con motivo de la resolución incorrecta, porque de no establecerse el resarcimiento del daño a las partes en un procedimiento judicial, no se cumpliría con el resguardo a que se está obligado de las leyes, porque es evidente que existe una violación de garantías, al establecer que determinado administrador de justicia por falta de visión o de interpretación no aplicó la ley conforme al alcance material de la misma, no guardando la fidelidad y con ello las consecuencias que surgen, mismas que necesariamente para no contravenir disposiciones legales, es necesaria la restitución por el órgano que se pronuncie, ello sin desatender de que forzosamente tiene que ser a petición de parte debidamente legitimada para pedir tal restitución, creando con ello una certidumbre jurídica a favor de la sociedad en la Nación, cuyo efecto sin duda alguna sería el de crear una certeza jurídica nacional que redunde en benefactores sociales, tales como la indeclinable decisión de que los capitales extranjeros contribuyan al invertir a favor de los mexicanos, que ello sin duda alguna sería un evento necesario para entre otros aspectos inhibir la criminalidad sin que aumenten los índices delictivos al respecto, que en su caso éste no es el punto en el tema, pero es posible abarque como consecuencia de considerar en su caso los aspectos de legalidad y seguridad jurídica sobre la libertad y los bienes de las personas.

Para los efectos de la contradicción de tesis, uno de los aspectos que se toma en consideración, es lo que dice el Diccionario de la Real Academia Española, en las siguientes definiciones: Perjudicar, es ocasionar daño o menoscabo material o moral; y perjuicio es el detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa.

Conforme al concepto del perjuicio, en las decisiones judiciales, si uno de sus órganos causó daño al emitir una resolución equí-

voca, ya sea por omisión o falta de visión jurídica y social acorde a la magnitud y repercusión del asunto que se plantea en un juicio, correcto sería que por lo menos se le dejen a salvo los derechos de la parte a la que se le negó previa petición, sin más trámite mas que el de solicitar a la autoridad de origen que sin trámite alguno ordene conceder los derechos y sea restituido de los mismos dentro del juicio que dio origen a la decisión del órgano máximo, no obstante que conforme a la jurisprudencia definida es acreedor al mismo, que por jerarquía de valor en la decisión judicial debe de ser extensamente privilegiada en todo su alcance, tanto en lo presente como en lo futuro, para que la certeza y seguridad jurídica prevalezca sin menoscabo alguno en lo general.

La intocada parlamentaria fracción segunda del artículo 14 de la Constitución Federal de la República, dice: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". Al respecto, en lo esencial subsisten cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, que son: 1.— Que en contra de la persona a quien se pretenda privar de uno de los bienes jurídicos tutelados por la ley se siga un juicio; 2.— Que el juicio se siga ante los tribunales competenciales previamente establecidos; 3.— Que se cubran ante los tribunales del juicio las formalidades que la propia ley determine en el procedimiento; y, 4.— Que la resolución que resulte del juicio se dicte con base en las leyes que existan antes del hecho que dio origen al juicio.

Los bienes jurídicos que la garantía de audiencia protege son: la vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los demás derechos de los gobernados otorgados en la propia Constitución, entre ellos los adjetivos.

Ignacio Burgoa, en su obra *Las Garantías individuales*, refiere: la garantía de audiencia, como garantía de seguridad jurídica que es, impone al Estado la obligación positiva consistente en observar,

frente al gobernado, una conducta activa y que estriba en realizar todos y cada uno de los actos que tiendan a la observancia de las exigencias específicas en que el derecho de audiencia revela".

La regla es, que quien acuda a una autoridad a demandar, se impone como obligación controvertir la litis, dando oportunidad a que las partes se impongan y ejecuten la participación respectiva en equidad procesal en todo seguimiento de un juicio, primeramente ante las autoridades de origen, quienes son los que dicen el derecho y en lo subsecuente a las encargadas de conocer de un recurso o medio de impugnación sea ordinario o extraordinario, en que se revisa y cuyo fin es el de darle el derecho a quien lo tenga en los términos que la leyes lo establezcan.

El Artículo 17 de la Constitución Federal de la República, en su párrafo segundo dice: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla, en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...". En este supuesto jurídico, nos contempla una garantía de seguridad jurídica, en el que cualquier tribunal existente en la Nación, administre justicia a los entes que se someten a juicio, con independencia de la naturaleza que sea, basta que la autoridad asuma su jurisdicción por actividad procesal de las partes o el Estado mismo a través de sus instituciones. Es necesario estimar que la autoridad que va a emitir un acto, principalmente la judicial que es a la que se dirige el presente artículo, ésta debe de cubrir los elementales principios de que el acto de autoridad debe de estar debidamente fundado y motivado, en términos del artículo 16 parte última del párrafo primero de la Constitución Federal de la República, de ahí que al administrar la justicia debe de razonar mediante la motivación de la conclusión y no únicamente esto, sino que además, la motivación debe de guardar congruencia con las normas de seguridad jurídica a que remite el artículo 14 de la citada ley máxima, y de la ley aplicable exactamente al caso concreto, para que de lo anterior se estime que existe la administración de justicia a que refiere el citado artículo 17.

A manera de indicar algunas generalidades de la Contradicción de Tesis con relación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tiempos primitivos, el hombre (describiendo al género humano), dado la carencia de un esquema cultural y social que se adecuara a sus necesidades, optaba por cubrir sus necesidades en la manera que percibía a su entender, sin menoscabo a sus actos, se satisfacía en la gran mayoría de sus objetivos, ya que no eran tantas las exigencias ni existía la conglomerada población como la actual; con el transcurso del tiempo, dado el crecimiento poblacional, y necesidades en el funcionamiento social entre sí, urdió la manera de implementar métodos de orden entre los pobladores de una región y otra, con el fin de establecer normas y creación de autoridades para fijar los límites entre las personas, imponiendo los derechos y obligación para una mejor convivencia; lo anterior para evitar en lo posible las injusticias y que no se violaran los derechos sociales; las normas, conforme se presentan los tiempos de necesidad se establecen si no existen o se reforman para una adecuación atendiendo a los problemas sociales y comportamientos de sus integrantes.

No existe duda alguna que actualmente, dada la distribución soberana de los poderes del Estado, para satisfacer la necesidad de cumplir con la ley suprema, procurando evitar, o en su caso aminorar en lo posible la afectación de derechos sustantivos consagrados en la misma, la Nación, por medio de las instituciones jurídicas fundamentales que dictan o emiten actos para el desarrollo y convivencia social, pueden ser dichas instituciones sujetas de revisión en sus actos, protegiendo a sus entes dentro de un ámbito de legalidad y seguridad jurídica, adecuando sus normas, dotando mecanismos para lograrse la plena independencia y autonomía en el ámbito de competencia originaria para las autoridades que ejercen los actos sobre los gobernados, autoridades que dependen de cada uno de los poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, permitiendo a través de la propia ley, conceder plena autonomía al Poder Judicial de la Federación, para que como máximo intérprete de la ley por ser especialistas en el conocimiento del derecho sea concluyente en la razón

de la aplicación de las leyes, o bien en caso de disposiciones no expresa aplique a favor de la generalidad social los principios generales del derecho.

En atención a lo anterior, sin duda alguna se legitima al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máximo intérprete de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de ahí que en obligación es de atender a las disposiciones que concluya, ya sean por disposición de acuerdos, o por sus resoluciones en sentencias judiciales de asuntos de su competencia, cuyo interés es de aplicación general a favor de la sociedad, porque obliga la observancia de sus disposiciones.

El artículo 107, de la Constitución Federal de la República, en su fracción XIII, establece: *"Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados Tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el Pleno o la Sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia. Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer. La resolución que pronuncien las Salas o el Pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción..."*.

El objetivo fundamental del constituyente, en introducir la contradicción de tesis en la ley suprema, fue el de concretar la aplicación exacta de la ley, en cuanto al contenido de la misma, para establecer la certeza jurídica Nacional a la que obliga aplicarla al

juzgador, así como la de fijar ciertos criterios conforme a la interpretación por laguna legal entre los tribunales sustentantes de resoluciones en sentido distinto de los mismos hechos, y para crear la certeza jurídica es necesario que prevalezca un principio rector uniforme en la aplicación legal.

Según la legislación mexicana, y, la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la contradicción de tesis resuelta, únicamente se limita a definir con inclinación legal, un conflicto judicial de interpretación en la ley que emiten dos órganos judiciales, es para crearse la certidumbre jurídica resguardando la Constitución, cuya conclusión no debe ir mas allá de la decisión en el sentido de aplicación, la que al pronunciarse sobre el criterio que deberá prevalecer, sin que se realice pronunciamiento alguno con relación a la afectación de la situaciones jurídicas resueltas, las que quedan firmes independientemente del resultado de la contradicción que se dicte, a mi juicio ello no es congruente con los principios rectores de un ordenamiento jurídico de derecho, ya que es evidente la afectación de derechos, mismos que para los efectos de la congruencia, es admisible que se guarde un resultado que tenga por objeto reparar el concepto que se resolvió y que dio origen al debate de la contradicción de tesis, para así establecer plenamente la protección de que se guarde en su integridad en todos los aspectos la ley suprema, creando con esto la certeza jurídica a favor del ente, cumpliendo así el órgano judicial como árbitro en el derecho sin que se afecte a los gobernados en su esfera jurídica; ejemplo práctico en concreto: conforme a la distribución de circuitos por área territorial, en un circuito, una persona justiciable demanda sus derechos determinados, en la que sigue el procedimiento en juicio, y se concluye éste en sentencia definitiva por el órgano judicial en primera instancia que el derecho protege al demandante, al impugnarse la decisión, el órgano judicial en segunda instancia resuelve que es correcta la decisión del juzgador en primera instancia; posteriormente, al promoverse el juicio de garantías por resolución definitiva, el órgano colegiado decide en definitiva confirmar las

resoluciones de los juzgadores en primera y segunda instancia, según la interpretación que se le da a la ley es cosa juzgada, las resoluciones no admiten recurso alguno, salvo que el juzgador se haya pronunciado en la interpretación de la Constitución en cualquiera de sus partes, porque el máximo intérprete de la misma es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, haciéndose mediante el recurso correspondiente, ya sea de revisión o queja, misma que en definitiva establece cuales son los criterios de interpretación que deben prevalecer, fijando únicamente precedente para una aplicación en lo sucesivo. Continuando con el ejemplo práctico, en un circuito distinto, la reclamación del mismo derecho, bajo las mismas circunstancias de hechos, el órgano colegiado se pronuncia en sentido contrario, como consecuencia, se produce la materia para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncie en conocer de la contradicción de tesis o ejecutoria, y la misma es concluyente al indicar que sí existe contradicción de tesis, que debe prevalecer el criterio que la propia Corte estime en la contradicción al resolverla, dicho criterio es inclinándose al órgano que a su juicio interpretó mejor la norma del derecho.

Bien, si la jurisprudencia ordinaria es la establecida por los Magistrados de Tribunales Colegiados de Circuito y por los señores Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quienes la establecen en base al conocimiento técnico y científico, partiendo de la actividad humana, y adecuar la ciencia de lo justo y de lo injusto en lo mas amplio para dar el derecho, no con sus limitantes porque no se accesa como consecuencia a la salvaguarda de la norma suprema, debe de ser extensivo en conceder el derecho porque aún se estaría en mantener el equilibrio en el resultado final de la decisión que habrá de prevalecer para que sea acorde al principio de igualdad de la ley para iguales, sin que injustamente sea aplicado en perjuicio del gobernado un sentido en una sentencia, y que el máximo órgano determine lo contrario sin que se le dé derecho a que se presente a reclamar lo que el propio gobernado, al que no le favoreció por el órgano inferior judicial, ahora con el resultado del

máximo órgano quien determinó de que le corresponde un derecho legal, pero al mismo tiempo por cuestiones interpretativas no se le puede restituir de sus derechos; al respecto, es de cuestionarse: ¿qué explicación convincente se le puede dar al gobernado cuando es sabedor de que tiene sus derechos debidamente reconocidos por el máximo tribunal Judicial y que se le impide se presente a pedir que sea restituido porque se determina por el propio órgano judicial que no se debe afectar las situaciones jurídicas concretas ya resueltas?; ni siquiera se le dejan los derechos a salvo para que esté en condiciones de reclamarlos; al respecto, la aplicación de la contradicción de tesis es limitativa y se estima que por ser un concepto único debe de ser de aplicación general, no únicamente para que se aplique en lo subsecuente, sino que debe de surtir para que se repare el daño ocasionado a la parte que detente el derecho, ya que de lo contrario, es posible estimar que existe una violación de garantías de los gobernados, ya que por una parte, el legislador constituyente instituyó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que protegiera y velara la aplicación íntegra y exacta de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que no se le prive de los derechos en general que tienen los gobernados, como lo son el de la protección a la vida, la libertad, la dignidad humana, la propiedad y posesiones de bienes, sin que exista un verdadero juicio ante la autoridad competente previamente establecida, con oportunidad para las partes a que sean escuchadas y vencidas en juicio, cubriendo desde luego todas las formalidades del procedimiento, y entre ellas las que se funde y motive la causa legal del procedimiento; de ahí que si al concluir un juicio se determina en conclusión con una interpretación final a favor de determinado gobernado, existen razones mas que motivadas para estimar que se debe restituir al gobernado de sus derechos que se le privaron para que goce de los mismos conforme a lo ordenado por la Constitución; de ahí que la principal característica que cumple la contradicción de tesis, es la de determinar la situación jurídica que habrá de prevalecer en casos concretos similares, pero con diversas óptica de interpretación.

El tribunal judicial máximo de un país, como mediador de la justicia en su aplicación, no únicamente tiene la función de árbitro en las decisiones de sus inferiores, sino además, es la más importante y principal autoridad para implementar los regímenes o métodos para que el derecho sea aplicado a quien lo detente en los términos que la propia Constitución obliga se les respete o restituya a los entes, tanto en lo futuro como en el pasado, con los requisitos y las modalidades que el interés legal lo amerite, adecuándose a lo socialmente demandado, siendo este el alcance equitativo que corresponde al pronunciarse en la contradicción de tesis.

El fundamento constitucional con relación al límite en la aplicación de la contradicción de tesis se encuentra en el artículo 107, fracción XIII, párrafo último, que cita: *"La resolución que pronuncien las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, solo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción"*. La propia Constitución tiene sus límites en cuanto al alcance de la aplicación legal, determina con imperio las facultades competenciales de los órganos públicos; al juzgador lo ubica como el enlace fundamental en el intérprete de las normas en general, en la aplicación del derecho la autoridad no debe de ir mas allá de lo que la propia norma constitucional le ordena, únicamente que el legislador no prevé sobre la contradicción que impone en las normas de la misma ley fundamental, y al juzgador se le obliga a que resguarde la Constitución, el problema se presenta cuando se estudia y aplica técnica y científicamente el derecho, y para determinar en situaciones de contradicción de la norma, es cuando se analiza la posibilidad de adecuar la norma con los hechos concretos y evitar en lo posible los contrastes jurídicos, inclinando la decisión con apoyo en la filosofía del derecho que emerge de tratadistas en la materia, y en más de las vecinas con el derecho comparado y las convenciones o tratados internacionales, pero finalmente, invariablemente el sentido que se concluya en el ámbito de la contradic-

ción de tesis, en lo sustancial subsiste afectación para una de las partes, hecho que no debe acontecer en un sistema jurídico nacional, donde los derechos se protegen y se procura en lo posible la protección de derechos constitucionales.

Sin duda alguna, el constituyente, dentro de los presupuestos de la Carta Magna, en sus artículos 14, 16 y 17, da la pauta rectora a efecto de dirimir cuestiones elementales para que subsista en la sociedad una convivencia de respeto y cordialidad en todo bien jurídico, por ello, los citados dispositivos legales, conducen a establecer las formalidades que debe reunir toda controversia de derecho que se suscite mediante un procedimiento judicial; las citadas normas establecen por una parte que no se puede privar a nadie de los derechos sustantivos que detentan, que en caso de conflicto entre particulares, sea la autoridad judicial la que concluya en decir el derecho previa petición que se realice por la parte interesada, para que no se deje el derecho al árbitro particular, sino que sea la autoridad judicial la que decida para evitar un riesgo de conflicto social, la autoridad dice el derecho y determina a que ente debe de respaldarse en términos legales; en la aplicación del derecho en cuanto hace a todas las normas, debe de procurarse regir un criterio uniforme proveniente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde un asunto por más insignificante que sea, hasta los mas relevantes, porque ello daría la pauta para mejorar el sistema de justicia y seguridad, y además de hacer mas consistente la certeza jurídica conforme a los principios de justicia apegados a la norma suprema, evitando con ello que los Juzgadores no improvisen decisiones jurídicas que afecten la esfera del ente, no únicamente en lo particular, sino que en lo general, ya que un servidor público con poder de juzgar, es un elemento que debe tener a su alcance lineamientos que le permitan apoyar toda decisión, porque el poder en la administración de justicia como un alcance o visión generalizada debe de consultar su análisis técnico y jurídico en forma comparativa para establecer los límites respecto a la principio rector de una situación jurídica respaldada por el máximo tribunal judicial, que de no existir, se proponga para

que se sustente en un criterio uniforme judicialmente, y salvar la posible afectación de derechos; lo descrito, no porque se dude de la capacidad, preparación y perfil moral de quien juzga, sino porque con ello se propiciaría la congruencia en la aplicación del derecho positivo respecto a las normas que aparentemente son contrarias de una ley fundamental y ello traería la consecuencia de darle no únicamente la formalidad en el ámbito de la administración de justicia, sino que la de la exigencia constitucional en el sentido de que no se afecten derechos esenciales y fortalecer la seguridad jurídica en la aplicación de la ley, para que se guarde en su integridad la misma.

Según el reconocimiento de los derechos del individuo frente al Estado, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que se hizo en París el 26 de agosto del año de 1789, en su artículo segundo decía: *"El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión"*. En dicha declaración francesa, los derechos del hombre y del ciudadano establece que los hombres nacen libres e iguales en derecho y los derechos naturales e imprescriptibles del hombre a su favor, y por lo que hace al Estado, la finalidad que debe perseguir este es la de conservar esos derechos mediante el principio rector de la soberanía en lo mas congruente de interpretación de la norma, porque de lo contrario no estaría cumpliendo con la salvaguarda constitucional a la que el poder soberano le obliga.

En nuestro país, por disposición constitucional y legal, la materia de contradicción de tesis se sustenta en los tribunales judiciales, surte la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo previsto por los artículos 107 fracción XIII párrafo último de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 197 párrafo segundo y 197-A, párrafo segundo de la Ley de Amparo, y 10 fracción VIII, 21 fracción VIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y en materia electoral los artículos 99 fracción IX, párrafo séptimo de la Constitución Federal de la República, y, los artículos 236 y 237 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial de la Federación; todas las normas citadas, tienen en común disposiciones similares sobre el tema, al estimar en esencia que lo resuelto en contradicción de tesis sustentadas no afectará las situaciones jurídicas concretas resueltas en las contradicciones materia de revisión.

Los límites respecto a la aplicación en la contradicción, no deben ir mas allá de lo previsto en la ley, que no es posible que tenga afectación jurídica alguna el resultado definitivo por la Corte en asuntos resueltos, ya que de ser así, según el criterio de nuestro órgano judicial se estaría sustituyendo al legislativo en la creación de leyes al imponer una aplicación no prevista; al respecto, al analizar el contenido íntegro de la constitución para establecer si existen determinadas excepciones o limitantes en cuanto a los derechos de la vida, libertad, dignidad personal, posesiones y propiedades, bienes jurídicos tutelados por la misma en su artículo 14 párrafo segundo, se puede verificar que no hay límite alguno, y de lo contrario le impone como obligación a la autoridad que todos sus actos sean debidamente fundados y motivados en el párrafo primero de su artículo 16.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto a la aplicación en la administración de justicia, se encuentran tres aspectos fundamentales que deben de ser sometidos a interpretación, que se consideran los siguientes:

El primero: los derechos consagrados de los gobernados, previstos y protegidos por el artículo 14 párrafo segundo, de dicha Constitución, en cuanto establece que nadie puede ser privado de la vida, libertad, propiedades, posesiones o derechos; es de tomarse en consideración que subsiste prohibición de que se prive de derechos a los entes, salvo que sea por autoridad competente, además, que debe existir un procedimiento ante ésta y que además debe de cumplir con guardar las formalidades esenciales y con una ley que sea expedida antes del hecho a controvertir; que en términos del artículo 16 párrafo primero, el acto de autoridad debe estar debidamente fundado y motivado; que la existencia de una norma que se adecue a los hechos que se controvierten para concluir concretamente en proporcionar el derecho.

El segundo: es que nos encontramos ante la posibilidad de los recursos al impugnar las resoluciones de los juzgadores de origen para que incluso llegue a conocer la Corte en contradicción de tesis o mediante otro recurso, como lo puede ser el de revisión en amparo directo cuando subsista el problema de constitucionalidad o la interpretación de una de sus normas, en términos de lo dispuesto por el artículo 107 fracciones VIII y XI, de la propia constitución Federal.

El tercero: es el de establecer el fin específico del legislador, al contemplar por una parte la protección erga omnes de los derechos de los gobernados en términos de lo dispuesto por los invocados artículos 14, 16 y 17; y por la otra, la exclusión del derecho al definirse en contradicción de tesis cual criterio es el que debe de prevalecer sin que afecte las situaciones jurídicas resueltas, específicamente a los gobernados, por determinación constitucional en términos del último párrafo de la fracción XIII, del artículo 107 de nuestra máxima ley, restringiendo el acceso a la justicia en la administración de la misma, invalidando en un momento dado a una de las partes en su derecho legítimo que interviene en el juicio, pidiendo su derecho con motivo del pronunciamiento sobre la interpretación de las normas.

Es de trascendencia el resultado de una investigación minuciosa para establecer un criterio jurídico determinante, máxime si se confiere constitucionalmente la facultad al respecto; la interpretación jurídica es un elemento esencial en la aplicación del derecho.

En el supuesto de la contradicción de tesis, en concreto, el constituyente establece: 1.— La protección amplia en los derechos del gobernado; y, 2.— La restricción del acceso del derecho a una de las partes (gobernado) que interviene en el juicio de origen materia de contradicción, no obstante, de que el máximo tribunal judicial se pronuncia en la interpretación de la ley por el mejor derecho.

Es evidente según la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de que subsiste en la ley suprema excepción en protección de los derechos del gobernado en general, al convalidar

la norma en su aplicación en sentido genérico, ya que no se accede a que se le restituya el derecho a la parte que obtuvo razón legal en contradicción de tesis por petición de instancia agraviada, porque no se pueden afectar las situaciones jurídicas resueltas por los órganos terminales según el mandato constitucional de su invocado artículo 107 fracción XIII párrafo último, dejando sin efecto una disposición fundamental de protección de garantías individuales; se puede estimar que surge la conexión de supuestos de hechos idénticos y la divergencia de dos normas jurídicas que son susceptibles de soluciones conflictivas. Debe concluirse por el máximo órgano judicial si subsiste o no una excepción al principio protector de garantías de derechos que se contiene en los artículos 14 y 16, de la Constitución Federal de la República, en contraposición con lo ordenado por el artículo 107 fracción XIII, párrafo último, del citado máximo ordenamiento, para que se pronuncie y crear la certeza jurídica en la aplicación de garantías en razón de qué norma debe prevalecer, si es la protección generalizada de los derechos del gobernado con excepciones o sin ellas en la contradicción de tesis.

En el caso, es de estimar que es susceptible de considerar que exista una oposición de normas supremas, ya que no está bien definido si existe o no excepción en la protección de los derechos del gobernado para que se le afecte limitando su derecho definido en la forma expuesta en los anteriores párrafos, por lo que es válido concluir que sería bueno que se haga un pronunciamiento para establecer si existen o no disposiciones encontradas entre el artículo 107 fracción XIII párrafo último, con relación a los artículos 14 y 16 constitucionales, estos últimos los que son concluyentes en establecer la forma y procedimiento de la certeza jurídica de la protección de los bienes del gobernado.

A mi juicio, la contradicción de tesis resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe de abarcar también en tratándose únicamente del gobernado y a petición expresa de éste como parte agraviada, dentro de los términos que para la caducidad o prescripción se contemple en la petición del derecho, se le adjudique

en la restitución de sus derechos en los asuntos concretos que fueron base para resolverse, y como consecuencia no se contravenga las disposiciones de los artículos 14 y 16 indicados, ya que lo dispuesto por el artículo 107 fracción XIII constitucional, es de interpretarse que es para mantener aspectos rectores pero entre los entes públicos que de una manera y otra pueden verse afectados o desestabilizarse socialmente, y puede surgir repercusión general a la sociedad; pero si es entre gobernados el caso concreto de contradicción, no se puede estimar que pueda afectarse socialmente una decisión dentro de la misma contradicción de tesis respecto a la restitución de las garantías individuales, en que se estima que de lo contrario, se reafirmaría mas la protección a la certeza jurídica, ya que al fin la contradicción de tesis no deja de ser una figura jurídica revisora en la que se hacen pronunciamientos sobre qué tesis debe de prevalecer en términos de lo dispuesto por el citado artículo 107 constitucional.

El fin que persigue la contradicción de tesis con su resultado es el de que se establezca precedente de aplicación interpretativa, o bien se modifique la interpretación dada a las normas dentro del procedimiento en los asuntos judiciales de los que subsista contradicción de criterios, surte la eficacia en el momento en que se aplica por todos los órganos judiciales y administrativos que abarque la contradicción resuelta; además, de dar lugar como consecuencia la certeza jurídica constitucional en la aplicación del derecho en el ámbito social de todos los asuntos jurídicos que se propongan al árbitro judicial, estando en condiciones los particulares de que se les garantice jurídicamente la protección a sus derechos conforme lo establece la Constitución; además de que los entes públicos están en condiciones de ponderar en sus actos en lo que abarca la interpretación dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acerca de los criterios encontrados resueltos, siendo esta la parte de la prevención general que se adoptaría por el Estado al emitir sus actos relacionados con el asunto concreto materia de interpretación judicial.

Lo que hace la distinción en la aplicación de lo resuelto, es que el acto jurídico definido en contradicción se surte a favor de los gobernados que se encuentren en lo futuro pendientes de que se les resuelva su situación legal, y a las partes que participaron en los asuntos materia de contradicción se les pone en un estado de aplicación legal desigual con relación a los entes que en el presente o futuro se encuentre pendiente de resolver la situación jurídica similar que se plantee, lo que contraviene el contenido del artículo 1, parte final de párrafo tercero de la Constitución Federal de la República, al establecer la prohibición a los actos que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, ya que a toda persona se le dará el trato igual; al respecto, no se cumple con este dispositivo al aplicarse parcialmente la jurisprudencia que surge por contradicción de tesis a los entes que en lo presente y futuro se les resuelva judicialmente sobre un derecho establecido, ya que deja sin protección a un grupo de gobernados como lo son a quienes no les favoreció la situación jurídica por inequívoca interpretación y se confirma sus derechos con la interpretación del máximo tribunal, siendo un grupo a quines muy bien se les puedan otorgar sus derechos sin que se les margine al respecto, bastando pedir únicamente al Tribunal de origen que se les conceda y restituya en el uso y goce de sus derechos reconocidos legítimamente por la Corte.

En la administración de justicia a que alude el artículo 17 constitucional, nos da la pauta para que sea un árbitro autorizado por la ley para que imparta justicia, al establecer el ámbito de la administración de justicia, no la limita, ni tampoco establece que haya algún tipo de excepción, esto es, en cuanto a los mexicanos se refiere, o si es extranjero también, pero en este supuesto hay una excepción de la propia Constitución, que es la contemplada en el artículo 33, en participación política; es cierto que no es una afectación generalizada en cuanto a los intereses de las personas que intervienen en un litigio de la naturaleza que se ha planteado, en comparación con los millones de mexicanos, pero no por ello se debe desestimar el sentimiento de las personas, al encontrarse éstas sabedoras de que

subsistía el derecho y que la misma Corte les dio la razón y que ya sus derechos no pueden volver a resarcirlos a su favor por falta de una interpretación de fondo, que cumpla con los requisitos lógicos jurídicos al estudiar científicamente las normas, por vagas e imprecisas, y otras por no estar establecidos los supuestos aplicables al caso concreto; es necesario tomarse en cuenta una serie de factores en los que se consideren la congruencia en la decisión de la protección de las garantías para que en todo tiempo se estime la inclinación de la administración de justicia a favor de quien se ostente con mejor derecho en todos los tribunales de justicia en México, es necesario establecer los mecanismos de congruencia para que ningún gobernado esté al margen de la protección Constitucional de sus bienes jurídicos protegidos, porque la exigencia social es que se cuide de la certeza jurídica para que no se cometa injusticia alguna en perjuicio de la sociedad.

Desde el punto de vista repercusión social respecto a la seguridad jurídica del patrimonio y de la libertad en los gobernados, por la aplicación de los artículos 107 fracción XIII de la Constitución Federal de la República, con relación al artículo 197 de la Ley de Amparo, al respecto, se estima que tiene consecuencias de falta de certeza jurídica en la petición de la administración de justicia de un grupo reducido de personas, que son las que no se les concedió la protección constitucional por equívoca interpretación de la ley, y que naturalmente no satisface los principios elementales de la Constitución por infringir específicamente su artículo 14 relativo a la seguridad y certeza jurídica, al no conceder los derechos a quienes los detenta a la luz del máximo tribunal judicial.

En opinión particularizada, se considera que las normas de la ley de amparo, son susceptibles de inconstitucionalidad como una ley que rige en materia de revisión y decisión en los actos de autoridad, ya que cuando una ley secundaria o que derive de la Constitución, en el caso la Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal de la República, se estima que en su aplicación subsisten normas que afecten a las regidas por la Ley suprema,

en cuanto sea un acto de aplicación que afecte derechos sustantivos del gobernado, debe de analizarse por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun de oficio por ser disposiciones del orden público para establecer si es violatoria de garantías, porque un acto violatorio de derechos fundamentales que provenga de una ley que decida en gran medida el derecho, se debe ajustar a los principios de la norma suprema para que exista la congruencia de las leyes secundarias con aquella y de esta forma evitar en lo posible la afectación de los derechos constitucionales, cumpliendo con el objetivo de guardar la carta magna el Poder Judicial.

De ahí que se concluya en este artículo, que por disposición del artículo 107 fracción XIII, último párrafo, subsiste un impedimento para el gobernado en que se le retribuya en su derecho con motivo del resultado de la contradicción de tesis, mismas que sustentaron los tribunales Colegiados, o bien, las salas atendiendo a las materias de competencia, ya que el hecho de establecer que lo resuelto en la contradicción de tesis no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de la sentencias dictadas en los juicios en que hubiese la contradicción, quita la posibilidad al gobernado de que se le pueda resarcir el daño causado, porque lo resuelto por los Tribunales Colegiados queda intacto, en el entendido de que lo resuelto por éstos se eleva a la categoría de cosa juzgada que no admite enmienda ni modificación alguna con independencia de lo que decida al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción, siendo respecto a la decisión de los derechos fundamentales que consagra la Constitución a favor del gobernado. Tal vez en lo futuro establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación que subsiste la necesidad de interpretar las disposiciones de los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución, en cuanto a los límites de la protección de los bienes jurídicos protegidos por estos numerales, en contraposición del artículo 107, fracción XIII, párrafo último de la misma ley suprema, con relación al 197 párrafo segundo y 197-A, párrafo segundo de la Ley de Amparo, y 10 fracción VIII, 21 fracción VIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; en cuanto a

que estos últimos se refirieron a no afectar en lo general las situaciones jurídicas concretas resueltas, aún cuando en las mismas se encuentren de por medio los derechos fundamentales del gobernado en su esfera jurídica de certeza de los bienes protegidos.

Justa reforma al artículo 234, último párrafo, del Código Penal Federal en cuanto a la pena de prisión

Francisco Leiva Martínez*

INTRODUCCIÓN

La razón por la que se propone se reforme el artículo 234 último párrafo del Código Penal Federal, se debe a que se considera injusto que en la sentencia que se dicte no se otorgue un beneficio por haberse impuesto la pena mínima de cinco años, ello a pesar de que al indiciado se le concedió su libertad provisional bajo caución.

DEFINICIÓN DE PENA

Don Joaquín Escriche en su *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, define a la pena como:

Pena (1): Un mal de pasión que la ley impone por un mal de acción; o bien: un mal que la ley hace al delincuente por el mal que ha hecho con su delito. La pena pues produce un mal lo mismo que el delito; pero el delito produce más mal que bien, y la pena al contrario, más bien que mal. La ley dice en una parte que la pena es *galardón y acabamiento de los malos hechos, y en otra que es enmienda de pecho, o escarmiento que es dado algunos por los yerros que hicieron*. El fin de la pena es reparar en cuanto sea posible el mal causado por el delito, quitar al delincuente la voluntad o el poder de reincidir, y contener por medio del temor los designios de los que intenten

* Defensor Público Federal.

imitarle; *Proem. Del tít. 31, Part. 7; y ley 1, tít. 31, Part. 7.*

Las especies de penas señaladas por la ley de *Partidas* son siete, cuatro mayores y tres menores, a saber:

1ª La de muerte o perdimiento de miembro.

2ª La de trabajo perpetuo en los metales o labores del rey.

3ª La de destierro perpetuo a isla u otro lugar cierto, con ocupación de todos los bienes.

4ª La de perpetua prisión, que sólo puede darse al siervo, según dice la ley, porque la cárcel no es para castigo de los presos sino para guardarlos hasta que sean juzgados.

5ª La de destierro perpetuo a isla sin confiscación de bienes.

6ª La de infamia, privación de oficio, o suspensión temporal en el uso de él.

7ª La de azotes, heridas, y deshonor pública, poniendo al reo en la picota, o al sol desnudo y untado con miel para que le piquen las moscas.

La pena de perdimiento de miembro, o sea la mutilación, no está ya en uso, como ni tampoco la de heridas ni la de exponer al reo untado con miel para que le piquen las moscas. Las penas de trabajos públicos, destierro y prisión, ya no son perpetuas, sino que se imponen sólo por cierto tiempo que no puede pasar de diez años; bien que a veces se suelen aplicar con la *calidad de retención*, en cuyo caso no adquiere el reo su libertad aun cumplidos los diez años, sin previa licencia del rey o del tribunal que dio la sentencia. Otras penas menores hay que se aplican según el arbitrio del juez por delitos leves; y entre ellas son muy frecuentes las multas o penas pecuniarias. Está prohibido señalar la cara a ningún reo, quemándole con fuego, o cortándole la nariz, o sacándole los ojos, o haciendo otra cosa que le afee. También está prohibida la pena de apedreo, crucifixión y despeño; y se halla ya desterrada de la práctica la de muerte de fuego, asaeteo, y exposición a las fieras, como igualmente la de corte u horadamiento de lengua, y otras demasiado crueles que estaban prescritas por las leyes. El género de muerte que suele usarse es el de garrote o arcabuceo, según las circunstancias de las personas. La confiscación de bienes no puede hacerse sino en los

casos prevenidos por la ley, deduciendo siempre la dote y arras de la mujer y las deudas contraídas hasta el día de la sentencia; bajo el concepto de que a nadie se habían de confiscar todos los bienes, teniendo ascendientes o descendientes, sino al juzgado por traidor y en los otros casos que estén expresos; *ley 4, título 31, Part. 7; orden, de 20 de abril de 1800, y leyes 7 y 8, tít. 40, lib. 12, Nov. Rec.; ley 6, tít. 13, Part. 7; ley 5, tít. 31, Part. 7.*

Debe darse a los delinquentes el castigo que las leyes designan; pero la desigualdad de ellos y la diferencia de los tiempos en que cometen sus delitos, exigen por fuerza el aumento o disminución de sus penas. Antes de su imposición, debe proceder el juez con mucho cuidado a la averiguación del delito, de modo que resulte bien probado, con las circunstancias de su ejecución; pues el hecho a sabiendas ha de ser castigado con las penas establecidas, el causado por culpa de alguno con menor pena, y con ninguna el ocurrido por ocasión. Por el mero pensamiento malo no se merece pena, *cogitationis poenam nemo patitur*, a no ser que se empiece a poner por obra en la traición, homicidio o rapto de mujer, y no quede por el delincuente su ejecución; pero en otros delitos menores que estos tres no merecen pena alguna el que los piensa y procede a ejecutarlos si se arrepintiere antes de su cumplimiento.

No puede imponerse la pena sino después de acreditado completamente o confesado el delito en juicio, y con arreglo a lo alegado y probado por ambas partes; pero jamás por sospechas, señales ni presunciones, especialmente cuando la pena ha de ser muerte o perdimiento de miembro, pues en tal caso deben ser las pruebas tan ciertas y claras como la luz, de manera que no pueda haber duda alguna. No estando el delito claramente probado, o siendo dudoso, debe el juez inclinarse más a absolver que a condenar al reo, por ser más justo dejar sin pena al que la merezca que imponerla al inocente; *leyes 1 y 2, tít. 31, Part. 7; Acevedo en la ley 1, tít. 21, lib. 8, Rec.; leyes 7 y 12, tít. 14, Part. 5; ley 9, tít. 13, Part. 7, y ley 12, tít. 14, Part. 3.*

En la imposición de la pena se ha de tener consideración a la persona del reo, a la persona ofendida, al tiempo y lugar del delito al

modo de su ejecución, a su mayor o menor gravedad, y a las circunstancias del delincuente.

A la *persona del reo*; pues mayor castigo corresponde al siervo que al libre, al villano que al hidalgo, al mancebo que al viejo y mozo; y así al hidalgo u hombre honrado por su ciencia u otra bondad no debe darse muerte afrentosa, al menor de diez años y medio no se dará pena alguna, y al menor de diez y siete se debe minorar la correspondiente a los mayores.

A la *persona ofendida*; pues siendo padre, señor, superior o amigo del reo, merece éste más pena que si delinquiese contra otro sin ninguna de estas calidades:

Al *tiempo y lugar del delito*; pues el ejecutado de noche merece pena mas grave que el hecho de día; y mayor el cometido en iglesia, casa real, audiencia de juez o casa de amigo, que el que se ejecutare en otro paraje.

Al *modo de la ejecución del delito*; pues con más rigor se castiga el homicidio a traición o alevé, que el ocurrido en riña o en otra forma, y mas el robo que el hurto.

A la *mayor o menor gravedad del delito*; para poder aplicar la pena proporcionada.

A las *circunstancias del delincuente*; pues la pena debe adaptarse a ellas: y así es que siendo pecuniaria, ha de darse menor al pobre que al rico, de modo que pueda cumplirse. Con cuidadosa atención a estos principios puede el juez aumentar, disminuir o quitar las penas; según estime justo.

Las penas se ejecutan en público, pregonándose los delitos al mismo tiempo, para que sirvan de escarmiento; *leyes 8, tít. 31, Part. 7; ley 11.*

Las penas deben ser proporcionadas a los delitos (1): *Adsit regula peccatis quæ poenas irroget æquas* (2).

El mal de la pena debe sobrepujar al provecho del delito; porque para estorbar el delito es necesario que el motivo que reprime sea más fuerte que el motivo que seduce, y porque una pena insuficiente es un mal mayor que un exceso de rigor, pues una pena insuficiente es un mal sin provecho alguno. Mas no se deduzca de aquí

que las penas deben ser atroces; pues entonces serían dispendiosas e injustas y darían ocasión a la impunidad (3): basta que el motivo represivo que presenta la pena sea más fuerte que el motivo seductor que presenta el delito, y que el hombre pierda más en la pena que lo que puede ganar en el delito.

Cuanto más incierta o más fácil de evitar sea una pena, tanto más grave debe ser, para contrabalancear las probabilidades de la impunidad; y por el contrario, cuanto más inevitable sea una pena, tanto más ligera puede ser; debiendo procurarse que siga al delito tan inmediatamente como sea posible, porque la distancia de la pena aumenta su incertidumbre. Una pena moderada, pero inevitable, previene los delitos mejor que una pena demasiado grave que puede eludirse con facilidad; y cuanto más de cerca siga al delito, tanto mayor será su impresión sobre el espíritu de los hombres: *Culpam poena premat comes*.

Si concurren dos delitos de gravedad desigual, el mayor debe ser castigado con una pena más fuerte, para dar al delincuente un motivo de detenerse en el menor. El ladrón de caminos empezará asesinando, para tener menos denunciadores y testigos de su delito, si ve que la misma pena le amenaza por el robo y el asesinato juntos.

No debe imponerse la misma pena por el mismo delito a todos los delincuentes sin excepción, sino que debe atenderse a las circunstancias de cada uno; porque efectivamente las mismas penas nominales no son las mismas penas reales; la misma multa será un juego para el rico, y un acto de opresión para el pobre; la misma prisión causará la ruina de un hombre de negocios, la muerte de un viejo achacoso, un deshonor eterno a una mujer, y será sin consecuencia para otros individuos; *Horacio, lib.1, Sát, 3, v. 117*.

PENAS corporales y no corporales. Las penas se dividen principalmente en corporales y no corporales. Corporales son, además de la capital, la de azotes, vergüenza, bombas, galeras, minas, arsenales, presidio, destierro del reino y prisión o reclusión por más de seis meses; Art. 11 del Regl. provisional de 26 de septiembre de 1835. Están por tanto abolidas todas las penas de mutilación, y la pena de marca: algunas

no están ya en uso, como las de bombas, minas, galeras; y no se ve ya que se apliquen las de azotes y vergüenza. En el citado artículo 11 no se hace mención del servicio de las armas, que sin embargo en todo el título 40, y especialmente en la nota 16, ley 22, lib. 12. Nov, Rec., es colocado entre las penas corporales; pero ya no puede haber caso ni motivo de duda desde que un ministro, usurpando el poder legislativo, abolió esta pena por una simple real orden de 13 de agosto de 1839. La calidad de pena corporal se toma de la prisión o reclusión, no de la naturaleza de la misma pena sino del término de su duración.

Las penas corporales unas eran perpetuas y otras temporales, hasta que por las leyes 7 y 8 tít. 40, lib. 12, Nov. Rec., se redujeron todas a temporales:

“Para evitar, se decía, el total aburrimiento y desesperación de los condenados a trabajos interminables, los tribunales no pueden destinar a reclusión perpetua, ni por más de diez años a presidio; aunque a los reos más agravados, y de cuya salida al tiempo de la sentencia se recele algún grave inconveniente, se les puede añadir la cláusula de retención, o la calidad de que no salgan sin licencia.”

Sobre este interesante punto merece ser leído y meditado el dictamen de la Comisión de la Cámara de Diputados de Francia cuando se trató de modificar el Código Penal.

«La perpetuidad de las penas ha sido el blanco de repetidas críticas. Se ha alegado en contra de ellas que es contrario al objeto que debe proponerse toda pena, a saber, la enmienda del culpable. La esperanza de volver a ocupar una posición honrosa en la sociedad es la que sostiene al condenado en los esfuerzos que hace para cambiar sus hábitos y corregir sus inclinaciones. ¿Y podrá sentir la necesidad de reconciliarse consigo mismo, si la ley le declara irreconciliable con la sociedad? ¿No equivale esto a destruir el arrepentimiento en su mismo germen, y la rehabilitación moral en su más poderoso estímulo?»

«Vuestra Comisión ha opinado casi por unanimidad que esta objeción no es decisiva. El objeto político de toda pena es prevenir los crímenes. La enmienda del condenado contribuye sin duda

alguna a este objeto, pues que preserva a la sociedad de los nuevos crímenes a que pudieran arrastrarle sus malas inclinaciones; pero no se consigue enteramente el objeto sino por el saludable espanto que inspira la pena: la intimidación mucho mas que la enmienda constituye el efecto preventivo de la pena, porque la enmienda obra únicamente sobre el culpable, y la intimidación sobre toda la sociedad.»

«Bajo este doble aspecto, la supresión de las penas perpetuas seria un fatal vacío en nuestras leyes penales: los crímenes a que se aplican las penas perpetuas, son tan graves que la enmienda del culpable viene a ser un sueño de la filantropía, desmentido casi siempre por la experiencia. En los rarísimos casos en que puede verificarse la enmienda, será mas poderosa y eficaz sobre el condenado la esperanza del perdón, posible siempre y siempre cercano, que una libertad muy lejana. Cuando el vicio de las instituciones multiplicaba los errores judiciales, la prerrogativa de indultar pudo ser considerada como un remedio de los tales errores; al presente que la justicia peligra casi exclusivamente por la impunidad, el derecho o prerrogativa de indulto es principalmente útil como un estímulo para el arrepentimiento, como la recompensa de la enmienda, como el instrumento mas eficaz del régimen penitenciario.»

«Así, la perpetuidad de las penas no sirve en manera alguna de obstáculo a la enmienda del culpable, y cuando ésta es imposible, viene aquella por el interés de la sociedad a llenar este vacío, quitando del mundo un ser incorregible, y evitando a sus semejantes, no menos que a él mismo, los nuevos crímenes a que en cierto modo se hallaba predestinado por hábitos indestructibles; de este modo se tranquiliza la sociedad disipando la alarma causada por el crimen, y previniendo la que podía excitarse por la libertad del criminal.»

«Además, las penas perpetuas ejercen un poderoso; influjo para intimidar: ellas son una imitación de la eternidad de los suplicios, y esta idea hiere fuertemente las imaginaciones. Serán también como tránsito o término medio entre la pena de muerte y las penas temporales. Quitad las penas perpetuas, y al instante se notará en la escala penal un intervalo inmenso sin correspondencia con la esca-

la de los crímenes, porque hay muchos de estos para los que la pena de muerte es demasiado severa, y las penas temporales demasiado suaves. Las penas perpetuas inquietan la conciencia del jurado menos que una pena irreparable, espantan a los criminales más que una pena cuyo fin esperan ver, y tienen por lo tanto una eficacia preventiva, que les es peculiar y debe conservarse.

«Sea cualquiera el partido que adopte el legislador en la cuestión de la pena de muerte, debe siempre conservar las penas perpetuas que la reemplazan en el caso de suprimirse, y sirven de transición entre la misma y las penas temporales, si no es suprimida. El legislador debe ante todo defender la sociedad por el efecto preventivo de sus leyes; y la perpetuidad de las penas, que tan de lleno obra sobre la imaginación, tiene este carácter en un grado eminente. La perpetuidad de las penas debe estar escrita en la ley, porque hay crímenes tan espantosos para el orden público, que sólo el miedo de un castigo sin fin puede preservar de ellos a la sociedad; pero, aquí es precisamente donde puede ejercerse la gracia o prerrogativa del indulto en toda su extensión, pues ni hay temor de que llegue tarde como en el caso de la pena capital, ni de que falten garantías para asegurar su ejercicio; abierta queda siempre la puerta al arrepentimiento, y éste puede entrar aun en el corazón más culpable; así por la enmienda del condenado puede convertirse la perpetuidad de las penas en un castigo temporal.»

“Estos poderosos argumentos no fueron impugnados, y se conservó en el Código penal modificado la perpetuidad de las penas introducida en el de 1810 casi por las mismas razones.

PENA capital. La que pone un fin inmediato a la vida del delincuente. Pena no capital es la que no priva de la vida al reo; como la de azotes.

El doctor en derecho Rafael de Pina en su *Diccionario de derecho* hace las siguientes definiciones:

PENA.- Contenido de la sentencia de condena impuesta al responsable de una infracción penal por el órgano jurisdiccional competente, que puede afectar a su libertad, a su patrimonio o al ejercicio

de sus derechos; en el primer caso, privándole de ella, en el segundo, infligiéndole una merma en sus bienes, y en el tercero, restringiéndolos o suspendiéndolos.

Pena accesoria.- Considérase accesoria la pena que por disposición legal expresa debe acompañar a otra que se impone en calidad de principal.

Pena capital.- Se denomina así la pena de muerte. Esta pena, en México, se encuentra prohibida para los delitos políticos, y en cuanto a los demás sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar (Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Pena Corporal.- Es la que afecta directamente a la persona del delincuente, como las de privación de libertad y muerte.

Pena Infamante.- Sanción penal que afecta al honor y dignidad de la persona sobre la que recae. El artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe las penas "de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

Pena pecuniaria.- Es aquella que se hace efectiva sobre el patrimonio del condenado, representando una disminución del mismo.

Penalidad.- Sanción correspondiente a una infracción penal.

El ilustre Don Joaquín Escriche hace una gran diferencia entre falsificación de moneda y uso de dicha moneda falsificada, comentando lo siguiente:

MONEDERO FALSO. EL QUE HACE MONEDA POR SU PROPIA AUTORIDAD SIN LICENCIA DEL GOBIERNO

I

El monedero falso era castigado entre los Romanos con el mismo suplicio que el reo de lesa majestad; y asimismo entre nosotros el que hiciere moneda falsa de oro, plata o cobre, el que diese ayuda o consejo para hacerla, y el que a sabiendas encubriera el delito en su

casa o heredad, incurren por las leyes de las Siete Partidas en la pena de ser quemados, debiendo además confiscarse la casa o lugar en que se fabricase la moneda, menos en los tres casos siguientes:

1º Si su dueño estuviese tan lejos que no lo pudiese saber, o si luego que lo sabe lo descubre.

2º Si la casa fuere de mujer viuda, aunque more cerca de ella, a no ser que sepa ciertamente y oculte el delito.

3º Si el dueño fuese un huérfano menor de catorce años, bien que en este caso tiene el tutor que pagar al fisco la estimación de la casa, salvo si estuviese tan distante que no pudiese saber lo que se hacía en ella; leyes 9 y 10, tít. 7, Part.7.

Las mismas Partidas sujetan a pena arbitraria al que cercene la moneda corriente, al que pintare la que tiene mucho cobre para que parezca buena, y al que hiciere alquimia persuadiendo con engaño lo que no puede ser naturalmente; dichas leyes. Las propias Partidas finalmente, después de declarar que cometen hurto, en cuanto a la ganancia que sacan, los fabricantes que a vuelta de la moneda del rey la labran separada para sí, aunque sea igual en bondad, y los que recibiendo plata u oro del Gobierno para fabricar moneda o afinarla o hacer otra cosa mezclan por tener lucro algún otro metal de menos valor, disponen que tales delincuentes sean condenados en el cuatro tanto de lo hurtado, como también a trabajos perpetuos en las obras públicas siendo menestrales, y a destierro perpetuo en alguna isla si no lo fueren; leyes cit.

II

Las leyes de la Recopilación ordenan que ningún natural ni extranjero deshaga, funda ni cercene las monedas de oro, plata y vellón, so pena de muerte y perdimiento de bienes, mitad para el fisco, y la otra mitad para el juez y acusador.

Que se ejecute la pena de muerte y perdimiento de bienes en los que imiten o falsearen en cualquier modo la moneda nueva que se labrare o hicieren otro fraude, y se proceda según derecho contra los sabedores que no lo manifiesten.

Que los que la introduzcan en el reino, o la reciban o ayuden a

su entrada o la recepcen, sean condenados en pena de muerte de fuego y perdimiento de bienes desde el día del delito, y de los barcos, recuas o carros en que hubiere entrado, aunque haya sido sin noticia del dueño de ellos, y sin que puedan excusarse por ser menores de edad o extranjeros.

Que los hijos de dichos delincuentes hasta la segunda generación inclusive sean incapaces de oficios honoríficos.

Que el intento sólo de entrar o recibir la dicha moneda, aunque no se efectúe, se castigue con pena capital; y los que tuvieran noticia de la entrada y no la manifesten, sean condenados en pena de galeras y perdimiento de bienes.

Que para la comprobación de este delito basten pruebas privilegiadas o tres testigos singulares que depongan cada uno de su hecho; y el cómplice que denuncie al compañero, estando donde se pueda prender, consiga liberación de su persona y bienes.

Que en ninguno de dichos casos puedan los reos oponer privilegio alguno de fuero.

Que ningún cambiador ni otra persona reciba, tenga ni dé en pago moneda que no sea labrada en alguna de las casas autorizadas de moneda, ni la extranjera de falsa ley, so pena de cuatro años de destierro y de perder la mitad de los bienes; y el cambista a quien se diere alguna moneda falsa, luego la corte por medio y entregue a la justicia para quemarla públicamente; leyes del tít 8, lib. 12, Nov. Rec.

III

Parece que nuestras leyes no han hecho una graduación arreglada de las diferentes especies que puede haber en este delito, para proporcionarles las penas. ¿Son por ventura crímenes de igual trascendencia hacer moneda por su propia autoridad sin quitarle nada del valor intrínseco que debe tener, fabricarla disminuyendo éste, raer, limar o cercenar de otro modo la verdadera, y ejecutar estas operaciones en piezas de oro, de plata o de cobre? Las penas de morir quemado, la de confiscación de bienes, y la de inhabilitación de los hijos para empleos públicos han desaparecido: la muerte en algunos casos parece pena muy dura; y no faltan jurisconsultos que preferi-

rían sacar partido del delincuente que en la falsificación manifestase habilidad y destreza, destinándole a trabajar con el grillete al pie en la casa pública de moneda.

IV

Cuando el juez tiene noticia de que en alguna parte se fabrica moneda falsa, se dirige al sitio con el escribano y testigos; lo registra y reconoce todo cuidadosamente; recoge, señala y pone en poder del escribano los moldes, cuños, ceniza, monedas, metal y otros cualesquier instrumentos y materiales aptos para la fabricación, que tal vez encuentre; examina a los testigos del registro para que reconociendo las cosas depositadas en poder del escribano depongan si son las mismas que se han encontrado y si saben a quién pertenecen; interroga también a los criados y domésticos de la casa, manifestándoles lo aprehendido, para adquirir noticias circunstanciadas sobre todo lo que hubieren visto u oído acerca de la fábrica y las personas que intervenían; evacua las citas que tal vez resultaren de las declaraciones; prende a los que aparecieren reos, recogiendo en la propia forma las monedas e instrumentos que se les hallaren; nombra dos plateros que reconociendo todos los objetos cogidos y el sitio de la fabricación declaren con juramento si las monedas son falsas y los instrumentos y lugar a propósito para hacerlas; trata de averiguar el fabricante de los instrumentos, los que llevaban los materiales y de dónde, los distribuidores y expendedores de la moneda, etc., etc.; y sigue la causa en la forma competente.

Para que se vea con cuánto pulso deben proceder los jueces en causas de esta naturaleza, creemos oportuno poner a la vista con esta ocasión un ejemplo tan notable como terrible de un error de expertos o peritos en materia de falsa moneda, que acaba de suceder en Francia. En el mes de octubre de 1829 se entablaron ante el tribunal de Agen dos acusaciones de moneda falsa contra los llamados Miguel padre e hijo y contra un tal Meusat. Reprochábaseles la emisión de quince piezas de cinco francos, cuya fabricación era tan perfecta que puso en consternación a todo el país. El presidente del tribunal hizo llamar para que las examinase al contraste público de

monedas de oro y plata, quien declaró falsas las piezas, y aun indicó la combinación de los diversos metales de que estaban compuestas, como igualmente los métodos o procedimientos que habían empleado en la fabricación los falsos monederos. Encargóse la misma verificación a un platero, a solicitud del abogado que los defendía; y este hombre del arte, después de haber hecho nuevamente el ensayo de las piezas con un instrumento de su oficio, no se detuvo en declararlas falsas del propio modo que el contraste. Una multitud de circunstancias concurría igualmente contra los acusados, los cuales sin embargo fueron absueltos después de una hora de terrible agonía, no dejando de alzarse en la sala de la Audiencia un murmullo casi unánime de que la convicción de los jurados no había cedido sino a la enormidad de la pena. Después que la justicia pronunció sus oráculos, las piezas de, convicción reconocidas como falsas fueron enviadas a la administración de monedas de París; y he aquí que en virtud de ensayos que no pueden ser tenidos por sospechosos, se declaran buenas y legítimas estas piezas de moneda y se vuelven a poner en circulación, como que habían sido acuñadas en la fábrica del Gobierno. La acusación pues no había tenido otro fundamento que el error de los peritos. Dos testigos mayores de toda excepción habían declarado también en presencia del tribunal que la hija de Meusat, niña de seis a siete años, les había revelado que su padre había enterrado en un rincón del jardín los moldes con que hacía los escudos, siendo así que realmente no había habido en casa de Meusat moldes ni escudos falsos.

Por su parte el Código Penal Federal en vigor, en su artículo 234, párrafo primero y último, establece:

Artículo 234. Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le impondrá de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días de multa.

La pena señalada en el primer párrafo de este artículo, también se impondrá al que a sabiendas hiciere uso de moneda falsificada.

Y en sus numerales 70 fracción I y 90 fracción I inciso a) determina:

Artículo 70. La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años.

Artículo 90. El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas:

I. El juez o tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones:

a) Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años.

De la lectura de dichos numerales se desprende que la pena mínima por la comisión del delito de uso de moneda falsificada a sabiendas, es la de cinco años y para que sea factible se concedan los beneficios derivados a favor de la comunidad o semilibertad o suspensión de la condena condicional a un sentenciado por la comisión del referido ilícito, la sanción corporal no debe de exceder de cuatro años, de ahí que es jurídicamente imposible se concedan los beneficios contenidos en los ordinales 70 y 90 del Código Penal Federal; atentos que la pena de prisión actualmente es precisamente la de cinco años.

Luego entonces, si alguien tiene derecho a su libertad provisional bajo caución, se acoge al mismo y goza de él por no tratarse de un delito grave, pero en la sentencia definitiva que se le dicta no alcanza beneficio alguno debido a la pena corporal impuesta, no obstante que se trata de un delito no grave.

Al respecto el penalista Marco Antonio Díaz de León en su Código Federal de Procedimientos Penales comentado, hace alusión a los delitos graves, de la siguiente manera:

El señalamiento de los "**delitos**" que se tengan como "**graves**", no debe hacerse por el legislador ordinario, sino que, por encontrar su fuente en el artículo 16 Constitucional sobre la detención y re-

tención del inculpado, por parte del Ministerio Público en la Averiguación Previa, y tener relación también con la negativa a conceder el derecho a la libertad caucional que establece la fracción 1a. del artículo 20 Constitucional, y porque en efecto todo ello corresponde a nivel constitucional, debe ser determinado exclusivamente por el Constituyente Permanente y en el mismo nivel, en nuestra Carta Magna, dado que tal criterio de los "delitos graves" de manera deliberada sirve a vulnerar las garantías individuales –cuando menos la de ser detenido sin orden de aprehensión por el Ministerio Público y, luego, la de no tener derecho a la libertad provisional como caución–, como se desprende de los mencionados preceptos constitucionales señalados.

Es decir, no cabe seguir autorizándose al legislador ordinario para, casuísticamente, *ad libitum* y en el sentido indicado, vulnerar, suprimir o desconocer garantías individuales al gobernado, al permitírsele establecer qué cosa sea delito grave, pues, en un Estado de Derecho como el nuestro que se rige por principios constitucionales como los que se plasman en los artículos 1º y 29 de la Carta Magna, se debe respetar la regla de que sea en ésta donde se den las bases para considerar qué es el **delito grave**, así como sus consecuencias de menoscabar los Derechos Humanos del gobernado.

Nuestro Máximo Tribunal Judicial en el país sustenta en las siguientes tesis jurisprudenciales:

CONDENA CONDICIONAL (LEGISLACIÓN DE DURANGO). No es procedente la concesión del beneficio de la condena condicional si el monto de la pena de prisión fijada al acusado excede de dos años. Aun cuando aplicándose un decreto de la Legislación local donde se concedió la gracia de la reducción de la condena a ciertos sentenciados, en la misma sentencia condenatoria se haya dicho de la privación de libertad quedaría rebajada a un monto que no pasa de dos años, en virtud de que el artículo 81 del Código Penal del estado se ha entender aludiendo a la cuantía de la pena privativa de libertad que el juzgador fije en ejercicio de su función soberana como órgano jurisdiccional.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. I, p. 61. A. D. 4495/56, José Carrasco Soto. Unanimidad de 4 votos.

CONDENA CONDICIONAL, INDIVIDUALIZACIÓN INDEBIDA DE LA PENA QUE IMPIDE GOZAR DE LA. Es criterio de esta Sala que si al sentenciado lo favorecen todas las circunstancias personales y en su caso las objetivas de comisión de hecho a que se refieren los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, se debe procurar que las penas que se impongan, si la ley lo admite, den oportunidad al sentenciado de no ingresar a la prisión, compurgándolos, mediante otros sistemas de control administrativo; así, si la pena mínima consignada en la ley para el delito materia de la condena es de dos años, debe considerarse que se violan las garantías individuales del inculpado, pues siéndole favorable a éste las circunstancias indicadas, que son reguladoras del arbitrio judicial, el que la pena se le imponga no haya sido debidamente individualizada, le impide gozar del beneficio de la condena condicional.

Séptima Época, Segunda Parte: Vols. 157-162. p. 31. A. D. 6299/81, Guillermo González Huerta. Unanimidad de 4 votos.

"FALSIFICACIÓN DE BILLETES DE BANCO, DELITO DE. INTERPRETACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 234 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. El artículo 234 de la ley sustantiva penal federal, en vigor, señala: "La pena señalada en el primer párrafo de este artículo, también se impondrá al que a sabiendas hiciere uso de moneda falsificada." Lo anterior pone de manifiesto, en una correcta hermenéutica, que el legislador al emplear el concepto hacer uso a sabiendas, implícitamente incluyó lo que con anterioridad se denominaba hacer circular esa moneda en la República, pues el hecho de que una persona pase a otra dólares falsos, propiamente los está usando y al traspasarlos, lógicamente, los pone en circulación."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

OPINIÓN PARTICULAR

Para proponer lo anterior no pasa desapercibido que la autoridad

jurisdiccional impone la sanción por tener legitimidad para ello pero se debe reconciliar al infractor de la ley con el ofendido y principalmente con su persona misma, tendente para que no reincida y se contamine en reclusión con reos de alta peligrosidad, de ahí que para evitar la reincidencia o contaminación en las cárceles es justo se disminuya el mínimo de la pena contenida en el Código Penal Federal, al menos a cuatro años al que haga uso de monedas falsificadas a sabiendas.

Pues en los últimos años, las leyes penales y de medidas de seguridad aplicables en la República Mexicana, han sido transformadas para adecuarlas a las necesidades de una sociedad cada vez más evolucionada y cambiante.

Este fenómeno de cambio en México se presenta grave a través de dos vertientes sociales claramente ostensibles y opuestas. Una de ellas está integrada por la sobrepoblación, la pobreza, el desempleo, la riqueza, mala vida, la inseguridad, el abuso e incompetencia de las autoridades, etc.

En la otra vertiente, se encuentran los jóvenes, los que deben ser moldeados en bien de valores humanos, los que necesitan orientación, la ciencia para la solución de la problemática climática, ambiental, etc.

En este contexto, es útil un soporte legal que ayude a la mejor convivencia social dentro del régimen de derecho que nos rige, es menester un sistema de normas jurídicas adecuadas para combatir el crimen que impera en la primera vertiente y que fortalezca el desarrollo de la segunda.

De ahí que la reforma del artículo 234 en su último párrafo del Código Punitivo Federal se provoca en el deseo de que se reubique la política criminal de México valorando debidamente la utilidad de la pena corporal.

Lo anterior no se trata de abrir la puerta a indebidas impunidades, sino de que el juzgador, conociendo el delito por el que ha sentenciado, pueda imponer la pena propuesta y por ende conceder los referidos beneficios de trabajo a favor de la comunidad o semilibertad o suspensión de la condena condicional.

Reiterando que es totalmente incongruente que alguien se encuentre privado de su libertad a disposición del ministerio público o juez por la comisión del ilícito de que se hace referencia y que con sacrificio reúna la suma de dinero fijada como garantía para disfrutar de su libertad provisional bajo caución, pero desgraciadamente la libertad de que gozaba se termina al momento de que se dicte sentencia condenatoria y se agoten los recursos legales, sencillamente por motivo de que irremediamente se le impuso cinco años de prisión y consecuentemente es imposible se le conceda gracia alguna, pues para ello la sanción corporal no debe rebasar cuatro años.

BIBLIOGRAFÍA

- *Diccionario de Derecho*, Rafael de Pina, Ed. Porrúa, Décima Edición, México 1981, Páginas 374-375.
- *Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal*, Editorial ISTA.
- *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, don Joaquín Escriche, Ed. París, Nueva Edición, Páginas 1313, 1314 y 1400-1402
- *Agenda Penal Federal*, Ediciones Fiscales ISEF, Décima Quinta Edición, México.
- *Código Federal de Procedimientos Penales comentado*, Manuel Antonio Díaz de León, Ed. Porrúa, Sexta Edición, México 2001.

Comentarios a las reformas constitucionales en materia penal

*Enrique Lescrenier Landa**

LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Uno de los aspectos reformativos que me llama la atención, es el establecido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual prevé mecanismos alternativos de solución de controversias, particularmente en la materia penal, en la cual se asegura la reparación del daño.

Esta reforma nos lleva a pensar en la existencia de un nuevo código procesal penal, en el que se reglamente el establecimiento de mecanismos que permitan la imposición de una pena o sanción sin la realización del clásico juicio penal.

Estas nuevas fórmulas alternativas al juicio penal nos conducen obligatoriamente a pensar que el juicio oral ya no es la única manera de atribuir una pena al autor de una violación a la ley penal, y que los operadores del sistema penal, especialmente defensores y fiscales deben de ir pensando en alejarse de la idea, de que ante una violación a la ley penal necesariamente tiene que organizarse un juicio oral, público y contradictorio. La justicia negociada es una realidad y la misma responde a la necesidad de racionalizar y potencializar grandes esfuerzos a aquellos casos complejos y de gran dañosidad social.

* Jefe de Departamento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Los mecanismos alternativos de solución, son medios que el derecho procesal penal moderno nos pone a nuestro alcance para agilizar y eficientizar la administración de justicia penal, buscándose con ello también el descongestionamiento de los tribunales.

Para muchos los mecanismos alternativos de solución son bien admitidos, para otros representa una institución que vulnera garantías constitucionales; sin embargo, casi todas las reformas que se le están haciendo a los sistemas de justicia penales de América han incorporado esta institución, con la cual se presentan posiciones encontradas.

Cuando se habla de solución alterna de conflictos, se hace referencia sobre todo a la posibilidad de que el poder juzgador no intervenga en una serie de aspectos referentes a los conflictos entre particulares en los que habitualmente sí interviene.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para su mayor comprensión pueden definirse todos en sentido amplio como en sentido restringido.

En sentido amplio, los mecanismos alternativos de solución de conflictos son aquellas atribuciones, alternativas al sistema judicial oficial, que permiten la solución privada de los conflictos.

En sentido restringido, son aquellos procedimientos que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas (o con el nombramiento de agentes negociadores, como es el caso de la negociación) o mediante la intervención de un tercero imparcial (como son los casos de la mediación, la conciliación y la negociación).

Ahora bien, atendiendo a su contenido de la presente iniciativa y para ilustrar los procedimientos que en ella se contienen, señalaremos que por mediación se puede entender, el procedimiento voluntario en el cual un (tercero) profesional imparcial y sin la facultad para sustituir las decisiones de las partes involucradas en una controversia (denominado mediador), las asiste con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de un acuerdo en común.

Por conciliación se puede definir, como el proceso voluntario

mediante el cual un tercero (neutral e imparcial) colabora con las partes en conflicto para que ellas mismas acuerden una solución consensual o les puede proponer soluciones, las cuales pueden ser aceptadas o rechazadas por las personas en controversia. La función del conciliador es asistir a las partes, guiándolos para clarificar y delimitar los puntos conflictivos.

En este contexto, es importante destacar que son principios rectores de los mecanismos alternativos: la voluntariedad, la confidencialidad, la buena fe, la veracidad, la neutralidad, la imparcialidad, la equidad, la legalidad, la honestidad; y la flexibilidad.

Podemos afirmar entonces que estos mecanismos pretenden buscar una justificación racional a los límites de la potestad de administración de justicia del Estado y enfrentar los conflictos con la solución negociada o mediada entre los particulares.

Para ello, se puede hablar de una solución negociada de algunos conflictos que tradicionalmente han sido confiados exclusivamente a los tribunales, lo que implicaría se implementaran centros de justicia alternativa dependientes del Poder Judicial.

Pudiendo someter a los centros de justicia alternativa, la mayoría de las diferencias que se susciten entre personas interesadas en relación con determinado hecho, derecho, contrato, obligación, acción o pretensión, siempre que se trate de asuntos que puedan ser objeto de transacción, o de conductas tipificadas como delito, respecto de las cuales proceda el perdón o la manifestación de desinterés jurídico por la víctima en cuanto a la prosecución del procedimiento, y que no se afecten la moral, los derechos de terceros, ni se contravengan disposiciones de orden público.

Por otra parte, en materia de justicia para adolescentes, se busca promover y aplicar los mecanismos alternativos con el fin de lograr la justicia restaurativa, mediante la participación de la víctima u ofendido y el imputado, para buscar la solución a las controversias derivadas del hecho calificado como delito.

Finalmente, se puede afirmar que los mecanismos alternativos para la solución de conflictos que se proponen, son necesarios y

primordiales y debieran ser instrumentados antes de iniciar un proceso, pues con ellos, el particular pudiera encontrar vías alternas de solución más rápidas y económicas antes de excitar a los órganos de procuración e impartición de justicia, pues la experiencia ha demostrado que los costos y el tiempo de resolución de los mecanismos propuestos son más reducidos y accesibles.

No obstante, se deben reglamentar sin lugar a dudas los delitos por los cuales procede se promuevan estos mecanismos, atendiendo a su gravedad y no caer en el error de que en aras de las ventajas que proporcionan, se abuse de los mismos y se incluyan en el catálogo de los delitos respecto de los que procede promoverlos, a los graves.

Como un punto de vista personal, pienso que los acuerdos que se llegaran a tomar en los centro de justicia alternativa, dependientes de los poderes judiciales de los Estados, así como el Federal, los cuales se prevén no tienen fuerza vinculatoria, necesariamente tuvieran que estar sancionadas por un Juzgador, a fin de que se elevaran a categoría de sentencia y de no cumplirse por el sentenciado, se pudieran ejecutar en contra de su voluntad por medio de la fuerza del Estado.

Otra de las reformas que considero tendría un mejor efecto en la sociedad, y que le daría otro sentido al contenido del artículo 21 de la Constitución Política, sería contemplar la desaparición de la figura del Ministerio Público y el permitir que la ciudadanía pudiera denunciar los delitos directamente ante las autoridades judiciales, las cuales procederían a investigar, teniendo bajo su mando las policías.

Esto es así, tomando como base la autoridad moral que detenta el Poder Judicial para resolver los conflictos, sin perjuicio de las críticas que pudieran haber en contra.

Es bien sabido que la Institución del Ministerio Público, hoy en día se encuentra corrompida, a pesar de las buenas intenciones que se tengan para sanearla, el poder que detenta al tener el monopolio de la acción penal, le permite decidir en muchos de los casos, a conveniencia propia de los agentes, cuándo ejercitarla y cuándo no.

Desde la instauración del Ministerio Público en nuestro siste-

ma jurídico, ha sido preocupación constante la de restringir sus facultades, principalmente la del llamado "monopolio del ejercicio de la acción penal", lo que significa que aquél es el único órgano legitimado para ejercer la acción penal, teniendo plena disposición sobre ella debido a que puede, si así le parece, no ejercitarla, o una vez ejercitada, desistirse de ella o presentar conclusiones inacusatorias que, una vez confirmadas por el Procurador respectivo, obligan al juzgador a dictar el sobreseimiento del proceso, lo que equivale a una sentencia absolutoria con calidad de cosa juzgada y contra la cual no procede recurso alguno, de acuerdo con una errónea interpretación del artículo 21.

El monopolio de la acción penal no sólo ha sido un factor, entre otros, que ha acentuado la desconfianza social en torno a la administración de justicia, sino que también nos hace pensar que una postura jurídica de esa naturaleza es, desde cualquier punto de vista, contraria al espíritu de un país.

Conviene apuntar que cualquier propuesta de reforma que se haga en torno al Ministerio Público, se inserta en un debate más amplio que tiene que ver con las exigencias que muchas veces se le plantean al proceso penal, que se ha ido constituyendo como una vía alternativa a la obligación del Estado, de lograr un mínimo de cohesión social y de seguridad pública. De ser un instrumento de defensa para evitar la violencia del delincuente sobre la víctima y de la familia de la víctima sobre el delincuente a través de la venganza privada, el proceso penal ha pasado a ser un instrumento de control social, que en no pocas ocasiones ha sido reformado en función de resultados o expectativas electorales, sin abordar de fondo los verdaderos problemas que lo aquejan.

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

Otra de las reformas que reviste importancia es la contemplada en el artículo 20 apartado "A" fracción II de la Constitución Federal, el cual establece que: "Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, *sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y valo-*

ración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica, sistema de interpretación que ya no permitirá se le otorgue determinado valor previsto en la ley, como actualmente se encuentra vigente.

Esta reforma si bien se puede considerar como afortunada para darle celeridad a la administración de justicia y con su implementación ya no permitir el que se preparen las pruebas a conveniencia, no deja de inquietar su principal desventaja que es la incertidumbre o inseguridad jurídica, al dejar de estar tazado el valor de las pruebas como actualmente lo prevé el Código Federal de Procedimientos Penales.

Considero que sería un acierto, el que se siguiera contemplando en las reformas el sistema mixto de valoración (legal y libre) cuya principal ventaja que crea es la seguridad jurídica, suple la eventual inexperiencia del juzgador y facilita el desarrollo del proceso ya que las partes buscan las pruebas eficaces al estar expresadas en la ley y su valoración, así como no supone una arbitrariedad por parte del juzgador, ya que el juez siempre se encuentra sometido a reglas valorativas.

Para poder entender este concepto, brevemente abordaremos el tema como a continuación se señala:

1. SENTIDO DE INTERPRETACIÓN

Tomaremos como significado de INTERPRETAR, el siguiente: "tr. Explicar el sentido de una cosa"¹. Considero que esta acepción de la palabra es la que más se apega al contenido del presente trabajo.

Así tenemos que por interpretación entendemos la acción o efecto de explicar el sentido de una cosa.

La ley ha sido interpretada por el hombre en todo momento, desde la aparición de las primeras normas que rigieron su conducta; la Ley penal también es interpretable como cualquier otra y nadie niega su licitud, las tesis que prohibían tal interpretación han quedado superadas.

¹ *Océano uno color*, Diccionario enciclopédico, Edición 1988, Grupo Editorial Océano, España, 1988, pág. 874.

Coincidimos con José Luis Moto quien afirma: "En términos generales, podemos afirmar que la ley siempre necesita ser interpretada, ya que es indispensable arrancar al lenguaje que se usó para redactarla, su verdadero sentido."²

La interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo a los artículos 192 y 193 de la Ley Reglamentaria de los artículos 105 y 107 constitucionales, es obligatoria por ser criterios de interpretación establecidos por los órganos constitucionales supremos (pleno, salas, y Tribunales Colegiados de Circuito).

En los Estados absolutos, la voluntad de la norma era la voluntad del rey. En los Estados de Derecho la voluntad de la norma es, esencialmente, objetiva. Es decir, se parte de la idea de que la voluntad subjetiva del legislativo, creado por la Constitución, se objetiviza en la norma.

El maestro Fernando Arilla Bas sostiene que: "Interpretar la ley es, en consecuencia, descubrir no la voluntad del legislador, como a veces suele decirse, sino la voluntad propia de la ley."³

2. UNIDAD DE LA INTERPRETACIÓN

La interpretación se ha dividido tomando en consideración al sujeto que la realiza, los medios que emplea y el resultado obtenido. Pero dicha interpretación es única por ser una operación lógica que se emplea para desentrañar la voluntad de la ley. El hecho de que se realice por diferentes sujetos, empleando diversos medios y llegando a distintos resultados no rompe la unidad de la operación.

3. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN

La doctrina ha sostenido que la interpretación de la ley se realiza a través de tres criterios, el primero, tomando en cuenta su origen; el segundo, de acuerdo a su método y, el tercero, por cuanto a los resultados.

² MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, 32ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 50.

³ ARILLA BAS, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 172.

POR SU ORIGEN

Tomando en cuenta este criterio de clasificación, podemos dividir la interpretación de la ley, en tres rubros: privada, auténtica (contextual o posterior) y judicial.

PARTICULAR

También se conoce como interpretación privada por estar en posibilidad de realizarla cualquier persona. Será doctrinal cuando procede de estudiosos del derecho cuyos razonamientos poseen capacidad de convencimiento y que ha quedado expresado a través de tratados, artículos de revistas, libros, cátedra, etc.

Para algunos autores (Fernando Castellanos) esta interpretación "...es de gran utilidad, frecuentemente sirve de guía a los juzgadores para normar su criterio..."⁴. Para otros (Fernando Arilla) "en aspecto puramente científico, contribuye plausiblemente a prevenir el divorcio entre la teoría y la práctica"⁵ mientras que en el ámbito jurisdiccional sostiene que la cita de preceptos doctrinarios sólo tienen como finalidad la de ilustrar el criterio al que previamente ha llegado el Juez.

AUTÉNTICA

También se le conoce como legislativa por ser precisamente la que realiza el legislador para precisar o aclarar la significación de la norma jurídica.

En ocasiones, se formulan normas aclaratorias de otras en el mismo cuerpo legal o bien en una ley diferente alusiva a la que se pretende interpretar; así dependiendo de en cual de estos dos momentos nos encontremos, la interpretación puede ser Contextual si se efectúa en el mismo texto legal o Posterior si se lleva a cabo en otro ordenamiento legal.

Para Fernando Arilla "...la interpretación auténtica, ya sea contextual o posterior, es más bien una norma."⁶

⁴ CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 46ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 85.

⁵ ARILLA BAS, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 172.

⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, Graciela, *Derecho Penal*, 3ª Edición, Editorial Oxford, México, 2005, pág. 27.

JUDICIAL

Se le conoce también como jurisdiccional o forense.

Es la que llevan a efecto los juzgadores con el fin de individualizar la norma con justicia.

Para lograrla, toman en cuenta la interpretación legislativa, sí existe, y la doctrinal, si la hay, así como su propio criterio, resultando una interpretación ecléctica y por ello, *sui generis*.

POR LOS MEDIOS O MÉTODOS EMPLEADOS PARA LA INTERPRETACIÓN

De acuerdo a este criterio, la interpretación puede ser Histórica, Gramatical, Lógica, Sistemática o Analógica.

HISTÓRICA

Aquí la norma debe ser considerada en relación con el momento en que se creó, tomando en cuenta las circunstancias políticas, sociales y económicas de la época.

Graciela Amuchategui ejemplifica este criterio al comentar que: "si se quiere interpretar el artículo 308, segundo párrafo, del CPE, que señala el duelo como circunstancia atenuante en los delitos de lesiones y homicidio, se deberá partir de la época en que se creó dicha norma y las características de la sociedad en ese periodo."⁷

GRAMATICAL

También llamada filológica⁸ o literal. Esta interpretación puede integrarse en términos vulgares, jurídicos y técnicos.

INTERPRETACIÓN EN TÉRMINOS VULGARES

La interpretación se lleva a cabo según el sentido gramatical del idioma, con el cuidado de que la ley no dé un sentido distinto, por medio de las palabras empleadas, precisando su connotación y significación dentro de la gramática.

⁷ FILOLÓGICA, Filología. F. Estudio científico de la lengua y literatura de un pueblo a través de la crítica de los textos escritos. *Océano uno color, Diccionario enciclopédico*, Edición 1988, Grupo Editorial Océano, España, 1988, pág. 1998.

⁸ ARILLA BAS, Fernando, *Derecho Penal*, Parte General, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 173.

En su obra de Derecho Penal, Graciela Amuchategui menciona al respecto lo siguiente al comentar el artículo 318 del CPF, en el cual se señala a la asechanza como una agravante en los delitos de lesiones y homicidio y afirma que: "Una correcta interpretación gramatical llevará a entender por qué el legislador empleó el término *asechanza* y no *acechanza* (el primero significa usar artificios o engaños para causar perjuicio a alguien, mientras que *acechar* significa vigilar u observar cautelosamente)".⁹

INTERPRETACIÓN EN TÉRMINOS JURÍDICOS

Aquí las normas se interpretan de acuerdo con la rama del derecho del que procedan.

INTERPRETACIÓN EN TÉRMINOS TÉCNICOS

Las normas se interpretan según la ciencia a la que pertenezcan.

LÓGICA

También es llamada interpretación Teleológica¹⁰ o racional, su objeto es desentrañar el verdadero sentido de la norma mismo que se infiere inductivamente tanto de su forma como de su contenido, mediante el análisis del texto legal, el estudio de la exposición de motivos y las actas de los trabajos preparatorios.

Este tipo de interpretación procura descubrir la atmósfera en donde nació la ley a la vida jurídica. Para hacer ese descubrimiento se recomienda un método histórico debiendo tener presentes los factores sociológicos, éticos, políticos e históricos, en consonancia con el derecho comparado.

ELEMENTOS FORMALES DE LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Como elementos formales de este tipo de interpretación tenemos: histórico, sistemático y analógico.

El histórico está constituido por el proceso legislativo, es decir,

⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, Graciela, *Derecho Penal*, 3ª Edición, Editorial Oxford, México, 2005, pág. 27.

¹⁰ TELEOLOGÍA, F Doctrina de las causas finales. *Pequeño Larousse en color*, Diccionario enciclopédico, Edición 1976, Ediciones Larousse, París, pág. 867

toma en cuenta las etapas del proceso de creación de la norma a interpretar.

El elemento sistemático deriva de la circunstancia de que las normas jurídicas no viven aisladas unas de otras, sino que vinculadas en sí forman un todo, cabe aquí el comentario del maestro Fernando Castellanos quien al respecto dice: "el derecho es uno solo y en él hay armonía perfecta".¹¹ Pudiendo correrse el riesgo de que al considerar al derecho como un todo nuestra interpretación quede aislada y por ello no sea correcta.

El elemento analógico consiste en interpretar la norma recurriendo a normas o casos similares entre sí.

ELEMENTOS MATERIALES DE LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Como elementos materiales de la interpretación teleológica tenemos al axiológico y el sociológico.

Estos elementos permiten aceptar, respectivamente, el valor y la norma de cultura, tutelados por la ley. Esto, debiendo tomar en cuenta que, como lo afirma el maestro Fernando Arilla, al citar el carácter finalista del Derecho Penal: "no hay norma que no esté destinada a la tutela de un valor y que no tenga por fin la tutela de un bien jurídico."¹²

Ejemplo de esto sería el término cópula empleado en los artículos 262 y 2654 del CPDF al describir los tipos de estupro y violación.

CÓPULA	{	ESTUPRO.- BIEN JURÍDICO = LIBERTAD SEXUAL
		VIOLACIÓN.- BIEN JURÍDICO = HONESTIDAD

5. Clasificación de la interpretación por sus resultados

¹¹ CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 46ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 85.

¹² ARILLA BAS, Fernando, *Derecho Penal*, Parte General, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 174.

De acuerdo a los resultados a los que se llega, la interpretación puede ser: a) Declarativa, b) Extensiva, c) Restrictiva o d) Progresiva.

INTERPRETACIÓN DECLARATIVA

En este rubro la ley dice lo mismo que expresan las palabras empeladas. Existe identidad entre el texto literal y la voluntad del legislador.

INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

Las palabras empleadas en el precepto expresan menos que la voluntad de la ley. La letra es más restringida que la voluntad legal. (minus dixit quam voluit).¹³

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

En esta clasificación nos referimos a las normas que emplean palabras que dicen más que lo pretendido por el legislador (potius dixit quam voluit).¹⁴ Es decir, la letra va más allá de la voluntad legal.

INTERPRETACIÓN PROGRESIVA

También llamada evolutiva. Consiste en adaptar el texto de la ley a las necesidades imperantes. Atiende a los elementos cambiantes de cultura, costumbres y del medio social comprendidos en la ley o supuestos por ella y evolucionando de acuerdo con esos factores.

INTERPRETACIÓN ANALÓGICA Y APLICACIÓN ANALÓGICA. DIFERENCIAS

Existe un error al considerar que la ley penal no se interpreta, confundiendo los términos: Interpretación analógica y aplicación analógica.

La interpretación analógica estriba en aclarar la voluntad de la norma, entenderla, precisar su contenido, desentrañar su sentido.

¹³ CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 46ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 87.

¹⁴ CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 46ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 88.

Mientras que, por otro lado, la aplicación analógica, consiste en imponer una sanción por un delito no previsto en la ley, simplemente por semejanza con otro delito, lo que equivale a crear delitos no establecidos en la norma.

Con respecto a la aplicación analógica de la ley penal, podemos decir que esta práctica está prohibida constitucionalmente y que de acuerdo al maestro Sergio García Ramírez: "De la norma constitucional se sigue el carácter estrictamente legal del delito, la llamada "continuidad" del derecho penal y la proscripción de la integración judicial, particularmente al través del método analógico, enlazado con el derecho penal totalitario."¹⁵

IGNORANCIA DE LA LEY

En principio se sabe que la ignorancia de ley no excusa su cumplimiento, pero el mismo ordenamiento faculta al juzgador para tomar en cuenta, al momento de individualizar la pena, entre otras, la educación, ilustración, usos y costumbres, la magnitud del daño causado, el peligro a que hubiere sido expuesto y otras circunstancias más para la correcta aplicación de la pena, la cual se impone a su criterio teniendo un margen variable entre un mínimo y un máximo, a fin de que la sanción se aplique de una manera más justa y explicativa.

INTEGRACIÓN DE LA LEY PENAL

LAGUNAS DE LA LEY

Todas las normas jurídicas tienen una *ratio legis*, es decir, se inspiran en una causa, motivo o razón. Ahora bien, cuando algunas situaciones no están debidamente subsumidas en la ley, surge un conflicto, constituyéndose en lo que se conoce como laguna de la ley.

NECESIDAD DE INTEGRAR LA LEY

Cuando un asunto es sometido a la decisión jurisdiccional, y en la

¹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Derecho en México, Una Visión de Conjunto*, Tomo I, Derecho Penal, 1ª Edición, UNAM, México, 1991, pág. 336.

norma a aplicar existen lagunas, el juez, obligado legalmente a resolver el conflicto, lo hace a través del uso de las facultades de integración o función integradora, delegada tácitamente por el legislativo. De esta forma el Juez participa más de la legislación que de la jurisdicción.

La integración de la ley penal es el punto medio entre la aplicación exacta y la arbitrariedad judicial.

Esta función integradora limita el actuar del juez al someterlo a la *ratio legis* de la norma a integrar.

MEDIOS INTEGRADORES DE LA LEY

Son, en términos generales, los siguientes: los Principios Generales del Derecho, la Equidad, la Analogía y la Mayoría de Razón.

El Artículo 14 de la Constitución Federal y con relación a la integración de las normas civiles, autoriza la aplicación de los Principios Generales del Derecho; pero, con respecto a las normas penales, prohíbe expresamente la analogía y la mayoría de razón.

La opinión dominante, apoyándose en la vigencia del apotegma *nullum crimen sine lege*, sostiene la prohibición de integrar la ley penal.

Arilla Bas sostiene: "El artículo 14 de la Constitución Federal, veda el uso de los procedimientos integrativos que menciona, analogía y mayoría de razón, para imponer penas, es decir, para incriminar un hecho, de donde se infiere *a contrario sensu* que el juez puede usarlos lícitamente para excluir la incriminación. El texto constitucional prohíbe la *integración in malam partem*, pero no la *in bonam partem*."¹⁶

INTEGRACIÓN POR ANALOGÍA

La analogía es un razonamiento problemático transductivo, consistente en atribuir a casos no previstos en la ley las mismas consecuencias jurídicas que los previstos, por ser semejantes y concurrir en ambos la misma *ratio legis*; creándose así una nueva norma.

¹⁶ ARILLA BAS, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 174.

La analogía se ha dividido en analogía legis y analogía iuris. A la primera se le conoce como de primer grado, nace de la semejanza entre el caso previsto en la norma y el no previsto en ésta; y, a la segunda nace de la semejanza entre el caso no previsto en ninguna norma y el previsto en una regla, inferida por inducción o deducción, de la *ratio legis* y del sistema jurídico total.

ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

La interpretación analógica viene a ser en realidad, una forma de interpretación sistemática.

INTEGRACIÓN POR MAYORÍA DE RAZÓN

Viene a ser una especie de analogía iuris, consistente en aplicar a casos no previstos en una norma y semejantes a los previstos, las mismas consecuencias que a los previstos, por representar los no previstos mayor *ratio legis*.

DIFERENCIA ENTRE ANALOGÍA Y MAYORÍA DE RAZÓN

ANALOGÍA	MAYORÍA DE RAZÓN
Un caso previsto y otro no previsto	Un caso previsto y otro no previsto
Semejanza	Desemejanza
Ratio Legis igual de intensa en ambos casos	Ratio Legis más intensa en el caso no previsto que en el previsto

BIBLIOGRAFÍA

AMUCHATEGUI REQUENA, Graciela, *Derecho Penal*, 3ª Edición, Editorial Oxford, México, 2005.

ARILLA BAS, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 46ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Derecho en México, Una Visión de Conjunto*, Tomo I, Derecho Penal, 1ª Edición, UNAM, México, 1991.

MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, 32ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.

PEQUEÑO LAROUSSE en color, *Diccionario enciclopédico*, Edición 1976, Ediciones Larousse, Paris.

OCÉANO UNO COLOR, *Diccionario enciclopédico*, Edición 1988, Grupo Editorial Océano, España, 1988.



Elementos de la eficacia del Derecho Indígena

*Lady Yery Merino Trejo**

En las últimas décadas se ha definido a los usos y costumbres de los pueblos indígenas como sistemas jurídicos; existen dos teorías que explican este fenómeno, la integracionista y la pluralista. En la primera se reconocen los usos y costumbres de los pueblos originarios, pero siempre que se encuentren dentro de las normas y principios básicos bajo los cuales se rige el Estado, para materializar esta tendencia es necesario que se realicen reformas legislativas a fin de integrar las costumbres a la jurisdicción del Estado, tal es el caso de la designación de traductor y peritajes antropológicos, es decir, se buscan instituciones jurídicas que sean conjugables con las prácticas de los pueblos originarios. La teoría pluralista refiere al reconocimiento de las prácticas o normas indígenas como sistemas jurídicos diferentes al del Estado, lo que significa la coexistencia de ellos dentro de un mismo territorio y sistematizados por normas de coordinación, que encuentran su fundamento en el pluralismo cultural. El conocimiento del sistema jurídico indígena, implica elementos como la cosmovisión y la cultura de los pueblos indígenas, mismos que dejan en evidencia la identidad del grupo, y además deben ajustarse al medio socio-cultural.

* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

El estudio de los sistemas jurídicos indígenas ha seguido dos corrientes: una de carácter práctico basado en su organización político-jurídico-religiosa y otro de carácter conceptual basado en la concepción del mundo. El primer criterio nos describe que la organización social y política es la misma que en la época de la Colonia, aún el control de las comunidades está depositado en el cacique que sin tener una autoridad de derecho la tiene de facto, además de ser regidos todavía por mayordomos, topiles, alguaciles, etcétera. El segundo criterio expresa que la cosmovisión de los pueblos originarios data de la época prehispánica, y que se relaciona con la coexistencia del hombre y la naturaleza, y que la fuerza de la naturaleza puede encauzarse de forma benéfica o destructiva.

El derecho indígena, es el derecho de los pueblos indígenas respecto del desenvolvimiento de la comunidad, el indígena como individuo tiene los mismos derechos individuales que los de las personas que no poseen la calidad de indígenas, es entonces un derecho que protege a un ente colectivo. Se define como el conjunto de sistemas normativos que se diferencian del sistema positivo de derecho, las características esenciales de éste son la consuetudinarietà, la producción ha sido no escrita, y su difusión es de manera oral. El carácter consuetudinario está inmerso en que es un conjunto de normas de corte tradicional, que no se encuentran ni escritos ni codificados y que son heterogéneos al derecho positivo vigente del país en donde se encuentran asentados los dichos pueblos. Son normas que surgen de la tradición de la colectividad que las considera obligatorias y que su trasgresión conlleva a una sanción o reproche social.

I. JUSTICIA SOCIAL

Los órganos de creación de derecho, la administración de justicia, y las autoridades competentes para la instrumentalización de las normas, deben tener en consideración que la justificación y legitimidad de las leyes e instituciones sociales se encuentran en la justicia, y que los derechos asegurados por ésta no se permiten negociaciones políticas ni de intereses sociales, salvo que se genere una injus-

ticia mayor. La institución es el sistema público de reglas que precisa cargos con derechos y deberes, inmunidades, poder, etcétera, éstas especifican conductas permisibles y prohibidas a las que se le aparecen sanciones y garantías. Las instituciones serán administradas correctamente en tanto se conduzcan de manera imparcial y congruente por los funcionarios, o en el caso concreto por los jueces, es decir, en casos semejantes son tratados de modo semejante, siendo las semejanzas y diferencias identificadas por las normas en vigor.

Es importante destacar que éstas deben actuar bajo el principio de eficiencia, esto es, una disposición es eficiente siempre que sea posible cambiarla de modo tal que beneficie a algunas personas sin que otras se perjudiquen, es decir, que un sistema de derechos y obligaciones es eficiente si es imposible cambiar las reglas y redefinir el esquema de derechos y deberes, de modo que se incrementen las posibilidades de cualquiera de los hombres representativos sin que al mismo tiempo se reduzcan las expectativas de algún otro. Por lo tanto las instituciones dentro de la estructura del poder deben promover intereses fundamentales y comunes, que los cargos o posiciones políticos sean abiertos y en igualdad de oportunidades.

Los jueces y legisladores tienen la imprescindible función, con base en sus facultades, de suscitar una mejora en la calidad de vida y desarrollo social de los gobernados, en relación a que el conglomerado de leyes y resoluciones se otorgan a fin de moderar la actuación de la sociedad, generando una atmósfera de armonía y proveyendo de medios idóneos para la satisfacción de los intereses personales y colectivos. Según el grado de eficacia con el que garantizan las condiciones necesarias para que todos promuevan igualmente sus fines, o el grado de eficiencia con que conducen los fines compartidos se beneficiarán todos.

La justicia imparcial hacia la sociedad se interpreta como una empresa cooperativa para beneficio mutuo, el sistema público debe definir el esquema de actividades que conduzca a actuar conjuntamente de modo que se produzcan mayores beneficios, para un sistema procesal es necesario establecer y administrar un sistema justo

de instituciones, una justa configuración de instituciones políticas y sociales. Así entonces los bienes sociales primarios consistentes en libertades, derechos, oportunidades, poderes, ingresos y riqueza, se conectan con estructuras básicas definidas por las reglas de las principales instituciones, y la distribución de los beneficios.

El escenario ideal para darse las condiciones de justicia son bajo la cooperación humana, desarrolladas bajo la tésitura natural del conflicto de intereses y la identidad de los mismos, concibiéndose dentro del principio de lo justo que se produce por la aplicación general y universal, y han de ser públicamente reconocidas dentro de un proceso equitativo. Las circunstancias sociales y naturales implican la existencia de un velo de ignorancia, es decir, que confluyen diversas alternativas que afectan sus propios casos particulares, así entonces las personas desconocen su situación y posición social.

Los derechos de los pueblos los identificamos con el reconocimiento de: la identidad colectiva, la autonomía, participación y decisión en la toma de soluciones que les afecten directamente como en el proyecto de desarrollo. Es entonces que a través de la aplicación de políticas de compensación en la asignación de recursos a favor de los pueblos con desventajas, justificadas por la justicia social, que se funda en el derecho de la participación en la explotación de recursos, derecho sobre sus territorios, patentes por conocimientos tradicionales, y el aprovechamiento que de ellos se genere; asimismo se arguye que las políticas del Estado deben supeditarse a satisfacer necesidades básicas, mismas que se determinan en función a los intereses propios de los directamente implicados, en base a tradiciones, creencias, normas, valores, expectativas y proyectos de vida tanto en lo individual como dentro de la comunidad.

Las capacidades de desarrollo, entendidas como el establecimiento de estrategias para lograr la satisfacción de las necesidades humanas, en el caso concreto de los pueblos indígenas, son propiciadas por la equidad en la distribución de los recursos y de los beneficios de crecimiento, lo que conlleva a determinar la teoría del etnodesarrollo a fin afrontar el problema de rezago, combatir el ra-

cismo y la inequidad en la estructura social y cultural de los pueblos originarios, que se encauza en administrar un proyecto de desarrollo y se justifica principalmente en la autonomía y autogestión del mismo.

Los pueblos indígenas cuentan con importantes recursos territoriales, naturales, culturales y sociales que si bien es cierto que estos derechos se encuentran cada vez más reconocidos dentro del cuerpo normativo estatal y organizados bajo el principio del desarrollo sustentable, sigue habiendo pobreza, discriminación y abusos en el mercado laboral, sin acceso a la mayoría de los servicios sociales y financieros y en detrimento de su entorno ambiental.

II. MULTICULTURALISMO Y PLURICULTURALIDAD

En nuestro país se inició un proceso de reformas constitucionales e implementaciones de políticas públicas con el fin de construir una sociedad multicultural y multiétnica, se incluyó un nuevo marco legal.

Con la inmersión del concepto pluriétnico al Estado Mexicano es más certero hacer referencia a que los miembros de la nación, están unidos no tanto por el origen, que es diverso, sino por las aspiraciones que abrigan hacia el futuro, la idea de una sociedad que admite la pluralidad étnica como un recurso, una fortaleza moral y no como un obstáculo para el desarrollo nacional.

El multiculturalismo como modelo estructural del Estado, contempla una serie de normas que orientan la convivencia entre los pueblos y la diversidad cultural, además establece derechos y obligaciones de éstos, el Estado y el resto de la nación, bajo el principio de la justicia social. Es necesario que se respete el derecho a la diferencia, es decir, al reconocimiento de ser miembro del pueblo, dirigirse como mejor convenga a la estructura social y política de su idiosincrasia y cosmogonía; sin que esto sea incompatible a la sociedad global, sino que sean complementarias.

El Estado como garante de la sociedad tiene la obligación de garantizar que las relaciones se den en armonía y tolerancia, promoviendo la conciencia de que el pueblo tiene una composición multicultural, además de propiciar un ambiente adecuado para el desa-

rollo económico y eficacia de su autonomía, estableciendo mecanismos y políticas que aporten eficiencia en la distribución de bienes y servicios a las comunidades, bajo el principio de justicia social; con ello se busca hacer mención a que la distribución de beneficios y de cargas para la sociedad deben ser susceptibles de satisfacer las necesidades básicas, y suficientes para construir un plan de vida, en concordancia a las metas y actividades del estilo de vida de la sociedad. En conclusión es necesario que se haga eficaz el derecho a la participación en las distintas esferas de la vida nacional, y derecho de consulta previa sobre las medidas y proyectos que vulneren su integridad étnica, territorios y recursos naturales; conjuntamente con la efectividad del desenvolvimiento futuro de sus grupos sociales, de su cultura y del mejoramiento de la calidad del nivel de vida conforme a sus sistemas culturales y sociales.

III. PLURALISMO JURÍDICO

Encuentra su objetivo en dilucidar la diversidad que se genera por las diferentes culturas, es decir, el desarrollo bajo condiciones geográficas y económicas disímiles y bajo la óptica de la organización de la vida comunitaria, en base a manifestaciones de la propia cosmogonía del ser, en virtud a lo anterior se piensa en la existencia de sistemas normativos de interacción dinámica, esto es, la convivencia entre el sistema hegemónico y los sistemas propios de los pueblos indígenas. Es entendido como la coexistencia de dos o más sistemas normativos que tengan eficacia y validez en un mismo territorio; desde el enfoque que parte del análisis y discernimiento de los fenómenos sociales y comportamientos, que generan el proceso de cambios normativos y contribuyen a que el derecho sea dinámico en obediencia a la actividad social, generando relaciones Estado, sociedad y pueblos indígenas, con base en el respeto, la coordinación y la solidaridad.

IV. ETNICIDAD

El alcance del reconocimiento de la identidad étnica y la cultura propia de los pueblos indígenas que confiere el Estado, obliga a éste

a establecer las normas jurídicas necesarias, traducidas en derechos concretos, que deben dar paso a un estado de derecho real en donde la igualdad jurídica reconozca también el principio de diferencia, para dejar de ser un sistema de administración de justicia inciuco. Y en consideración a que el Sistema Jurídico Mexicano parte de la regulación de normas preconcebidas para la resolución de conflictos, es relevante destacar que la aplicación de esta norma de forma puntual se considera como una afrenta a los grupos indígenas, con un sentido de valores de justicia distintos, lo que conlleva a una falta de asimilación del sistema normativo por no adecuarse a la identidad y conceptos tradicionales bajo los que se organiza una comunidad indígena.

La identidad étnica se construye bajo el fundamento de los derechos colectivos, es decir, del grupo étnico que es aquél que se identifica por la convicción de un origen común. No debe considerarse como un rubro que tiende a la desaparición por los procesos de modernización, al contrario, representa una posible respuesta para asegurar la integración y el desarrollo de la sociedad contemporánea; a través de la afirmación del derecho a la diferencia, la pertenencia y las políticas del reconocimiento.

La etnicidad se refiere a la cultura, a las prácticas y valores que diferencian a los distintos grupos, comprende dos características, la de distinción entre los colectivos y el sentido compartido de identificación y tradición. El concepto se forma de dos rubros: cultura y etnia; la cultura comprende los comportamientos de una comunidad en un espacio y tiempo determinado y la etnia nos define la identidad. Dicho término permite sintetizar y argumentar la toma de decisiones que determinarán y valorarán, según la situación o el contexto particular de la relación interétnica, el mejoramiento y desarrollo del nivel de vida.

Por lo tanto, se deben conjugar dentro de una nueva estructura jurídica el reconocimiento de prerrogativas colectivas, y estructuras de solución de conflictos que vinculen los métodos de codificación y el de adjudicación, este último relativo a la aplicación de caso por

caso de las costumbres, leyes y demás factores que inciden en formularse una decisión justa, sin que se llegue a una declaración general, para lograr no sólo la efectividad del estado de derecho sino más allá, concretar una justicia social en busca de corresponder a la satisfacción de las expectativas de la sociedad, misma que está inmersa en dinamismo social.

Así se convierte en un desafío para el Estado lograr que se apliquen políticas verdaderamente plurales con el respeto de derechos individuales y colectivos, lo que implica generar nuevas relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas. Por lo complejo del tema no únicamente se puede acudir a las ciencias sociales y al derecho para explicar las estructuras jurídicas que envuelven el entorno de los pueblos originarios; además, es esencial se acuda a argumentos de otras ciencias principalmente la antropología, de la que se deriva y define la importancia de la costumbre jurídica, además de estructuras ideológicas como el pluralismo jurídico, el multiculturalismo, la justicia social, entre otros, es así entonces que se constituye en una materia multidisciplinaria.

V. CONVENIO 169 DE LA OIT Y LOS DERECHOS ESPECÍFICOS INDÍGENAS

En este tenor los indígenas han tenido mayor relevancia y apoyo a diferencia del derecho nacional, en el ámbito internacional los derechos humanos y sociales de los pueblos étnicos han sido más complejos e inclusive con expedición más antigua. El primer documento en donde se hace referencia a este tópico es en el Tratado de Versalles de 1919, en donde se reconocen los derechos sociales de los pueblos, que si bien es cierto no alude directamente a los indígenas sí sienta las bases para el reconocimiento dentro del convenio que crea a la Organización Internacional del Trabajo. Asimismo en el derecho internacional con la celebración, en el año de 1948, de la Novena Conferencia Internacional Americana se aprobó "la Carta de Garantías Sociales", que establecía que los Estados adoptarán las medidas pertinentes para brindar al indio protección y asistencia,

salvaguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria; características análogas al Convenio 107 de las Poblaciones Indígenas y Tribales, mismo que fue adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957 con colaboración de Naciones Unidas, éste se considera como el primer instrumento jurídico internacional que resguarda los derechos de dichos pueblos.

El Convenio 169 de esta misma organización denominado "Para los Pueblos Tribales en Naciones Independientes", reconoce y plasma la personalidad jurídica de los pueblos indios, además de desarrollar una serie de garantías para su desarrollo y defensa. Los derechos que se consagran en dicho Convenio, de manera general podrían englobarse en los de identidad, de permanecer en el espacio que ocupan y el grupo compuesto por los derechos económicos, políticos, sociales y culturales.

Los destinatarios de la protección, desarrollo y promoción de los derechos indígenas son definidos por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como aquellos que descenden de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o colonización y que aún conservan todos sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, asimismo tiene la conciencia de su identidad definiéndola ellos mismos.

Dentro de dicho contexto, pueblo engloba a aquellos que pueden ejercer su derecho a la libre determinación, que ocupan un territorio común y que quienes lo componen están unidos por lazos étnicos. Así entonces encontramos elementos que confluyen como son: 1) Se trata de una entidad social con identidad y características propias. 2) Tienen una relación con un territorio definido aun cuando hayan sido desplazados de éste. 3) Comparten una historia, cultura, lengua común factores que las diferencian de otros pueblos y asimismo permiten que surjan instituciones sociales diferentes. Los indígenas reivindican para sus colectividades el título de pueblo porque implica a un sujeto de derechos culturales, políticos, sociales y económicos.

Los derechos específicos de conformidad al Convenio 169 de la OIT son los siguientes:

1. Propiedad y Tenencia de la tierra, la existencia cultural y material de los Pueblos Indígenas se vincula a los derechos territoriales, la importancia que la tierra reviste se explica en que la concepción de ésta como el espacio de aprovechamiento racional de sus recursos naturales, en base a sus valores, tradiciones, organización social, de poder y religiosa, en relación a la conservación de la armonía entre los pueblos, que implica un respeto a la tierra.

2. Derecho a la Protección de los Recursos Naturales, de acuerdo a la cosmogonía la tierra es considerada como algo inseparable de su propio destino, y las riquezas de este espacio se preservarán a través de la responsabilidad colectiva mediante el sistema de educación, esto es, la sabiduría que se transmite en la praxis diaria, y la transmisión de este conocimiento a elementos externos que impidan la sobreexplotación, asegurar la existencia duradera, inhibir la amenaza de la disminución e impacto de la biodiversidad.

3. Derecho a la Identidad de la Cultura Indígena, que se forma por el complejo sociocultural delineado, en el derecho internacional, por la tierra-territorio, las lenguas, la cultura integral, las instituciones culturales, sociales y jurídicas, el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas, la religión y la educación, constituye su vigencia bajo la demanda de los pueblos indígenas, forjándose cada uno de los anteriores como pilares étnicos.

4. Derecho a utilizar la propia lengua, conservar la lengua original se traduce en asumir la cultura distintiva, es el elemento que caracteriza a la etnia.

El derecho al reconocimiento de la lengua es de suma importancia en el ámbito jurídico, porque es a partir de ella que se da una concepción a la visión específica del mundo, se expresan los valores morales y estéticos, ignorar la lengua del otro genera injusticias o bien no se tiene el mismo sentido de justicia dentro de los juzgados, trascendiendo a la necesidad de instituir jueces bilingües o bien con un amplio conocimiento de su cultura y el sistema normativo. Además de considerarse sustancial para la construcción de los derechos humanos.

Las acciones que se desarrollaron por instituciones que no tienen carácter jurisdiccional son las siguientes: el Consejo de la Judicatura Federal, acordó en la elaboración de un padrón de posibles defensores públicos que puedan asesorar a quienes no entienden suficiente el idioma español; el Instituto Federal de Defensoría Pública desarrolla la labor de designar defensores que conozcan lenguas y cultura indígenas, a fin de nombrarlos como interinos, siempre que demuestren fehacientemente una constancia en donde se constate el conocimiento antes mencionado; la Procuraduría General de la República durante la averiguación previa y el proceso penal, así como en algunos procesos civiles, tratándose de cuestiones que ameriten la intervención de peritos traductores, cuenta con la Dirección General de Servicios Periciales que recurre al INAH cuando son lenguas indígenas.

El reconocimiento de la autonomía, el respeto a la vida, la igualdad de condiciones en el diálogo que conduzca al convenio, y la voluntad y ausencia de coacción para unirse en la búsqueda de los mismos fines son principios que se reconocen en el derecho y se traducen como el fundamento del derecho a la libre determinación. Puede decirse que es el símil del individuo, en relación a su libertad y capacidad de ejercicio, por lo tanto la autonomía es una forma de ejercer la libre determinación, de conducirse según sus expectativas y creencias para mejor proveer su futuro. La base de la autodeterminación se sostiene en cuatro principios: 1. Que sean reconocidos como pueblos. 2. Afirmación y respeto de sus territorios. 3. La posibilidad de recurrir a sus propios sistemas de norma para su organización y solución de conflictos. Y 4. A establecer su propio gobierno.

VI. JUSTICIA INDÍGENA

En la comunidad indígena, la aplicación de justicia encuentra su principal problema en que la Ley se aplica con patrones ajenos a la vida comunitaria, es decir, se juzga a sus integrantes por faltas que no son consideradas por ellos como delitos, y los castigos se aplican con penas que van desde multas hasta la reclusión en la cárcel, lo

que para la comunidad en ocasiones implica únicamente la reparación del daño. Así la costumbre que rige es que debe protegerse a la comunidad antes que los intereses del agresor, mismo quien debe ser llamado por la autoridad y darle un tratamiento especial, pero siempre buscando la conciliación sin agredirlo en su persona o intereses; sin embargo, si existe reincidencia se opta por acudir ante las instancias legales o ante organismos de derechos humanos.

Las formas de resolver las disputas en el caso de las comunidades indígenas nos permiten observar las diferentes modalidades de relación entre la ley y las costumbres, lo que revela que la relación jurídica no es homogénea y que se adecua a las diversas regiones, de conformidad a sus niveles legales. Es decir instancias jurídicas reconocidas por el Estado, que van desde los juzgados de paz de las comunidades, los juzgados municipales y las instancias propias del Distrito Judicial.

Ahora bien, de manera general al interior de las comunidades suelen intervenir mediadores, que son agentes de mediación que varían de acuerdo con los distintos reglamentos, leyes municipales y estatales en conjunto con las tradiciones y costumbres locales. Las instancias jurídicas locales son parte estructural de una organización comunitaria basada en cargos, generalmente la organización de la administración de justicia, similares en varias regiones en donde lo que cambia son las denominaciones sobre todo a nivel municipal, es por agentes principales de justicia que son los jueces de paz, tanto a nivel de las comunidades y juntas auxiliares, como en los municipios, los jueces de las comunidades son indígenas mientras los jueces municipales suelen ser mestizos, lo que implica que estos últimos operen de conformidad a la lógica del Estado y no un espacio esencialmente indígena.

De lo anterior se infiere la trascendencia de las instancias municipales como elementos clave en la dinámica jurídica de la justicia indígena, que aún careciendo de la calidad de indígena se ven obligados a recurrir a las normas de éstos y a negociar con base en ellas. La profesionalización de los cargos en el campo jurídico de las

instancias inferiores de la justicia, en el espacio de la justicia indígena, prevalecen los criterios de prestigio y la participación en cargos en la comunidad, en lo concerniente a las resoluciones generadas en dichas instancias hay una tendencia de formalizar los actos mediante actas, escritos y sellos como garantía de legitimidad de los acuerdos; en otros casos se han formado mediadores con formación y conocimiento de las leyes para intervenir en el proceso de defensa, como es el caso de gestores, defensores y abogados de ONG's de derechos humanos o instituciones estatales.

En los procedimientos para resolver controversias destacan la recurrencia de la negociación y conciliación dentro de los juzgados de paz, el primero implica compromiso y acuerdos mutuos entre las partes, reparación del daño y en algunas ocasiones un castigo; en la conciliación algunas veces involucra rituales y compromisos en relación a sus creencias y cultura del grupo, centrados en obtener el perdón y socavar el rencor pero no siempre implican acuerdos armoniosos. Lo que implica que una mayor autonomía en la gestión de los asuntos judiciales y una menor presencia del Estado, significa competencias más amplias en la resolución de conflictos y en el tipo de asuntos tratados.

Así entonces, se convierten en emisores legales la ley positiva, las tradiciones, la legalidad internacional y las lógicas culturales, que dentro del contexto jurídico las comunidades y organizaciones negocian o confrontan con el Estado, de tal manera que se incorporen los referentes normativos propios con mayor o menor fortaleza, hacia una construcción de legalidades distintas en relación a concepciones jurídicas que son redefinidas y legitimadas desde los propios marcos culturales.

VII. DERECHOS COLECTIVOS

El derecho de los pueblos indígenas es de naturaleza colectiva, misma que no puede incluirse en la dimensión de las garantías individuales, desvirtuando así la idea de considerar que bastaría que se aplicara la Constitución para que las demandas indígenas se cum-

plieran. Se busca el reconocimiento constitucional de una realidad social, de los pueblos que persisten y han practicado formas de organización social y política, tiene culturas diferentes; y ninguna de las garantías individuales permite la adaptación de estos derechos colectivos, de pueblo, como un sujeto jurídico.

Los derechos colectivos se legitiman a partir de la necesidad de articulación de los grupos para construir posibles alternativas de organización y reconocimiento para gestionar colectivamente, así surgen los derechos difusos en función a que la tradicional segmentación de prerrogativas en políticos, sociales y civiles, se consideró insuficiente y acogió una nueva visión encontrando su división en derechos de solidaridad y derechos de la identidad. Dentro de los grupos indígenas se parte de reivindicar el derecho a desarrollarse bajo el sentido de la comunidad.

Las características de los intereses colectivos son: a) transindividuales, que pertenecen a una colectividad y no a individuos; b) son indivisibles, son ejercidos por la colectividad y la resolución que se dicte tendrá efectos para todas las personas que la integren; c) el titular será un grupo de personas ligadas por circunstancias generadas por una relación jurídica base o previa, lo que hace que preexista una situación de pertenencia definida, y de aquí surge la diferencia entre los derechos difusos y colectivos, en tanto que en los primeros se basan en factores accidentales y contingentes más no en un vínculo jurídico.

Dentro de esta generación de derechos también surgen los derechos individuales homogéneos, que tienen por objeto resarcir en una sola acción colectiva los daños individuales, derivados de un origen común y teniendo coincidencia en la petición.

El interés que se protege implica que la afectación trasciende a un grupo de personas, lo que genera nuevas relaciones dentro del contexto de la globalización, factores culturales, sociales e impactos económicos y ecológicos. De manera general la mencionada generación de derechos coinciden en ciertas características como son: pertenecen al derecho social y rigen para agrupaciones o sectores

desorganizados; se encuentran dispersos en varias leyes y reglamentos; protegen intereses patrimoniales, valores culturales, estéticos, de salud, etc., o bienes como el agua y el aire que no están en el comercio.

La protección judicial de dichos derechos tiene que superar dos obstáculos: 1. la legitimación; y 2. que el juez asuma funciones de suplencia y no sólo de garantía.

El problema que surge para la justificación de los derechos colectivos se centra en definir a quién corresponde la legitimación para ejercer tales prerrogativas. En la legislación vigente, la definición del interés jurídico que se identifica con el derecho subjetivo, del cual se desprenden dos elementos el volitivo y la posibilidad de exigir el respeto frente a terceros, es una concepción clásica que se ve rebasada por la exigencia actual, por lo que surge un nuevo elemento denominado interés legítimo, que es definido en el sentido de que incorpora la facultad para exigir el respeto de que se cumpla con el ordenamiento jurídico, y si es el caso solicitar que se realice el pago de la reparación del daño propiciado.

La legitimación para la tutela de los intereses colectivos versa en la titularidad de un particular interés legítimo que el demandante invoca a fin de lograr su reconocimiento; paralelo a la defensa de éstos se encuentra reconocida la acción popular, incorporada por países como Colombia, Portugal y Brasil entre otros, difiere en que concede la legitimación a cualquier sujeto de derechos dentro de la comunidad social y no a una colectividad o grupo de personas determinadas. Así se ha legitimado para hacer el reclamo en nombre de los posibles afectados por un determinado acto, bajo las siguientes directrices: 1. La Legitimación al Ministerio Público, considerando que tiene la representación social y el interés público dentro del proceso, por lo que tendría la posibilidad de intentar la acción dentro de nuestro sistema, en el amparo, en representación de intereses colectivos; 2. Legitimación a asociaciones o personas en representación de los grupos portadores del interés difuso o colectivo, dentro del common law se acude a una figura equivalente al Ministerio Público, Attorney General, para que éste represente los inte-

reses en conflicto; sin embargo, si éste se niega ejerciendo su discrecionalidad existe la posibilidad de que a través de su propia opinión y consentimiento se representen por sí mismos; 3. Legitimación directa de personas o asociaciones del grupo, se conforma la figura de la litis consorcio en donde se supone que cada uno de los integrantes se encuentra legitimado para ejercer la acción, en base a que existe una relación y evento único que los une; 4. Legitimación al ombudsman, se le atribuye a los órganos protectores de derechos humanos la posibilidad de tutelar dichos derechos, o bien se reconoce a otras entidades públicas como es el caso de las Procuradurías.

En nuestro país se pretendió reformar la Ley de Amparo bajo los criterios generales de: ampliar el interés jurídico, actualizar el concepto de autoridad responsable, eliminar el principio de estricto derecho, mecanismos para hacer más accesible el juicio de amparo y sanciones para inhibir su abuso, simplificar los medios para exigir el cumplimiento de las sentencias, y eliminar el carácter de parte del Ministerio Público Federal, y darle la calidad de tercero perjudicado al ofendido en materia penal.

En el caso concreto, el interés para acudir al amparo, se abrigó en dicha propuesta el interés legítimo, con la posibilidad de ser oponible frente a actos originados de la administración pública, en tanto que tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso tendría que ser titular de un interés jurídico con la afectación de manera personal y directa.

De conformidad al marco ideológico anterior, se observa como una posibilidad viable de respuesta a las exigencias indígenas, el incluir acciones de defensa que se promuevan mediante una acción de tutela, con carácter colectivo, promovida mediante un proceso sumario y preferente, y que proceda en contra de acciones u omisiones de autoridad que vulneren o amenacen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Federal.

Asimismo, en contra de acciones de particulares dentro del es-

cenario de la desigualdad material, generada por el poder que detentan y privilegios de los que gozan algunos grupos sociales, mismas que amenazan o vulneran derechos fundamentales, con lo que la protección trasciende a las relaciones jurídicas privadas; limitadas éstas a actos realizados por personas particulares que presten un servicio público, aquellas que afecten directamente el interés de la comunidad quienes ejercitan la acción y dentro de un estado de subordinación e indefensión. La finalidad es que se resguarden de manera inmediata los intereses que no se contemplan dentro de las conjeturas ordinarias inmersas en la normatividad jurídica.

La protección acoge los derechos o intereses difusos pertenecientes a personas indeterminadas unidas por circunstancias de hecho, o pertenecientes a un grupo de personas ligadas por una relación jurídica común, o por intereses que derivan de un origen común.

Legitimando para promover la acción colectiva a las siguientes entidades: el miembro de la comunidad colectiva para la defensa de intereses de que sean titulares; el Ministerio Público; los gobiernos federal, estatal o municipal y el Distrito Federal; las Entidades de la Administración Pública diseñadas para la protección de los intereses de las comunidades indígenas; y las asociaciones legalmente constituidas para la protección de los intereses y derechos de las mismas. El carácter de aplicación de la sentencia será *erga omnes*, obligando o beneficiando a todos los ausentes del grupo.

BIBLIOGRAFÍA

Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *Pluralismo Jurídico y Pueblos Indígenas: XIII Jornadas Lascacianas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

_____. *Derecho Indígena, Panorama del Derecho Mexicano*, México, Mc GRAW-HILL, Serie Jurídica, 1997.

Durand Alcantara, Carlos. *Derecho Indígena*, México, Porrúa, 2002.

Ferrer McGregor, Eduardo. *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Editorial Porrúa, 2003.

_____. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2004.

Gómez, Magdalena. *Lectura Comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México, INI, 1994.

Olivé, León. *Interculturalismo y justicia social*, México, UNAM, (Colección la Pluralidad Cultural en México) 2004.

Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. "La cuestión étnico nacional y derechos humanos: el etnocidio", en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1996.

Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001.

Rawls, John. *Teoría de la Justicia* (traducido por María Dolores González), México, Fondo de Cultura Económica, segunda edición en español: 1995.

Sierra, María Teresa (editora). *Haciendo Justicia*, México, Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social, Miguel Ángel Porrúa, 2004.

La Notificación Personal Según la Ley Federal de Procedimiento Administrativo

*Ángel Fernando Mex Tepal**

El artículo 35 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo contempla la manera en que debe practicarse la notificación de los actos administrativos. En este aspecto destaca que la notificación de citatorios, emplazamientos, requerimientos, solicitud de informes, de documentos y de resoluciones administrativas definitivas, puede hacerse de manera personal, mediante oficio o por edicto, artículo que es específico y consecuentemente a dichas modalidades debe limitarse la notificación de los actos administrativos regulados por la Ley citada.

CONCEPTOS:

NOTIFICACIÓN.– Atendiendo a su etimología, según Gerardo Dehesa Dávila¹, la palabra notificación deriva de notus, conocido, patente, manifiesto; de nosco; adquirir conocimiento, y del verbo facio, -is, -ere, feci, factum; hacer o realizar; el sufijo -ción, indica acción o resultado. Acción y efecto de hacer saber una resolución de la autoridad con las formalidades preceptuadas para el caso.

* Asesor Jurídico Federal.

¹ Dehesa Dávila, Gerardo, *Etimología Jurídica*, 3ª Edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2004, p. 330.

ACTO ADMINISTRATIVO.— Según Alberto Pérez Dayán² acto administrativo es toda declaración de voluntad unilateral y concreta, dictada por un órgano de la administración pública, en ejercicio de su competencia administrativa, cuyos efectos jurídicos son directos e inmediatos.

En este orden de ideas para que la notificación de un acto administrativo sea válida deben observarse las formalidades establecidas por la ley que regula el acto, y, en el presente caso, las formalidades establecidas por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; pues aun cuando para la realización de un acto administrativo se hubieran observado todas las formalidades previstas por la ley, no podemos concebir que un acto administrativo sea exigible permaneciendo en el anonimato, por lo que invariablemente se requiere el acto de notificación, es decir, el acto por medio del cual se da a conocer al destinatario, quien resultará afectado por omitir lo ordenado o por no hacer valer sus derechos en el plazo concedido; así se expresa Jorge Olivera Toro³ al señalar que cuando el acto administrativo afecta intereses de los particulares debe ser comunicado, esto es, hacerlo saber a los mismos para que puedan estar en condiciones de cumplirlo, o bien, de impugnarlo, si fuere contrario a su legalidad. Lo anterior constituye la eficacia del acto administrativo que de acuerdo con Miguel Galindo Camacho⁴ el acto administrativo eficaz es aquel que se realiza jurídica y materialmente, y para que tenga tal característica, es necesaria la presencia de una serie de actos posteriores o subsecuentes, que por regla general se inician con la notificación del acto.

Así, tenemos que el artículo 9 de la Ley citada dispone de manera general, en su primer párrafo, que el acto administrativo válido, será eficaz y exigible, a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada; en este aspecto el tratadista Manuel Lucero

² Pérez Dayán, Alberto, *Teoría General del Acto Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 53.

³ Oliver Toro, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 180.

⁴ Galindo Camacho, Miguel, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1995, p. 173.

Espinosa⁵ refiere que la eficacia y exigibilidad del acto administrativo, están condicionadas a su notificación al interesado, sosteniendo que: "acto perfecto es aquel que tiene todos sus elementos integrantes y que ha cumplido con el procedimiento de formación establecido para su existencia. Además para que el acto sea perfecto debe reunir los requisitos necesarios para su validez y eficacia.

Es válido el acto que ha sido elaborado de acuerdo con el ordenamiento jurídico en vigor; y es eficaz cuando, siendo válido, puede ser cumplido, característica que adquiere por la participación del conocimiento al interesado, a través de su notificación; por ello la eficacia del acto se vincula con su ejecutividad y ejecutoriedad.

El acto puede ser válido pero no eficaz, situación que se puede presentar en los siguientes casos: a) cuando no ha sido notificado al interesado; b) cuando requiera de aprobación por otro órgano, y ésta no se ha otorgado; y c) cuando está sujeto a plazo o a condición".

Al respecto nuestros tribunales han sostenido la siguiente tesis:

No. Registro: 178,943

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXI, Marzo de 2005

Tesis: I.4o.A. J/36

Página: 1007

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. EL ACTO QUE LO INICIA ES EFICAZ A PARTIR DE SU NOTIFICACIÓN.

"Los procedimientos que establece la ley para desarrollar la actividad administrativa del Estado deben sujetarse a los principios de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe, atento a lo cual el acto administrativo, que es la exteriorización de la voluntad del Estado con la que culminan dichos procedimientos,

⁵ Lucero Espinosa, Manuel, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo Comentada*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 45.

tiene como uno de sus elementos de eficacia la publicidad, que asume la forma de notificación cuando sus efectos son particulares. Por tanto, la notificación es la forma en que el acto administrativo se comunica a las partes como consecuencia de esa exteriorización, pues no es suficiente que se declare la voluntad de la administración, sino que es imperativo que llegue a la órbita de los particulares o administrados para que produzca sus efectos. Es así que a través de la notificación los particulares afectados conocen el contenido del acto y éste adquiere eficacia porque su conocimiento les permite reaccionar en su contra. Por consiguiente, la eficacia se consume en el momento en que el interesado a quien va dirigido el acto toma conocimiento de su existencia, contenido, alcance y efectos vinculatorios, no antes, ni desde la fecha de su emisión, ya que, en este caso, sólo podría tener efectos en sede administrativa."

De lo expuesto podemos observar que la notificación constituye un elemento esencial para que el acto jurídico sea exigible, pues como se ha expuesto, no basta que en la formación del acto jurídico se hayan cumplido los requisitos legales para su validez, sino para que cobre eficacia, para que nazca a la vida jurídica, es indispensable darlo a conocer al destinatario quien solamente de esta manera quedará vinculado a lo exigido por el propio acto. Más aun no basta con el solo hecho de hacerlo del conocimiento del destinatario, sino que para ello es necesario que se cumplan las formalidades legales que regulan la notificación del acto, ya sea de manera personal, por edicto, por correo certificado, etc. Lo contrario sería equivalente a un estado de inseguridad jurídica, quedando al arbitrio de la autoridad la validez de la notificación.

LA NOTIFICACIÓN PERSONAL

El artículo 35, fracción I de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo contempla la notificación personal y para tales efectos dispone:

Artículo 35.— Las notificaciones, citatorios, emplazamientos, requerimientos, solicitud de informes o documentos y las resoluciones administrativas definitivas podrán realizarse:

I. Personalmente con quien deba entenderse la diligencia, en el domicilio del interesado;

Señala Emilio Margain Manautou⁶ que la notificación personal puede efectuarse bien en la oficinas de las autoridades, en el domicilio del particular, o en el que haya señalado o designado para recibir notificaciones al iniciar una instancia o en el curso de un procedimiento administrativo, tratándose de las actuaciones relacionadas con el trámite o resolución de las mismas. Igualmente aclara que de acuerdo con el Código Tributario, toda notificación personal realizada con quien deba entenderse será legalmente válida aun cuando no se efectúe en el domicilio respectivo o en las oficinas de las autoridades fiscales, es decir, que si se localiza al interesado en la calle, o en su domicilio particular, o en las oficinas de un tercero, la notificación que se le haga es válida.

En efecto el tercer párrafo del artículo 136 del Código Fiscal de la Federación establece que toda notificación personal, realizada con quien deba entenderse será legalmente válida aún cuando no se efectúe en el domicilio respectivo o en las oficinas de las autoridades fiscales; ahora bien, a pesar de que en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo no existe disposición semejante, debe entenderse de igual manera que el acto administrativo notificado directamente al destinatario en cualquier lugar en el que se encuentre, será válida, ya que se está cumpliendo con la finalidad de la notificación, es decir, se está haciendo del conocimiento del interesado el contenido del acto.

Hasta aquí la notificación personal no reviste mayor problema, por entenderse directamente con el destinatario, la cuestión surge cuando existe la necesidad de dejar citatorio por no encontrarse el destinatario en el domicilio señalado para recibir notificaciones, supuesto en el que la persona encargada de la diligencia de notificación debe levantar un citatorio.

Teniendo en cuenta que para la notificación deben seguirse cier-

⁶ Margain Manautou, Emilio, *El Recurso Administrativo en México*, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1999, pp. 149 y 150.

tas formalidades determinadas por la ley que regula el acto, es indispensable tener en cuenta la forma en que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo regula la notificación personal.

Dispone el artículo 36 de dicha Ley lo siguiente:

Artículo 36.— "Las notificaciones personales se harán en el domicilio del interesado o en el último domicilio que la persona a quien se deba notificar haya señalado ante los órganos administrativos en el procedimiento administrativo de que se trate. En todo caso, el notificador deberá cerciorarse del domicilio del interesado y deberá entregar copia del acto que se notifique y señalar la fecha y hora en que la notificación se efectúa, recabando el nombre y firma de la persona con quien se entienda la diligencia. Si ésta se niega, se hará constar en el acta de notificación, sin que ello afecte su validez.

Las notificaciones personales, se entenderán con la persona que deba ser notificada o su representante legal; a falta de ambos, el notificador dejará citatorio con cualquier persona que se encuentre en el domicilio, para que el interesado espere a una hora fija del día hábil siguiente. Si el domicilio se encontrare cerrado, el citatorio se dejará con el vecino más inmediato.

Si la persona a quien haya de notificarse no atendiere el citatorio, la notificación se entenderá con cualquier persona que se encuentre en el domicilio en que se realice la diligencia y, de negarse ésta a recibirla o en su caso de encontrarse cerrado el domicilio, se realizará por instructivo que se fijará en un lugar visible del domicilio.

De las diligencias en que conste la notificación, el notificador tomará razón por escrito.

Cuando las leyes respectivas así lo determinen, y se desconozca el domicilio de los titulares de los derechos afectados, tendrá efectos de notificación personal la segunda publicación del acto respectivo en el Diario Oficial de la Federación".

Pues bien, de acuerdo con el primer párrafo del artículo en comentario se desprenden las siguientes formalidades:

—Las notificaciones personales se harán en el domicilio del interesado o en el último domicilio que la persona a quien se debe

notificar haya señalado ante los órganos administrativos en el procedimiento administrativo de que se trate.

–El notificador debe cerciorarse del domicilio del interesado.

–El notificador debe entregar copia del acto que notifique y señalar la fecha y hora de su actuación, recabando el nombre y firma de la persona con quien se entiende la diligencia.

–La existencia de un acta de notificación.

Las formalidades en comento se resumen en el acta de notificación, misma que debe encontrarse debidamente circunstanciada, es decir, debe contener los pormenores acaecidos durante la diligencia de notificación, pues en ella debe señalar el notificador el domicilio en el que se llevó a cabo la diligencia de notificación, así como también la forma en que se cercioró que el domicilio en que actúa corresponde al interesado, las razones que tomó en consideración para determinar que el domicilio en el que actuó fue el señalado para recibir notificaciones; sin que sea suficiente para dar cumplimiento a esta formalidad el hecho de que se limite a señalar que se cercioró de que se trata del domicilio del interesado ya que esto solamente significa repetir lo dispuesto por el párrafo en comento; inclusive, como lo señala la última parte del párrafo en comento, en dicha acta debe señalarse la negativa del destinatario a firmar el acta respectiva, en su caso. Ahora bien, a pesar de que el artículo en comento no exige la existencia de un acta pormenorizada que precise las circunstancias de la notificación, dicha acta se debe levantar pues la notificación constituye un acto trascendental de todo procedimiento y fundamental para que las resoluciones puedan surtir efectos, consecuentemente son actos formalmente regulados por la ley que deben dar verosimilitud, certidumbre y legalidad al procedimiento, lo que no se cumple cuando el notificador administrativo omite precisar detalles esenciales del acto de notificación, como es el de indicar la forma en que se cercioró de que efectivamente se trataba del domicilio señalado en el oficio a notificar.

Llama la atención que el párrafo en comento establezca la formalidad relativa a la obligación que tiene el notificador de entregar

copia del acto que notifique, sin embargo, a pesar de ello generalmente se entrega al destinatario el original del acto notificado, lo contrario provocaría la nulidad de la notificación, pues según lo dispuesto por el artículo 3 fracción IV de la Ley citada, la firma autógrafa es un requisito del acto administrativo, sin la cual estaría afectada su legalidad. Situación similar encontramos en el artículo 135 del Código Fiscal de la Federación en cuyo primer párrafo observamos que, al practicarse las notificaciones, deberá proporcionarse al interesado copia del acto administrativo que se notifique.

No obstante la inobservancia de alguna de las formalidades citadas, como también se ha expuesto, la notificación será válida en caso de que se entienda directamente con el destinatario del acto a notificar; la situación cambia cuando se entiende con un tercero, ya que se exigen mayores formalidades.

Así las cosas, vemos que el segundo párrafo del artículo en comentario señala que: "las notificaciones personales, se entenderán con la persona que deba ser notificada o su representante legal; a falta de ambos, el notificador dejará citatorio con cualquier persona que se encuentre en el domicilio, para que el interesado espere a una hora fija del día hábil siguiente. Si el domicilio se encontrare cerrado, el citatorio se dejará con el vecino más inmediato"; observándose la exigencia de un citatorio cuando el destinatario o su representante no es encontrado, pero no de un citatorio cualquiera, sino de un citatorio pormenorizado en el que se precise la forma en que el notificador se cercioró de que el domicilio en el que actúa es el domicilio del destinatario, que requirió la presencia de éste y que por no encontrarse presente dejó el citatorio a aquella, recabando desde luego el nombre de la persona que atendió la diligencia. También en el supuesto de que el domicilio del destinatario se encuentre cerrado deberá levantarse un citatorio circunstanciado.

La existencia de un citatorio debidamente circunstanciado conlleva la certeza de que el destinatario del acto administrativo lo ha conocido efectivamente, al haberse observado las formalidades exigidas para su notificación y, consecuentemente la observancia de

la garantía de fundamentación y motivación de que debe estar investido todo acto de autoridad. Lo contrario ocasiona que el gobernado ante una actuación irregular de la autoridad administrativa pueda impugnar, vía recurso de revocación, o bien vía juicio contencioso administrativo la notificación practicada.

Respecto al citatorio resulta conveniente enunciar la siguiente tesis que sería aplicable a la notificación de cualquier acto administrativo:

No. Registro: 177,565

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Agosto de 2005

Tesis: VI.1o.A. J/31

Página: 1696

NOTIFICACIÓN FISCAL. SI EN EL CITATORIO SE CIRCUNSTANCIA LA FORMA DE CERCIORAMIENTO DEL DOMICILIO DEL CONTRIBUYENTE, ELLO ES SUFICIENTE PARA CONSIDERAR LEGAL, EN ESE ASPECTO, AQUELLA DILIGENCIA EN SU UNIDAD.

"De conformidad con el artículo 137 del Código Fiscal de la Federación y como lo determinó la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 15/2001, por contradicción de tesis, de rubro: "NOTIFICACIÓN FISCAL DE CARÁCTER PERSONAL. DEBE LEVANTARSE RAZÓN CIRCUNSTANCIADA DE LA DILIGENCIA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 137 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN)", el notificador está obligado a levantar razón circunstanciada de las diligencias de cualquier notificación personal, requisito que se cumple en el supuesto de que el diligenciario haya circunstanciado la forma de cómo se cercioró de encontrarse en el domicilio del contribuyente, al dejar con un tercero el citatorio para la espera al día hábil siguiente en el mismo lugar para la culminación

de la diligencia de notificación, aun cuando al levantar el acta el día señalado al efecto no reitere esa forma de cercioramiento, sino que asiente el domicilio respectivo y todos los datos que vinculan su actuación con lo asentado en el citatorio; en virtud de que tanto éste como el acta de notificación, si bien se realizan en momentos distintos, constituyen un solo acto, de tal suerte que, en el caso referido, al cumplir aquél con los requisitos de ley, el particular sin lugar a dudas queda legalmente enterado de la cita que se le hizo para que en la hora y fecha señaladas en el citatorio esperara al notificador, para la práctica de una diligencia de carácter administrativo, lo que es suficiente para considerar que la notificación en cuestión, como un todo, sí está debidamente circunstanciada, en cuanto a cómo se cercioró el notificador de encontrarse en el domicilio correcto, preservándose así la seguridad jurídica del gobernado, máxime cuando los datos asentados en el acta de notificación coinciden con los del citatorio, esto es, que la fecha y hora, así como el domicilio en el que se constituyó nuevamente el diligenciario son los mismos datos señalados en dicho citatorio, y además que se entendió la notificación con la misma persona con quien dejó aquél; con lo que se evidencia que en este supuesto el contribuyente queda debidamente notificado de la resolución respectiva."

En el tercero y cuarto párrafos del artículo en comento nuevamente encontramos la función que desempeña el citatorio en una notificación, así como también encontramos, aunque no de manera expresa, la existencia de un acta de notificación prevista en el párrafo primero del numeral referido, conformando citatorio y acta un todo, que conllevan a determinar la forma en que se llevó a cabo la diligencia de notificación. En efecto dichos párrafos disponen, respectivamente que: "si la persona a quien haya de notificarse no atendiere el citatorio, la notificación se entenderá con cualquier persona que se encuentre en el domicilio en que se realice la diligencia y, de negarse ésta a recibirla o en su caso de encontrarse cerrado el domicilio, se realizará por instructivo que se fijará en un lugar visible del domicilio", y, que "de las diligencias en que conste

la notificación, el notificador tomará razón por escrito"; lo cual denota la importancia que representan dichos documentos en la diligencia de notificación, pues la notificación con cualquier persona que se encuentre en el domicilio solo encontrará feliz término cuando previamente se haya llevado a cabo un citatorio debidamente circunstanciado haciéndose constar en el acta respectiva los pormenores de la notificación.

En este orden de ideas la persona destinataria del acto administrativo, legalmente sólo estaría en aptitud de esperar al notificador para la práctica de la diligencia cuando se hubieran cumplido las exigencias para la elaboración del citatorio, ya que no existiría otra manera de comprobar que fue debidamente citada; de lo contrario si el destinatario no espera al diligenciero y existe un citatorio que cumple con las formalidades legales, la razón de la notificación con cualquier persona debe hacerse constar en el acta de notificación para que esta sea considerada válida. Al respecto se cita la siguiente tesis:

No. Registro: 172,470

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXV, Mayo de 2007

Tesis: 2a./J. 60/2007

Página: 962

NOTIFICACIÓN PERSONAL. EN LA PRACTICADA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 137 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, BASTA QUE EN EL ACTA RELATIVA SE ASIENTE EL NOMBRE DE LA PERSONA CON QUIEN SE ENTENDIÓ LA DILIGENCIA, PARA PRESUMIR QUE FUE LA MISMA QUE INFORMÓ AL NOTIFICADOR SOBRE LA AUSENCIA DEL DESTINATARIO.

"La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 2a./J. 15/2001, publicada en el Semanario Judi-

cial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, abril de 2001, página 494, sostuvo que el notificador debe levantar acta circunstanciada de las razones por las cuales entendió la notificación con una persona distinta del destinatario, para lo cual deberá precisar el domicilio en el que se constituyó, los datos de quien recibió el citatorio, así como los de la persona con quien se entendió la diligencia. En relación con lo anterior, conviene precisar que conforme al artículo 137 del Código Fiscal de la Federación, una vez que el notificador se constituye en el domicilio del destinatario, debe requerir su presencia, y en caso de no encontrarlo, dejar citatorio para que lo espere a hora fija del día hábil siguiente, fecha en la cual requerirá nuevamente la presencia del interesado, y en caso de que quien lo reciba le informe que no se encuentra presente, el notificador deberá practicar la diligencia con el informante, esto significa que la persona con quien se entiende la diligencia y la que informa son la misma, de modo que basta con que se asienten los datos de la persona con quien se entendió la diligencia, para que pueda presumirse que fue la misma que informó sobre la ausencia del destinatario."

A pesar de las formalidades que deben revestir el citatorio y el acta de notificación, su inobservancia no siempre implica la nulidad de la notificación, pues como se ha expuesto existen casos en que tales irregularidades se convalidan, tal como sucede cuando la notificación se entiende de manera directa con la persona a quien se dirige, supuesto que si bien se encuentra regulado expresamente por el artículo 136 del Código Fiscal de la Federación, resulta aplicable en el ámbito del derecho administrativo, pues se cumple con la finalidad perseguida con el acto de notificar, es decir, se logra que el destinatario sea efectivamente conocedor del acto administrativo, con lo que también se da cumplimiento al principio rector del acto administrativo denominado "publicidad", que exige la notificación al gobernado de cualquier documento que afecte su interés jurídico. Respecto a la convalidación de la notificación irregular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido la siguiente

tesis en materia fiscal, por lo que considero que no existe impedimento para que de manera analógica se aplique el mismo criterio en materia administrativa:

No. Registro: 173,540

Tesis aislada

Materia(s): Administrativa

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXV, Enero de 2007

Tesis: VI.1o.A.213 A

Página: 2273

NOTIFICACIÓN DE UNA ORDEN DE VISITA DOMICILIARIA. ALGUNA IRREGULARIDAD COMETIDA AL CIRCUNSTANCIAR EL ACTA RELATIVA AL CITATORIO PREVIO, SÓLO ES SUSCEPTIBLE DE CONVALIDARSE, POR REGLA GENERAL, SI LA DILIGENCIA CORRESPONDIENTE A DICHO CITATORIO O AL ACTA PARCIAL DE INICIO, SE ENTIENDE DE MANERA DIRECTA CON EL CONTRIBUYENTE INTERESADO O CON SU REPRESENTANTE LEGAL.

"La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en las jurisprudencias 2a./J. 62/2002 y 2a./J. 54/2004, que el objeto del citatorio no se constriñe sólo a citar al administrado para que reciba una orden de visita domiciliaria sino, fundamentalmente, para que el contribuyente o su representante legal, conozca de manera cierta el tipo de diligencia administrativa que se efectuará en su domicilio, como excepción al principio de inviolabilidad domiciliaria, así como la serie de consecuencias en su esfera jurídica resultado de la auditoría fiscal que se le practicará, de lo que se desprende que la emisión del citatorio no es únicamente un imperativo para la autoridad, sino que su expedición con los requisitos legales constituye una garantía de seguridad jurídica para el visitado. Por ello se estima que en el acta concerniente al citatorio previo a la práctica de una visita domiciliaria debe quedar legalmente circuns-

tanciada la manera conforme a la cual el notificador se cercioró de estar en el domicilio fiscal del contribuyente, sin que la falta de esa pormenorización pueda estimarse satisfecha si en el acta de inicio se hubiera precisado dicho cercioramiento, porque incluso así no se habría cumplido con la finalidad del citatorio, consistente en que el contribuyente o su representante legal, conociera de modo cierto e indudable el tipo de diligencia administrativa que se efectuaría en su domicilio, para que si lo estimara conveniente, pudiera estar presente durante su desarrollo. Tampoco se convalida la ilegal circunstanciación, con el hecho de que la persona con quien se hubiera entendido la diligencia correspondiente, no manifestara desconocer al interesado o a su representante, o que el domicilio donde se presentó el notificador no era el correcto, en virtud de que todo lo anterior constituyen meras apreciaciones subjetivas que no son aptas para tener por convalidada la ilegalidad del citatorio, dado que ello sólo habría acontecido, por regla general, si la diligencia correspondiente al citatorio o al acta parcial de inicio, se hubiera entendido directamente con el sujeto visitado o con su representante legal, salvo los casos de excepción, como es, entre otros, el referido en la jurisprudencia 2a./J. 123/2005, de rubro: "NOTIFICACIÓN EN MATERIA FISCAL. LA PRACTICADA EN DÍA INHÁBIL ES ILEGAL Y NO PUEDE CONVALIDARSE POR HABERSE REALIZADO EN FORMA PERSONAL CON EL INTERESADO O CON SU REPRESENTANTE LEGAL, O POR LA MANIFESTACIÓN QUE LOS MISMOS HAGAN, EN LA PROPIA DILIGENCIA, DE QUE QUEDARON ENTERADOS DEL ACTO O RESOLUCIÓN QUE SE LES NOTIFICA.", aun cuando dicho criterio aluda a la notificación de los actos fiscales en general, y no en concreto a la notificación de una orden de visita domiciliaria".

Por último encontramos que el artículo en comento establece que la segunda publicación del acto respectivo en el Diario Oficial de la Federación tendrá efectos de notificación personal, sin embargo debe tenerse en cuenta que dicha notificación solo operará cuan-

do se desconozca el domicilio de los titulares de los derechos afectados y las leyes que regulan el acto a notificar así lo determinen; de lo contrario no debería efectuarse la notificación por dicho medio oficial.

Otro aspecto que debe tomarse en consideración para la práctica de las notificaciones personales lo encontramos en el artículo 30 de la Ley Federal referida, el cual establece:

Artículo 30.— "Las diligencias o actuaciones del procedimiento administrativo se efectuarán conforme a los horarios que cada dependencia o entidad de la Administración Pública Federal previamente establezca y publique en el Diario Oficial de la Federación, y en su defecto, las comprendidas entre las 8:00 y las 18:00 horas. Una diligencia iniciada en horas hábiles podrá concluirse en hora inhábil sin afectar su validez".

"Las autoridades administrativas, en caso de urgencia o de existir causa justificada, podrán habilitar horas inhábiles cuando la persona con quien se vaya a practicar la diligencia realice actividades objeto de investigación en tales horas".

Dichas formalidades deben hacerse constar, en su caso, tanto en el citatorio como en el acta de notificación, siendo que como dato adicional, en el supuesto de una diligencia realizada fuera de horario, debe justificarse, previamente a la actuación, la habilitación de las horas por causas de urgencia o porque el destinatario realiza actividades en horas inhábiles. Lo contrario podría originar la nulidad de la notificación.

Lo anterior denota la importancia que revisten el citatorio y el acta de notificación cuando nos encontramos ante una diligencia de notificación personal, pues solamente cuando dichos documentos se encuentran debidamente circunstanciados puede arribarse a la conclusión que el acto administrativo adquiere eficacia, es decir, que se ha hecho del conocimiento del gobernado.

BIBLIOGRAFÍA

Dehesa Dávila, Gerardo, *Etimología Jurídica*, 3ª edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, p. 548.

Galindo Camacho, Miguel, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 253.

Lucero Espinosa, Manuel, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo Comentada*, 2ª edición, editorial Porrúa, México, 1988, p. 201.

Margáin Manautou, Emilio, *El Recurso Administrativo en México*, 5ª edición, editorial Porrúa, México, 1999, p. 244.

Olivera Toro, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª edición, editorial Porrúa, México, 1997, p. 368.

Pérez Dayán, Alberto, *Teoría General del Acto Administrativo*, editorial Porrúa, México, 2003, p. 212.

DISCOS COMPACTOS

COMPILA XV, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la Federación, México, 2007.

IUS 2007, jurisprudencias y tesis aisladas junio 1917–diciembre 2007, Poder Judicial de la Federación.

La constitucionalidad de la Ley General para el Control del Tabaco

*Carlos Alberto Morales Gutiérrez**

1. INTRODUCCIÓN

La Ley General para el Control del Tabaco se crea para vincular al Estado y otorgarle la protección que requieren los gobernados a sus derechos sociales, esto en concordancia con el catálogo de los derechos humanos de la tercera generación en dicha enumeración, según los tratadistas en derechos humanos¹, se tutelan derechos sociales verbigracia la supervivencia, sanidad y disfrute de la vida, de esta manera las nuevas vertientes del dinamismo social mexicano han culminado en la necesidad de su aplicación dentro del ámbito jurídico.

En el presente instrumento se estudiará dicho ordenamiento y su concordancia en el marco jurídico constitucional y federal, así como un breve análisis de derecho comparado y las principales tesis aisladas emitidas que pueden tener una aplicación análoga y han sido emitidos al respecto de La Ley de Protección a la Salud de los no Fumadores en el Distrito Federal.

* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

¹ A mayor abundamiento remito a la consulta del ensayo denominado "Guía para el estudio de los derechos humanos y la convención Americana sobre los Derechos Humanos" publicada en la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, Número 4, Diciembre de 2007.

2. EL DERECHO A LA SALUD Y SU REGULACIÓN INTERNACIONAL

En un primer paso debemos entender a la salud como el estado de absoluto bienestar físico, mental y social de conformidad con lo señalado en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, dejándose a un lado la antigua concepción de que la salud era considerada como la ausencia de la enfermedad. Es trascendental realizar el estudio de los principales documentos internacionales de los cuales nuestro país forma parte y que dieron origen a la protección de este derecho, ya que resulta ser de explorado derecho que dichos instrumentos poseen un valor jerárquico equiparable a nuestra Constitución y superior a la legislación federal², por lo cual es necesario mencionarlos, así encontramos a la Declaración Internacional de los Derechos Humanos de 1948, la cual en su artículo 25 manifiesta:

*"...toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar..."*³

Así mismo hacemos mención del Pacto Internacional de los derechos económicos y sociales el cual en su artículo 12 señala:

"!. Los Estados partes en el presente acto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Es importante mencionar que el derecho a la salud debe entenderse en la actualidad más allá de la concepción de la ausencia de la enfermedad, con base en estos articulados constriñen al Estado a realizar actividades tendientes al mejoramiento y preservación de la salud de los seres humanos. Finalmente podemos enunciar otros documentos en materia internacional como la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación de 1965, la Convención sobre los derechos del niño de 1989⁴, los cuales protegen grupos vulnerables y reiteran los compromisos sus-

² Jurisprudencialmente se verifica lo anterior en la tesis del pleno señalada bajo el siguiente rubor. TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

³ Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los derechos humanos, 1948.

⁴ También es viable mencionar el Convenio 169 de 1991 emitido por la Organización Mundial del Trabajo.

tentados en materia de Salud por la nación mexicana con la finalidad de formular políticas públicas que sostengan una educación para la salud en el territorio nacional.

3. LEGISLACIÓN FEDERAL

La promulgación del presente cuerpo normativo no es consecuencia de la determinación de legislar en este sentido de un determinado grupo de poder legislativo; estamos ante la presencia de políticas públicas en materia de salud, las cuales son aplicadas en los tres niveles de gobierno, las anteriores deben tener como finalidad el bienestar físico y mental del hombre, la prolongación y el mejoramiento de la calidad de vida humana, la protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social, entre otros.⁵

3.1. LEY GENERAL DE SALUD

Debemos señalar que la Ley General de Salud en su artículo tercero fracción XX manifiesta que es materia de salubridad general el control antitabaco. Para entender correctamente el desarrollo de este precepto es menester definir la Salubridad Pública, la cual es considerada como:

"Parte del derecho de protección de la salud que se otorga a través de prestaciones realizadas por el Estado en beneficio del individuo y de la sociedad en general, tendientes a proteger y restaurar la salud de las personas y de la colectividad a fin de alcanzar un estado físicamente sano de la población del país, de manera individual o concurrente. La salud pública es una condición imprescriptible y necesaria del Estado moderno, y requiere una constante intervención nacional y de medios idóneos".⁶

En otras palabras este precepto constriñe una participación activa del Estado para tutelar acciones preventivas y correctivas de la salud de la población, dentro de estas funciones tiene cabida crear

⁵ Entre otras finalidades de la protección a la salud, que se encuentran positivizadas en el artículo segundo de la Ley General de Salud.

⁶ Para mayor abundamiento consultar el *Diccionario Jurídico Mexicano*, página 3411.

programas de salud, educativos, de difusión de la salud, así las cosas la creación de la ley en comento tiene cabida plenamente.

3.2. LEY GENERAL PARA EL CONTROL DEL TABACO

La finalidad de la creación de esta ley es mucho más amplia de lo conceptuado en la opinión pública, ya que tutela el control sanitario de los productos del tabaco, así como su importación, y en una segunda parte la protección contra la exposición al humo de tabaco.⁷ Causa objeto de estudio del presente trabajo la segunda parte de la finalidad de dicha ley, toda vez que la primera conglomerada una serie de estipulaciones tendientes al control sanitario y restricciones de venta de dicho producto, dentro de los cuales entran a la esfera de requisitos propios de la comercialización, distribución y elaboración de los productos derivados del tabaco. Siendo el presente tratado un estudio de las condiciones regulatorias de los espacios 100% libres de tabaco, disposiciones a cuyo análisis constitucional nos abocaremos.

3.2.1. CAPÍTULO 1: DISPOSICIONES GENERALES

Dentro del primer capítulo de esta se enumeran el carácter de orden público e interés social⁸ que enmarca esta ley pública, los objetivos de la misma consistentes en el control sanitario del tabaco y la protección de los gobernados a la exposición al humo del tabaco, entre otras finalidades que tienen como objetivo la incentivación de acciones que prevengan el consumo del tabaquismo. Acto seguido se definen los principales conceptos utilizados en la presente ley, lo cual reviste utilidad ya que un cuerpo normativo que no logra conceptualizar los elementos principales utilizados en el mismo da cabida a lagunas jurídicas e incertidumbre legislativa, respecto de los cuales son los fundamentos de hecho que quiso regular en primera instancia el legislador.

⁷ Artículo Segundo de la Ley General para el Control del Tabaco.

⁸ Estos dos elementos son principios reguladores de la vida en sociedad y en otras materias jurídicas como lo es el juicio de garantías. Recordemos que el orden público se crea a través de disposiciones normativas que otorguen un equilibrio entre las relaciones sociales de los gobernados; así mismo por interés social debemos entenderlo en contra partida del interés particular, es decir se va a aplicar el mejor beneficio para la mayoría de los gobernados que para una minoría de la población nacional.

3.2.2. CAPÍTULO 2: ATRIBUCIONES DE LAS AUTORIDADES

Cuando se habla de los actos realizados por las autoridades, éstos siempre deben guardar concordancia con las facultades que les confieren sus legislaciones orgánicas respectivas. Tocante a la ley en cita la Secretaría de Salud en primer término es la encargada de tutelar lo relativo al cumplimiento de esta misma, por otro lado recordemos que otro objetivo a cumplir es promover acciones que eduquen y fomenten una sana educación para la salud. Por lo cual la Secretaría de Educación interviene en el cumplimiento de la misma. De igual manera la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Economía, la Procuraduría General de la República y otras autoridades competentes, participan para llevar un adecuado control de calidad en la producción, distribución, etiquetado, venta, consumo de los productos derivados del tabaco. Así como la persecución de ilícitos derivado de la ejecución de la misma en lo que respecta a la Procuraduría General de la República.

3.2.3. TÍTULOS SEGUNDO Y TERCERO

Comprende reglas y mecanismos integrados en un capítulo único respecto de la forma en que se debe llevar a cabo el Comercio, Distribución, Venta y Suministro de los Productos del Tabaco, lo cual no conlleva tintes inconstitucionales derivados de la manifestación de requisitos como la necesidad de tener licencia para su producción, prohibiciones y limitaciones respecto de su venta y empaquetado de los mismos, ya que los mismos tienen un carácter proteccionista para los consumidores de dichos productos. Por último la forma de llevarse a cabo la publicidad, patrocinio y promoción de dichos productos también se encuentran regulados en el capítulo segundo de este título.

3.2.4. CONSUMO Y PROTECCIÓN CONTRA LA EXPOSICIÓN AL HUMO DE TABACO

En el capítulo tercero de este título se establecen normas que limitan las actividades de los consumidores de tabaco imponiendo la

obligación de realizar las señalizaciones pertinentes para tal efecto, de esta manera lo regula el artículo 26 de la citada ley:

Queda prohibido a cualquier persona consumir o tener encendido cualquier producto del tabaco en los espacios 100% libres de humo de tabaco, así como en las escuelas públicas y privadas de educación básica y media superior.

En dichos lugares se fijarán en el interior y en el exterior los letreros, logotipos y emblemas que establezca la Secretaría.

Es importante resaltar la protección de los planteles educativos ya que se especifica cuales serán los planteles libres del humo de tabaco.

Por otro lado, en lugares con acceso al público, o en áreas interiores de trabajo, públicas o privadas, las universidades e instituciones de educación superior, deberán existir zonas exclusivamente para fumar, las cuales deben:

I. Ubicarse en espacios al aire libre, o

II. En espacios interiores aislados que dispongan de mecanismos que eviten el traslado de partículas hacia los espacios 100% libres de humo de tabaco y que no sea paso obligado para los no fumadores.

De conformidad con el artículo 27 de dicho ordenamiento, otros lugares de acceso público pueden tener la posibilidad del consumo del tabaco, sin embargo los mismos deben estar al aire libre o en espacios interiores aislados con la finalidad de evitar el contacto con los no fumadores.

Respecto de los artículos 28 y 29 del citado ordenamiento, nos señalan obligaciones de vigilancia y supervisión que deben llevar a cabo los propietarios, responsables o análogos de los espacios 100% libres de humo de tabaco.⁹

⁹ Artículo 28. El propietario, administrador o responsable de un espacio 100% libre de humo de tabaco, estará obligado a hacer respetar los ambientes libres de humo de tabaco establecidos en los artículos anteriores.

Artículo 29. En todos los espacios 100% libres de humo de tabaco y en las zonas exclusivamente para fumar, se colocarán en un lugar visible letreros que indiquen claramente su naturaleza, debiéndose incluir un número telefónico para la denuncia por incumplimiento a esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.

3.2.5 FORMAS DE CUMPLIMENTAR LA LEY

El título sexto reitera las atribuciones de la Secretaría de Salud en base a las disposiciones de la Ley General de Salud en los siguientes sentidos:

- I. Expedir las autorizaciones requeridas por esta Ley;
- II. Revocar dichas autorizaciones;
- III. Vigilar el cumplimiento de esta Ley, y
- IV. Ejecutar los actos del procedimiento para aplicar medidas de seguridad y sanciones.¹⁰

Por ello es que se le otorga un *imperium* total para el manejo de las autorizaciones requeridas para el manejo en general del tabaco, lo anterior necesariamente como cualquier acto de autoridad debe de reunir los requisitos propios de un acto administrativo, de lo contrario al vulnerar la esfera jurídica de un particular, el mismo tendría las facultades de recurrir la misma a través de los medios de defensa ordinarios como lo pueden ser los recursos de inconformidad y prescripción, en los cuales se aplicará lo establecido en las disposiciones de la Ley General de Salud, o en su caso a través del juicio de garantías en caso de que conlleve violaciones directas a las garantías individuales manifestadas en la Constitución General de la República.

Por otro lado el capítulo segundo manifiesta la forma a través de la cual se van a ejercer las facultades anteriormente señaladas, ello se realizará por conducto de funcionarios administrativos que reciben la denominación de verificadores, los cuales son nombrados por la Secretaría.

Los verificadores realizarán funciones de orientación, educación, verificación de las disposiciones de la ley de la materia, aclarando que sus funciones no podrán ser obstaculizadas bajo ninguna circunstancia. En este orden de ideas es atribución de las autoridades administrativas verificadoras comprobar la situación legal de los sujetos respecto del cumplimiento de dichos ordenamientos administrativos, ésta al igual que la visita domiciliaria en materia fiscal

¹⁰ Esto se manifiesta en el correspondiente artículo 36.

debe realizarse en el domicilio o en el lugar donde se deban cumplir las obligaciones derivadas de esta ley.

Es menester señalar que dichos verificadores deben cumplir no sólo con los requisitos que establece este cuerpo normativo, sino que a su vez debe solventar los supuestos que maneja el artículo dieciséis constitucional, entre los cuales podemos señalar la identificación de la persona con quien se entiende la diligencia, el requerimiento al verificado de la designación de dos testigos de asistencia y la elaboración de un acta en la cual se manifiesten circunstanciadamente las circunstancias que originaron la verificación, el desarrollo y conclusión de la misma; así como en su caso si se requiere la presentación de documentos al verificado ya sea licencias, permisos, etcétera.¹¹

Por último, de conformidad con el artículo 54, no es óbice señalar que los verificadores estarán sujetos a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos en el ejercicio de las funciones que le confiere esta ley.

3.2.6 LA DENUNCIA CIUDADANA

En el Artículo 42. de la citada ley se anuncia lo siguiente:

"...Cualquier persona podrá presentar ante la autoridad correspondiente una denuncia en caso de que observe el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables..."

El anterior apartado otorga de legitimación jurídica a todo sujeto gobernado para notificar a la autoridad correspondiente, la cual en este caso es la Secretaría de Salud,¹² cualquier conducta que consideren incumpla o incurra en desacato de lo estipulado en este ordenamiento legal, lo anterior también se conceptualiza en la presente ley en su artículo 6 fracción V.¹³

¹¹ Armienta Calderón, Gonzalo, *El proceso tributario en el derecho mexicano*, México. Porrúa. 1977.

¹² De conformidad con el artículo 36 del citado ordenamiento, de acuerdo con la fracción XXIII del artículo sexto del citado ordenamiento.

¹³ Denuncia Ciudadana: Notificación hecha a la autoridad competente por cualquier persona respecto de los hechos de incumplimiento de las disposiciones contenidas en esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.

Sin embargo, para efectos de ahondar en este concepto tan importante definiremos lo que es una denuncia en un sentido mucho más amplio siendo el más difundido el que la entiende de la manera siguiente: Es el acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad la verificación o comisión de determinados hechos, con objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o los reglamentos para tales hechos, lo cual es ampliamente conocido en el ámbito del derecho penal. Por otro lado en el Derecho civil, la denuncia es entendida como una actitud del demandado, que consiste en solicitar al juzgador que haga del conocimiento de un tercero el juicio que se ha iniciado con la demanda, y lo llame a participar en él, para que la sentencia que se llegue a dictar pueda adquirir, en su caso, la autoridad de la cosa juzgada frente a dicho tercero, verbigracia podemos ejemplificar con la forma de iniciar un juicio sucesorio intestamentario.

En este sentido, el artículo 43 pretende fomentar dicha denuncia procurando salvaguardar la identidad e integridad del ciudadano denunciante. La forma en que se puede realizar lo anterior se deduce del siguiente artículo:

Artículo 44. *La Secretaría pondrá en operación una línea telefónica de acceso gratuito para que los ciudadanos puedan efectuar denuncias, quejas y sugerencias sobre los espacios 100% libres de humo de tabaco así como el incumplimiento de esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.*

De esta manera se pueden presentar denuncias o sugerencias de una manera telefónica y así mismo se podrá hacer uso de los medios conocidos ya sea por comparecencia personal o vía correo, aun a pesar de no estar regulado en esta ley el gobernado tiene la facultad de manifestarse en una petición de conformidad con lo establecido en el artículo octavo constitucional.

3.2.7 LAS SANCIONES

Una sanción es el castigo que impone una autoridad administrativa a los infractores de dicha ley, esto se realiza presuponiendo la exis-

tencia de un ilícito, que es la oposición o infracción de un ordenamiento jurídico en materia administrativa, ello trae consigo un daño a la colectividad o al interés general tutelado en la ley y por ello es que surge la necesidad de la imposición de la sanción correspondiente.¹⁴

Las sanciones administrativas podrán ser ya sea administrativas strictu sensu o penales como es el caso de la última fracción que se señala a continuación, ello al ser privativa de la libertad:

I. Amonestación con apercibimiento;

II. Multa;

III. Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y

IV. Arresto hasta por treinta y seis horas.¹⁵

En el momento de individualizar la sanción de conformidad con el artículo 16 constitucional de una manera fundada y motivada se tomará en cuenta:

I. Los daños que se hayan producido o puedan producirse en la salud de las personas;

II. La gravedad de la infracción;

III. Las condiciones socio-económicas del infractor;

IV. La calidad de reincidente del infractor, y

V. El beneficio obtenido por el infractor como resultado de la infracción.

Así mismo las sanciones pueden duplicarse en caso de reincidencia del infractor, y en caso de que los hechos ilícitos sean realizados puede darse vista al Agente del Ministerio Público correspondiente para que el mismo actúe en ejercicio de las facultades que le confiere la ley.

4. DERECHO COMPARADO

En este apartado se mencionarán disposiciones relevantes de la ley española 28/2005, la cual fue promulgada derivada de la preocupación de que el tabaquismo es la primera causa aislada de mortalidad y morbilidad evitable, toda vez que el mismo constituye uno de los principales problemas para la salud pública; de ahí, pues, la necesi-

¹⁴ Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. 1956.

¹⁵ Lo anterior esta estipulado en el artículo 46 del ordenamiento.

dad de implantar medidas dirigidas a su prevención, limitar su oferta y demanda y regular su publicidad, promoción y patrocinio.¹⁶

Es importante señalar que esta legislación, al igual que la mexicana, pretende proteger a los menores de los efectos nocivos del tabaco, así mismo se enuncian lugares en los cuales se encuentra Prohibido la venta y suministro de tabaco como lo son entre otros:

Centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público, Centros sanitarios o de servicios sociales y sus dependencias, Centros culturales, Centros e instalaciones deportivas.

El artículo 6 establece las Limitaciones al consumo de los productos del tabaco.

Exclusivamente en aquellos lugares o espacios en los que no esté totalmente prohibido o en los especialmente habilitados para ello.

De manera limitativa vamos a señalar ejemplos de lugares en los cuales se prohíbe totalmente fumar, los cuales no se encuentran especificados en la legislación nacional como lo son:

Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre, Centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público, Centros, servicios o establecimientos sanitarios, Centros docentes y formativos, independientemente de la edad del alumnado y del tipo de enseñanza, Instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos, siempre que no sean al aire libre. Zonas destinadas a la atención directa al público. Centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías, salvo en los espacios al aire libre. En los bares, restaurantes y demás establecimientos de hostelería y restauración situados en su interior y separados del resto de sus dependencias, no se podrá fumar, sea cual fuere su superficie, salvo que se habiliten zonas para fumadores, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Así mismo debemos tomar en consideración que la legislación española no es obtusa a la posibilidad de habilitar zonas para fumar, en las cuales convergen múltiples sectores de la población como aeropuertos, bares, hoteles, cumpliendo con determinados requisi-

¹⁶ Ver la exposición de motivos de la citada legislación 28/2005 de fecha 26 de diciembre.

tos como lo son sistemas de ventilación y que no se permita la presencia de menores de dieciséis años entre otras.

Finalmente cabe señalar que esta legislación también cuenta con un apartado de sanciones en caso de incumplimiento de dicha ley y la posibilidad de que de manera individual o colectiva puedan exigir los españoles el cumplimiento de dicha normatividad a las autoridades correspondientes.

5. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este apartado se analizará un par de tesis aisladas que se han emitido en este sentido, las cuales se transcriben a continuación:

SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONTRA LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA LA LEY DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL EL 4 DE MARZO DE 2008, AL SER DE INTERÉS COLECTIVO SU EXPEDICIÓN. El artículo 4o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tutela el derecho fundamental a la protección de la salud. Por otra parte, el organismo de las naciones unidas especializado en la materia ha reiterado que la salud, entendida como un "estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro del grado más alto posible de la salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo...". Por su parte, en la Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XII, página siete, se considera al derecho a la salud como: "el conjunto de normas de derecho público que regulan las actividades de las instituciones del Estado y los sujetos públicos, privados y sociales que tengan por objeto común proteger la salud.". Por tanto, se concluye que ese derecho subjetivo implica un cúmulo de facultades de los órganos estatales cuyo ejercicio permite, entre otras cosas, garantizar las condiciones necesarias para que la salud de la población esté prote-

gida a través de la emisión de reglas de carácter general; de ahí que sea de interés colectivo la expedición de ordenamientos legislativos que tengan como objeto la prevención y disminución de las consecuencias derivadas del consumo y de la exposición al humo de **tabaco** en cualquiera de sus formas, que eviten la propagación de cualquier peligro en la salud, como es el decreto por el que se reforma, adiciona y deroga la Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores en el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial el 4 de marzo de 2008; por lo que debe negarse la suspensión en el amparo contra sus efectos y consecuencias.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.¹⁷

El presente criterio jurisprudencial es la base fundamental que marca la constitucionalidad de dicho elemento normativo, toda vez que al negar la suspensión del acto reclamado en virtud de ser derechos subjetivos públicos sobrepone el interés general sobre el particular, en otro orden de ideas se tutela la protección de los sujetos de los efectos nocivos del tabaco ya que de esa manera no sólo se evitará a una persona enfermarse, sino coexistir en un medio ambiente sano y que favorezca su correcto desarrollo físico y psicológico.

La segunda tesis aislada resalta el apoyo que deben otorgarle los particulares a la aplicación del marco normativo, derivado de la denuncia a la que están obligados a realizar los particulares a las autoridades administrativas correspondientes.

PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS OBLIGACIONES QUE PRESCRIBE LA LEY RELATIVA A CARGO DE LOS PARTICULARES IMPLICAN UN RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD Y RESPONSABILIDAD Y NO UNA DELEGACIÓN DE FACULTADES A SU FA-

¹⁷ Registro No. 169029

Localización: Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Agosto de 2008

Página: 1205

Tesis: I.7o.A.585 A

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

VOR, EXCLUSIVAS DE LAS AUTORIDADES. Del contenido integral de la Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores en el Distrito Federal, en especial de sus artículos 3o., 11, 16 y 20, se advierte que impone obligaciones a los propietarios, poseedores o responsables de los locales cerrados y establecimientos de que se trate, al prever su coadyuvancia activa y su obligación solidaria con el fin de cumplir con el objeto de la propia ley, que es proteger la salud de los no fumadores a través de mecanismos y acciones tendentes a prevenir y disminuir las consecuencias generadas a su salud, derivadas por la inhalación involuntaria del humo ambiental producido por la combustión del **tabaco** por parte de terceros. Tales obligaciones no son irrazonables ni desproporcionadas con el orden público sino conducentes y necesarias para su eficacia en tanto vinculan a las autoridades y particulares a ser solidarios, especialmente en la tutela y eficacia de los derechos fundamentales a la salud, a un medio ambiente sano y adecuado para el desarrollo y bienestar de la población y al desarrollo sustentable erga omnes, consagrados en los artículos 4o., párrafos tercero y cuarto y 25, párrafo primero, de la Constitución Federal. Es así que esa solidaridad y responsabilidad de los particulares con las autoridades se justifica plenamente como una contribución de aquéllos con éstas a la consecución del cumplimiento de la ley, de manera que no puede reputarse irrazonable o sin causa fundada ni le resulta pertinente la crítica de que implique una delegación de las facultades o atribuciones que se otorgan a las dependencias o entidades de la administración pública del Distrito Federal, a favor de dichos particulares. Por lo tanto, el Estado debe velar y procurar que las obligaciones impuestas a dichos locales y establecimientos y especialmente los derechos a favor de usuarios y consumidores se cumplan para garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos ya reconocidos a favor de los no fumadores.¹⁸

¹⁸La siguiente tesis se puede ubicar bajo las siguientes referencias Registro No. 177872

Localización: Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Julio de 2005

Página: 1494

Tesis: I.4o.A.491 A

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

Cabe aclarar que el término de la solidaridad aquí mencionado no es el reconocido en el sentido civilista ampliamente conocido como una modalidad de las obligaciones según la forma de contraerse en la cual dos o más individuos pueden ser deudores y se le exige el cumplimiento de dicha obligación.

Considero que el término de solidaridad se encuentra correctamente aplicado en este aspecto, ya que es en esencia una institución de naturaleza social, el cual expresa la recíproca vinculación ontológica de los hombres en la realización de las funciones vitales y culturales, y, por consiguiente, su vinculación moral al bien común en la realización de su bien particular. En otro orden de ideas se deja a la buena fe del particular la participación en la denuncia a las infracciones derivadas de esta ley, toda vez que no existe ninguna sanción para el particular que no lleve a cabo la denuncia correspondiente.

CONCLUSIÓN

Ha quedado señalado que el Poder Legislativo, al realizar este cuerpo normativo se apega a la constitucionalidad ya que protege el derecho a la salud de los ciudadanos, lo anterior con base en los principios de orden público e interés social que contiene este derecho, en otras palabras, la libertad que tiene un mexicano para coexistir en ambientes ajenos a la contaminación del humo del cigarro no sólo responde a la protección de los no fumadores sino también a un correcto modelo de convivencia social entre todos los habitantes.

Se está ante la presencia de un perjuicio económico para aquellos dueños de restaurantes y bares, por citar un ejemplo, que pueden ver reducidos sus ingresos por la aplicación de esta ley, sin embargo, esto no contraviene su garantía individual del trabajo ya que los mismos continúan siendo propietarios de sus empresas y ejerciendo su trabajo normalmente, mientras que el cuerpo normativo en disposiciones transitorias otorga facilidades para adecuar ambientes para los no fumadores;.

Así mismo es viable la aplicación de esta legislación a hoteles y giros anexos ya que los mismos no pueden ser considerados una extensión del domicilio, y por consiguiente se permita el consumo de productos derivados del tabaco, ya que la naturaleza de la posesión de dicha habitación es en esencia un uso temporal y sobre bienes en los cuales existirá una ocupación de sujetos en un futuro mediano.

Finalmente no se limitan garantías individuales de los fumadores ya que huelga señalar como ejemplo la orden de expropiación, se debe de anteponer el interés colectivo, generando un medio ambiente sano, al particular.

BIBLIOGRAFÍA

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal. 2001 3411pp.

García Ramírez, Sergio, *Curso de Derecho procesal penal*, 5ª Ed, México Editorial Porrúa. 1989.

Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil 7ª ed.* México. Editorial Harla, 1995.

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, Número 4, Diciembre de 2007. "Guía para el estudio de los derechos humanos y la convención Americana sobre los Derechos Humanos."

Garza de los Santos, Olivia. "La inconstitucionalidad de la ley general antitabaco". *Revista El mundo del Abogado*. Septiembre de 2008.

LEGISLACIÓN FEDERAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General para el control del tabaco.

Ley General de Salud.

DVD Y CD: COMPILA XV Legislación Federal y del Distrito Federal; IUS 2008. Poder Judicial de la Federación, COMPILA TRATADOS INTERNACIONALES.

Derecho Penal del enemigo

Martín Orozco Toledo*

I. JUSTIFICACIÓN

El poder dedicar unas líneas para formar un texto que va a compartir un espacio muy importante en la *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, a la mano de personalidades sumamente capacitadas de nuestro Instituto, es sin duda, un gran motivo de satisfacción y orgullo, debido a la excelente participación de los que escriben sus artículos, provistos de interesantes conocimientos, comentarios y aportaciones al campo del derecho, y esperando sirva este trabajo como principio de elaboración jurídica para que su estudio y conocimiento se perfeccionen y profundicen, forjando el criterio u opinión de lo que se expone.

En el presente ensayo se realiza una breve exposición de las principales características que componen al concepto que sus autores denominan Derecho Penal del enemigo, desde su fundamento iusfilosófico, tendencia y quimera dogmática del mencionado Derecho Penal del enemigo.

El Derecho Penal Ordinario ha experimentado marchas y contramarchas respecto de su desarrollo, adoptando a su vez a través de la historia, distintos matices e influencias, en su mayoría de agravamiento de las penas.

* Oficial administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Una de las muchas consecuencias destacables en el ámbito jurídico-político de la actual atención obsesiva prestada hacia el terrorismo internacional islamista es la difusión nada desdeñable que están teniendo doctrinas jurídicas incompatibles con el constitucionalismo garantista. Tal vez la más conocida de estas doctrinas y la que ha causado mayor impresión a los juristas académicos en Europa es la designada con la expresión "derecho penal del enemigo", ingenitada a nivel dogmático por el penalista alemán Günther Jakobs, profesor emérito de la Universidad de Bonn.

Los contenidos y presupuestos elementales de la doctrina de Günther Jakobs, refieren que la regulación de la represión penal estatal frente a determinados individuos debería presentar en nuestras sociedades, una doble dimensión: un derecho penal ordinario, o "derecho penal del ciudadano", el cual se debe ajustar a los principios del estado de derecho, y una regulación "técnica" del ejercicio sistemático de la violencia estatal dirigida a la neutralización del peligro que representan para la sociedad ciertos individuos, o "derecho penal del enemigo", el cual se ha de regir exclusivamente por la idea de necesidad al margen de los principios del estado de derecho, es decir, por un criterio de eficacia en la adopción de medios para combatir y neutralizar fuentes de peligro. Por consiguiente, la segunda vertiente de la regulación de la represión penal estatal defendida por la doctrina del "derecho penal del enemigo" no es, según Jakobs, una verdadera regulación jurídica, no es un sector del derecho positivo en el cual aparezcan recogidos y tengan una posición central valores axiológicos positivizados, derechos subjetivos garantizados o intereses legítimos reconocidos, sino una mera reglamentación "técnica" cuyo objetivo es combatir con eficacia y liquidar ciertos tipos de riesgos existentes en nuestras sociedades, los riesgos dimanantes de determinados individuos peligrosos. Según Jakobs, "derecho penal del ciudadano" y "derecho penal del enemigo" deben mantenerse como dos ámbitos separados, sin contaminaciones mutuas.

Se analizará si se contrapone el citado Derecho al concepto de quimera, con el fin de descubrir si el Derecho penal del enemigo se

trata de una mera descripción compuesta de elementos irreales o si por el contrario podría llegar a constituirse como un modelo futuro en pro del mantenimiento de la seguridad ciudadana.

Finalmente, se puntualiza en la necesidad de reflexionar sobre el futuro de un Derecho penal a merced de la protección de peligros y no de libertades.

II. ANTECEDENTES

Se afirma que gracias a la obra del jurista Roxin¹ la gran mayoría de quienes actualmente se dedican a la dogmática penal asume como algo natural la introducción de valoraciones político-criminales² en la construcción de los conceptos que se manejan en la teoría del delito³. En este sentido, puede sostenerse que han quedado prácticamente superados los planteamientos que entendían que dichos conceptos venían ontológicamente dados y que en su definición el intérprete no estaba legitimado para introducir valoración alguna⁴.

Sin embargo, varios sectores de la doctrina han cuestionado la posibilidad de mantener en la actualidad los postulados propios del llamado de manera irónica por el doctrinario Lüderssen⁵: "*buen y viejo Derecho penal liberal*". En efecto, quienes describen al "*nuevo Derecho penal*"⁶ consideran que el mundo del Derecho no es inerte ni estacionario, ni tiene una existencia coercitiva propia porque no es producto de un trabajo de laboratorio, sino que el Derecho es

¹ RAGUÉS I VALLES, Ramón. "Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: hacia una visión integrada". En: *Anuario de Derecho penal. Reforma del proceso penal peruano*. Lima, 2004, p.144.

² ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Buenos Aires, 2000. p.68. Considera que: "el Derecho penal es la forma en que objetivos de política criminal son traducidos en términos jurídicamente válidos".

³ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio*. Volumen I. Arequipa, 2004. p. 9.

⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*. Madrid, 1996, pp. 17-18.

⁵ Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, 2001, p.117. Nota 199.

⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. "¿Qué es la modernización del Derecho penal?". En: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al profesor doctor don José CERESO MIR. Madrid, 2003, pp. 349 y ss.

variable y dinámico impuesto por factores extrínsecos de carácter social, político, económico y cultural que van a condicionar la vigencia de un ordenamiento jurídico determinado⁷.

En esa medida, se sostiene que la sociedad actual no se organiza en función a un modelo de "*luchas de clases*" o exclusivamente del desarrollo industrial del siglo XIX y probablemente de la primera mitad del siglo XX⁸. Los cambios acaecidos en los parámetros sociales han afectado su regulación por parte del Derecho, en estricto, en la planificación político criminal. Hoy somos todos testigos que ante los nuevos peligros producidos por la sociedad post-industrial o "*sociedad de riesgos*"⁹ se ha dado paso a un "*Derecho penal de riesgos*" o "*moderno Derecho penal*" donde, entre otras cosas, ha sido insoslayable la participación activa de la ciudadanía en las políticas criminales quienes ponen en tela de juicio las bases dogmáticas del Derecho penal clásico. En efecto, la tensión provocada por el "*moderno Derecho penal*" en los cimientos, hoy ya no tan rígidos del Derecho penal clásico de corte individualista o liberal-iluminista del siglo XVIII y XIX ha puesto en cuestionamiento, sin lugar a dudas, el carácter subsidiario del Derecho penal. La flexibilización y hasta eliminación, en algunos casos, de principios político-criminales de garantía es "*moneda común*" y a su vez el resultado de una tendencia universal que responde a la idea de mayor eficacia con el menor costo, convirtiendo al Derecho penal de *ultima ratio* en un sistema de *prima ratio* o, en no pocos casos, de *sola ratio*.

Tal como se observó anteriormente, en la actualidad somos testigos del efecto expansivo del Derecho penal que se manifiesta en un remolino impetuoso de intervencionismo estatal sustentado en

⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "La presencia de personas jurídicas como característica del moderno derecho penal del riesgo". En: *Materiales de enseñanza del curso de Derecho penal económico* dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal...* Cit. p. 31

⁹ CARO CORIA, Dino. "Bienes jurídicos colectivos en la "sociedad de riesgo" y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo". En: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Lima, 1997, p.51. Sostiene que las sociedades de riesgos, vendrían hacer aquellas situaciones donde la realidad inevitablemente se percibe y estructura a nivel cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y riesgo.

una creciente flexibilización de los principios, antes rígidos, del Derecho penal clásico.

Sin embargo, hoy por hoy se pone en duda la legitimidad de una política criminal que introduce "*más Derecho penal*" anulando o suspendiendo la tutela de los principios, "*justificándose*" en criterios de utilidad, eficiencia y excepcionalidad. A la aplicación de esta forma de ejercer el poder penal se le ha llamado "*Derecho penal del enemigo*", concepto que creó y propulsó como una postura teórica en la dogmática penal, en el año de 1985 el profesor alemán Günter Jakobs, que justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal sin garantías, sentenciando que era necesaria su existencia e implantación ante un accionar limitado e ineficaz del Estado de Derecho ante el advenimiento apabullante de la globalización del delito en contra de las sociedades (Estados) contemporáneas, porque le otorga al delincuente (o enemigo) la desventajosa categoría de Sujeto de Derecho en desmedro de los llamados "ciudadanos". El jurista Jakobs propuso (en defensa de la aparente extinción del Estado de Derecho) una supuesta evolución o remozamiento de la juridicidad alejada u opuesta a toda concepción axiológica. El análisis de este concepto, el cuestionamiento al que ha sido sometido por un grueso sector de la doctrina, lo nada anecdótico de sus manifestaciones en la política penal de diversos países, y la demostración de su inviabilidad desde una perspectiva económica y social; constituyen el objeto de este trabajo.

III. FUNDAMENTACIÓN IUSFILOSÓFICA

En cuanto a los precedentes iusfilosóficos, resulta patente la influencia del jurista Thomas Hobbes en la concepción del autor alemán Günther Jakobs, en tanto que señala que con la fundación del Estado se supera el estado de naturaleza y los individuos adquieren el status de súbditos, esto es, de ciudadanos.

Sin embargo, sólo cabrá considerar como ciudadanos a quienes en virtud de su renuncia a su derecho a todo y de su transferencia de algunos de sus derechos al Estado, se han obligado a prestar obediencia a las leyes civiles del Estado (el denominado contrato social) y

se sienten vinculados por dicho deber de obediencia, aun cuando eventualmente puedan transgredir las leyes civiles por causas que se encuentran ancladas en la propia naturaleza del hombre.

En efecto, Hobbes únicamente cataloga de enemigo al individuo que comete el delito de alta traición, en la medida en que supone la rescisión de la sumisión y, por tanto, una recaída en el estado de naturaleza. Por consiguiente, este pensador ya conoce un Derecho penal del ciudadano –contra personas que no delinquen por principio– y un Derecho penal del enemigo –contra quien se desvía por principio–. Y mientras que el primero mantiene intacto el status de persona, el segundo lo excluye. En términos kantianos, de quien no admite ser colocado en una Constitución civil hay que separarse ya por la ilegalidad de su estado (*statu iniusto*).

La exclusión del enemigo es, en realidad, "autoexclusión", por cuanto se ha convertido a sí mismo en terrorista o ha incumplido de otro modo sus deberes: el orden ofrece una posibilidad de integración de la que esta potencial persona no hace uso. Jakobs destaca que los ciudadanos tienen un derecho a la seguridad y a exigir al Estado que tome las medidas pertinentes para garantizarlo.

Precisamente, en la teoría hobbesiana este derecho es el que fundamenta y limita al Estado.

La "guerra" a los enemigos tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos: su derecho a la seguridad.

La crítica a su fundamentación iusfilosófica ha sido particularmente intensa en las referencias de Jakobs a Kant, pues refiere que la situación del enemigo en estado de naturaleza: mientras en estado civil-jurídico el individuo brinda la seguridad necesaria, en mero estado de naturaleza, no ofrece ninguna garantía; cuando se refiere al sujeto que en estado de naturaleza priva de la seguridad necesaria, alude precisamente el doctrinario Jakobs: "El estado de naturaleza es precisamente un estado de ausencia de normas y, por tanto, tanto de una libertad excesiva como de una excesiva confrontación"¹⁰. Este estado de naturaleza es, en Kant, sustancialmente esta-

¹⁰ JAKOBS, *HRRS* 2004, p. 92.

do de inseguridad, como lo es en Hobbes:¹¹ en estado de naturaleza no sólo no está garantizada la reciprocidad en el reconocimiento de los derechos privados,¹² sino que es posible en todo momento un conflicto insoluble en relación con los derechos de cada uno.¹³ Esto significa que, en estado de naturaleza, no hay ninguna garantía de mi seguridad y, por tanto, que el estado de naturaleza se distingue por la inseguridad.

Existen motivos para pensar que, en Kant, quien no se somete al pacto provoca inseguridad, aunque por razones distintas a las de Hobbes. Mientras en Hobbes el estado de naturaleza pone en peligro al hombre y resulta por ello decisivo el riesgo para la subsistencia, que exige el establecimiento del pacto;¹⁴ en Kant es la exigencia incondicionada que se vincula con el concepto de la razón práctica. Esto supone que existe un mandato jurídico de abandono del estado de naturaleza, que los hombres están obligados a someterse a él por una razón jurídica a priori, independientemente de cualquier cálculo de interés. La discusión sobre lo tuyo y lo mío respecto a un determinado objeto permite forzar a otro a asumir el pacto porque existe un deber de todos los hombres que puedan llegar a tener relaciones jurídicas a asociarse al pacto: "todos los hombres que pueden tener entre sí (también involuntariamente) relaciones jurídicas, deben pasar a este estado"¹⁵.

En suma, las reflexiones del jurista Jakobs sobre la distinción entre el denominado derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, cuya primera referencia aparece escrita, hace más de veinte años, han originado una polémica que ha superado

¹¹ Sobre esta cuestión en HOBBS, cfr. PÉREZ DEL VALLE, "Sobre los orígenes del derecho penal del enemigo: algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", en *Cuadernos de Política criminal* pp. 605 y ss.

¹² KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), edic. de H. Ebeling, 1990, *Rechtslehre*, 1. Parte, § 9: "Aun en estado de naturaleza sí puede verificarse un real, pero provisorio y externo "mío" y "tuyo"".

¹³ GEISMANN, *Der Staat* 21 (1982), p. 182: "En estado de naturaleza, no sólo no está garantizada la necesaria reciprocidad y respeto de todo derecho privado, sino que incluso es posible en todo momento un conflicto de principio insoluble en relación con todo derecho de cada cual".

¹⁴ Cfr. Thomas HOBBS, en *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, Carlos Pérez del Valle.

¹⁵ KANT, Immanuel, edic. de Rolf Toman, *Bd. 6*, 1995, p. 286.

las fronteras alemanas y que, muy especialmente, ha incidido en la discusión doctrinal española. Por otra parte, el propio tema no es exclusivo del derecho penal sustantivo, sino que se ven implicados aspectos de derecho procesal y constitucional, y el debate alcanza a presupuestos filosófico-jurídicos en su propia fundamentación.

IV. CONCEPTO DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO SEGÚN GÜNTHER JAKOBS

El jurista alemán Günther Jakobs, define al Derecho Penal del enemigo, como un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos.

Afirma que todo en el derecho se basa en prejuicios, y no sólo en juicios, así que también ocurre esto en el "derecho penal del enemigo". Por ejemplo, todos los ordenamientos jurídicos del mundo conocen diferentes calificaciones del robo y siempre se considera que algunas conductas delictivas son más peligrosas que otras, pero después esos prejuicios y supuestos se transcriben con cierto criterio normativo. Ahora bien, si se piensa en fenómenos internacionales, como el atentado del 11 de septiembre, o el del 11 de marzo de Madrid, o el de Londres, y otros actos de terrorismo del mundo actual, seguramente no se puede llegar a la conclusión de que las ideas sobre el terrorismo son prejuiciosas, sino que están basadas en hechos reales y existentes.

De igual forma sostiene que, en el Estado de Derecho es evidente que el enemigo no siempre es tal en todos los aspectos: en algunos órdenes mantiene su status de persona. Por poner un ejemplo: cuando alguien comete un hecho delictivo en forma reiterada, como violaciones con consecuencias graves para la mujer, el juez penal se pregunta, en consideración del peligro del sujeto, qué posibilidad existe de que el sujeto vuelva a delinquir. Entonces se aplica en el derecho penal alemán la custodia de seguridad, que supone una privación de la libertad del sujeto. Pero que esos sujetos manifiesten peligrosidad y sean sometidos a esa custodia no significa que la restricción que se les aplica abarque todos sus derechos, como el derecho de estar saludables o de tener contacto con las familias. La despersonalización del sujeto es parcial, pero también significa que parcialmente hay una despersonalización.

Respecto de la despersonalización, y concretamente sobre el trato que reciben los prisioneros de Guantánamo, el profesor Günther Jakobs dice: "en las primeras ocho semanas después de su captura podía existir cierta justificación internacional sobre el rigor con que debía tratarse a esos prisioneros, porque, entre otras cosas, había que identificarlos y los servicios secretos de Estados Unidos tenían que ver cuán peligrosos eran. Pero ahora que han pasado varios años desde los atentados a las Torres, es inadmisibles que se haya mantenido la misma situación sin haber cambiado el status jurídico de los propios sujetos".

El contenido nuclear de la doctrina "jakobsiana" del "derecho penal del enemigo" es muy sencillo de describir en unas pocas palabras. La regulación de la represión penal estatal frente a determinados individuos debería presentar en nuestras sociedades, a juicio de Jakobs, una doble dimensión: un derecho penal ordinario, o "derecho penal del ciudadano", el cual se debe ajustar a los principios del estado de derecho, y una regulación "técnica" del ejercicio sistemático de la violencia estatal dirigida a la neutralización del peligro que representan para la sociedad ciertos individuos, o "derecho penal del enemigo", el cual se ha de regir exclusivamente por la idea

de necesidad al margen de los principios del estado de derecho, es decir, por un criterio de eficacia en la adopción de medios para combatir y neutralizar fuentes de peligro. Por consiguiente, la segunda vertiente de la regulación de la represión penal estatal defendida por la doctrina del "derecho penal del enemigo" no es, según Jakobs, una verdadera regulación jurídica, no es un sector del derecho positivo en el cual aparezcan recogidos y tengan una posición central valores axiológicos positivizados, derechos subjetivos garantizados o intereses legítimos reconocidos, sino una mera reglamentación "técnica" cuyo objetivo es combatir con eficacia y liquidar ciertos tipos de riesgos existentes en nuestras sociedades, los riesgos dimanantes de determinados individuos peligrosos. Según Jakobs, "derecho penal del ciudadano" y "derecho penal del enemigo" deben mantenerse como dos ámbitos separados, sin contaminaciones mutuas.

Un aspecto importante de la doctrina de Jakobs, es la "personalidad", la condición de "persona" que aborda desde una perspectiva no sólo jurídica *stricto sensu*, sino también ético-política, la cual una atribución social normativa, de la que Jakobs no es partidario de ningún derecho natural teológico o moderno clásico. El ser humano, en sentido físico-psíquico, biológico, no es "persona" *per se*; sólo lo es en tanto que la sociedad le atribuye esta condición. La atribución social de esta condición y, sobre todo, su conservación dependen, según Jakobs, de la conducta del individuo seguida en un contexto social. Si esa conducta se ajusta en líneas generales a los modelos de comportamiento juzgados socialmente aceptables, entonces el individuo conserva sin problemas su condición de "persona", sigue trascendiendo la mera naturaleza biológica de espécimen humano. Si, en cambio, su comportamiento fáctico, real, transgrede gravemente dichos modelos, por decisión o por incapacidad de comportarse de otro modo, pierde su condición de "persona" y queda reducido a mero ejemplar de la especie animal *homo sapiens*. El derecho positivo contemporáneo sólo reconoce derechos, intereses legítimos o garantías judiciales a las "personas", a los individuos que tienen atribuida esa condición social, pero en modo alguno puede -

legítimamente- hacer dicho reconocimiento a favor de meros especímenes biológicos carentes de personalidad. Las especulaciones de Jakobs vienen a decirnos con toda claridad que los individuos privados de su dimensión social normativa elemental no forman parte de la comunidad de sujetos de derecho: sólo deben ser objeto pasivo de regulación estatal en función de los intereses de la colectividad en su conjunto o de ciertas "personas". Cuando estos individuos representan desde un punto de vista fáctico un "peligro" muy serio, esto es, cuando son una fuente de "riesgos" para la supervivencia del orden social establecido, deben ser sometidos a las directrices del "derecho penal del enemigo". Para Jakobs, este es el caso de los terroristas, entendiéndose aquí por tales, los individuos que crean organizaciones terroristas o se integran en las mismas, incluso aunque no hayan cometido ni participado en la comisión de ningún hecho delictivo. Las organizaciones terroristas son, según Jakobs, aquellas cuya pretensión es destruir o desestabilizar mediante el recurso a la violencia el *status quo* político existente. Los terroristas, conforme a la doctrina expuesta por Jakobs, habrían perdido su condición social de personas y se habrían transformado en fuentes de peligro a neutralizar, a eliminar. El medio concreto a emplear por las autoridades para obtener el resultado de la neutralización del riesgo individuo terrorista dependería ya entonces tan sólo de su eficacia y eficiencia (cálculo costes-beneficios) y en modo alguno de la toma en consideración de derechos fundamentales o garantías procesales. Pero los terroristas no serían los únicos seres humanos "despersonalizados" en caer bajo las garras del "derecho penal del enemigo" ni mucho menos. Si bien los escritos *Derecho penal del enemigo* y *derecho penal del ciudadano* y *¿Terroristas como personas en derecho?* se refieren casi en exclusiva al fenómeno del terrorismo, los penalistas españoles Manuel Cancio y Luis Gracia Martín han mostrado cómo los presupuestos de los planteamientos de Jakobs y la ambigüedad textual misma de sus escritos pueden llevar fácilmente a subsumir bajo la categoría de seres humanos privados de la condición social de "persona" a tratar mediante el "derecho penal del

enemigo" nutridos colectivos de individuos que no pertenecen a banda terrorista alguna (delinquentes sexuales reincidentes, maltratadores domésticos, miembros de organizaciones criminales...).

Por último, es importante señalar que tesis jurídico-doctrinales como las de Jakobs no deben despreciarse sin más calificándolas de excéntrico ejercicio académico sin virtualidad jurídica práctica. Ideas similares a las de Jakobs, aunque desarrolladas autónomamente respecto de la dogmática jurídico-penal alemana o, en general, europea, han servido para justificar el derecho de excepción norteamericano impulsado por la Administración Bush tras los atentados del 11 de septiembre de 2001. Este derecho de excepción ha girado en torno a la categoría de "combatiente ilegal" o "enemigo combatiente", el equivalente a la 'no-persona' "jakobsiana". El individuo declarado "combatiente ilegal" o "enemigo combatiente" en virtud de una decisión de la Administración Bush, presunto integrante o colaborador de la red terrorista islámica Al Qaeda, ha quedado excluido desde la perspectiva del poder ejecutivo estadounidense de todo *status* jurídico claro. Tal declaración ha supuesto la privación de la titularidad de los derechos subjetivos y del disfrute de las garantías judiciales previstas en el derecho punitivo "ordinario" para los sospechosos de la comisión de hechos delictivos legalmente tipificados y en el derecho internacional para los prisioneros de guerra, responsables de crímenes de guerra incluidos. **Las medidas gubernamentales adoptadas para combatir a estos "combatientes ilegales" o "combatientes enemigos" carentes de derechos han sido en lo fundamental tres: reclusión por tiempo indefinido en bases militares (sobre todo, Guantánamo), enjuiciamiento con exclusión de cualquier clase de recurso judicial por comisiones militares nombradas, reguladas y supervisadas por el poder ejecutivo (distintas de los tribunales militares legalmente previstos) y sujeción a "técnicas de interrogatorio agresivas", esto es, a formas más o menos sutiles de tortura inadmisibles en la investigación criminal policial.** Todas estas medidas trasladaban al plano de los hechos el postulado de la Administración Bush conforme al cual existe

una guerra de nuevo estilo entre los Estados Unidos y la organización terrorista Al Qaeda que exige actuar tanto al margen del derecho internacional bélico como del derecho federal norteamericano en la medida en que éstos pueden suponer un obstáculo en el camino hacia la victoria sobre la omnipresente Al Qaeda. El radicalismo de la postura de la Administración Bush suscitó finalmente una reacción decidida del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a partir de 2004-2005, que ha accedido a atender recursos relacionados con los "combatientes ilegales" y que ha declarado en sus sentencias la inconstitucionalidad de la prohibición de recurso judicial dirigida a los "combatientes ilegales" y la inconstitucionalidad de comisiones militares sin las garantías judiciales básicas presentes en los procedimientos ante los tribunales civiles y los tribunales militares ordinarios, pero no ha cuestionado la detención por tiempo indefinido de "combatientes ilegales" mientras prosiga la "guerra contra el terrorismo".

Tanto la doctrina del "derecho penal del enemigo" como la figura estadounidense del "combatiente ilegal" suponen una seria amenaza a la subsistencia futura del estado de derecho, dado el enorme potencial expansivo de esta clase de ideas. El fanatismo violento del terrorismo islamista no debe hacernos olvidar este hecho, siempre que, claro está, sigamos atribuyendo a los principios del estado de derecho el valor de logro civilizatorio. Debemos aprender de la experiencia histórica –el convulso siglo XX "breve"– y encontrar maneras de afrontar los conflictos que no desemboquen en la exclusión, la inhumanidad y el asesinato a gran escala.

V. QUIMERA DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El término quimera o quimérico se usa a menudo metafóricamente para describir cosas que tienen atributos combinados procedentes de fuentes diferentes. Por ejemplo, dentro de la mitología griega se le conoce con el nombre de un monstruo mítico con partes de cabra, león y serpiente. Una criatura monstruosa creada por diversos

enemigos. Asimismo, en la actualidad dentro del vocabulario popular se conoce como quimera aquello que se propone a la imaginación como posible o verdadero, no siéndolo. Es decir, como fantasía.

Para poder describir el Derecho penal del enemigo como una quimera, debemos partir por señalar los atributos combinados procedentes de fuentes diferentes que lo componen. En primer lugar, dentro de la primera fase señalada por este autor en 1985, al Derecho penal del enemigo lo componen aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Estos tipos penales se apartan de la pretensión del Derecho penal de la "normalidad", puesto que al faltar la lesión al bien jurídico, la punibilidad encuentra fundamento en la sola peligrosidad del autor manifestada en una acción dirigida a la realización de un hecho futuro.

En este mismo contexto, Jakobs pretende explicar la existencia de dichos tipos penales, señalando al inciso segundo del artículo 30 del Código Penal Alemán referido a la tentativa de participación, dado que para él existe una contradicción entre los principios generales del Código Penal Alemán y el inciso segundo mencionado. Y es en este punto, que este autor principia a denunciar el rol del Estado de Derecho en relación con la descripción del Derecho penal del enemigo. De ahí, que el mismo cite al artículo 30 referido, por considerar que una delimitación clara de actos preparatorios y tentativa punible constituye un postulado de primera clase entre los propios de un "Estado de Derecho".

Para este autor, en un Estado de Derecho no se puede hacer responsable a un sujeto de lo que le es interno, y con esto, no sólo se refiere a la libertad de pensamiento sino al entero "ámbito privado". De esta forma, en términos generales esta normativa refleja el escepticismo de la comunidad ante un peligro. De ahí que, por ejemplo, a través de dichos tipos penales se criminalicen comportamientos que representen la sola permanencia a una organización criminal, es decir, que representen peligrosidad social.

Para Jakobs la doctrina penal como protección de bienes jurídi-

cos tampoco realiza contribución alguna en la limitación de la "anticipación de la punibilidad", la misma "induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico. Lo que con razón se puede calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos". Así observado, desde la protección de éstos, "el sujeto activo de la conducta viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro". Siguiendo esta tesis, se justifica la función manifiesta de la pena como la eliminación de un peligro, puesto que el sujeto activo de la conducta, observado limitadamente desde la protección de bienes jurídicos, es concebido tan sólo como "fuente de peligro". Y sería este el segundo atributo, aquí planteado, del Derecho penal del enemigo.

Este sujeto peligroso, etiquetado como enemigo se caracteriza por haber abandonado el Derecho en forma permanente, son los delincuentes que se desvían por principio, que no ofrecen garantía de un comportamiento personal. Y a fin de hacerles frente, se necesita establecer una confrontación clara entre los mismos y la sociedad, una guerra entre el Estado y el enemigo mediante su inocuización. Por lo que, no se trata en primera línea del castigo de una causación reprochable de daño social, sino de la eliminación preventiva de la fuente de peligro que constituye el hombre así definido como peligroso. Se traslada la atención desde la revuelta en sí al revoltoso, esto es, del Derecho penal del hecho al "Derecho penal de autor". Un Derecho penal de autor que algunos relacionan con una "cacería de brujas", "una cruzada contra malhechores archimalvados" o más recientemente una "cacería de fantasmas". Se trata por lo tanto, más de "enemigos en este sentido pseudo religioso que en la acepción tradicional-militar del término".

Y finalmente en tercer lugar, el atributo a considerar es, que el

Derecho penal del ciudadano nunca se separará por completo del Derecho penal del enemigo. Aun cuando el Derecho penal del ciudadano, se caracterice por el mantenimiento de la vigencia de la norma, y el Derecho Penal del enemigo se oriente a combatir peligros, esto no debe entenderse como dos esferas aisladas del Derecho penal, sino que se trata de dos tendencias opuestas en un sólo contexto jurídico penal que se solapan la una a la otra. En el Derecho penal del ciudadano se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros; así como en el Derecho penal del enemigo incluso al terrorista se le puede tratar como persona al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano. En este mismo sentido, de separar un Derecho del otro, abría que estar en una constante revisión de la normativa. Puesto que el hecho de separarlos no impediría que la normativa en el Derecho penal de los ciudadanos no se exceda –como en la actualidad– en la defensa frente a riesgos futuros. Asimismo, el Derecho penal del ciudadano degenera la figura del delincuente habitual por el delincuente reincidente, y es mediante la misma que se daría (dentro del Proceso Penal) la transición de persona –ciudadano a no persona– enemigo.

Es de reflexionar que en los últimos tiempos el Derecho penal ha experimentado un fenómeno de crecimiento, pasando a intervenir a ámbitos que no habían sido hasta ahora objeto de regulación penal, mediante la introducción de nuevos tipos penales en el código penal o leyes especiales, así como, ampliando los supuestos típicos donde éste ya había intervenido o una agravación punitiva de tipos tradicionales. Dicho de otra forma, se están endureciendo las penas, y se plantea la introducción de nuevas sanciones. Así también, se distingue la reducción de garantías procesales en aras de una mayor "eficacia" global en la persecución del delito. A este fenómeno se le denomina "expansión del Derecho penal", y es mediante su descripción, que se llegará a determinar si el Derecho penal del enemigo como quimera existe o no en un plano real. De ahí que, en forma breve, se señalen las características del fenómeno mencionado.

Debe partirse por entender que la explicación de este vuelco o expansión en la legislación penal surge de la voluntad política de dar respuesta a los requerimientos de las "sociedades modernas", caracterizadas por nuevas formas de criminalidad organizada y de naturaleza económica. De manera que, le corresponde al legislador en aras de hacer frente a las nuevas necesidades de protección optar por la criminalización de nuevas conductas, así como, por el adelantamiento de la punibilidad. Y es, este abordaje de las reformas penales lo que puede situar al delito como un "recurso teóricamente inagotable y al servicio del poder político". De esta forma, al fenómeno de "expansión" del Derecho penal, se le critica una ruptura con los principios de intervención mínima y ultima ratio.

Por otra parte, se critica que la "expansión" del Derecho penal está vinculada a un Derecho penal simbólico. Definido como un fenómeno que delata la crisis de la política criminal actual orientada a las "consecuencias". Este Derecho penal concuerda con las imágenes de la "inseguridad global" y de una "sociedad de riesgo". El Derecho penal simbólico identifica un determinado hecho y un determinado autor, quién es definido no como igual sino como otro. Lo que dará pie a un punitivismo agravado.

Este será el caso cuando respecto a las leyes penales se de una oposición entre lo real y lo aparente, entre lo "manifiesto" y lo "latente", entre aquello "verdaderamente querido" y lo "otramente aplicado"; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. En definitiva, "un engaño", en el sentido de que aquellas no cumplen ni pueden cumplir sus funciones instrumentales manifiestas de protección porque han sido promulgadas únicamente para la producción –función latente– de efectos meramente simbólicos, o cuando las mismas "leyes penales tengan únicamente como fin real calculado "la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido".

De lo anteriormente expuesto, se manifiesta que el Derecho penal simbólico, así como el punitivismo, van de la mano con el Derecho penal del enemigo. Y aun cuando "no aparecen de modo

clínicamente "limpio" en la realidad legislativa" son parte de la política criminal moderna, escapándose dichos términos de existir únicamente en el plano imaginario o fantasioso. La función del Derecho penal del enemigo es así, hasta ahora, en Alemania puramente simbólica; no evidencia ninguna competencia a la solución de los problemas actuales, despertando posibilidades de solución que no pueden o al menos no deberían cumplirse en la realidad. Demostrando una forma puramente expresiva y represiva de abordar determinados conflictos.

De esta forma, de orientarse el Derecho penal del enemigo como un modelo futuro lo haría no de la manera propuesta por Jakobs, sino más bien mediante su extensión dentro del Derecho penal positivo. El mismo "Derecho" se instauraría en razón de la declaración de emergencia mediante una guerra contra enemigos previamente seleccionados.

VI. CONCLUSIÓN

En mi consideración, el "Derecho penal del enemigo" aparece sin duda como una ideología sumamente peligrosa, puesto que incluso podría desvirtuarse el mismo, lo que en el pensamiento de algunos operadores jurídicos parece ir encontrando recepción, pasándose a considerar "enemigos" a todos aquellos que cometen un delito, ello por supuesto, sería sumamente grave, ya que se estarían violando palmariamente derechos fundamentales pacíficamente consagrados en las Constituciones y tratados internacionales, lo que nos llevaría al caos, al permitir o fomentar la irracionalidad en el Derecho penal, volviendo sobre batallas ganadas que tanto han costado a la ciencia de los delitos y las penas.

Definitivamente en nuestro país, no puede tener lugar el citado concepto, pues nuestro sistema de justicia en materia penal es esencialmente garantista, es decir; con derechos o garantías del gobernado cuyo origen recordemos, surgen no de elaboraciones de juristas, politólogos o sociólogos, ni nacen como producto de una reflexión de gabinete, sino como auténticas vivencias de los pueblos o de

grupos que constituyen a éstos, quienes materialmente se las arrancan al soberano para lograr el pleno reconocimiento de libertades y atributos, que se supone corresponden a la persona humana por el simple hecho de serlo.

Las llamadas garantías constitucionales, que son también mencionadas como garantías individuales, derechos del hombre, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos del gobernado o derechos públicos subjetivos, entrañan una facultad que se deriva de un norma, y que se erigen como medios efectivos de protección en contra del actuar errático y arbitrario de los organismos del Estado, evitando así que éste, desbordando el marco legal y de igualdad, subordine caprichosamente al particular a sus intereses.

En contraposición a lo anterior, se encontraría el Derecho Penal del Enemigo que no es más que una tendencia a desconocer al ser humano como individual, libre, digno, social e imperfecto. Tendencia que se presenta como sinónimo del retroceso de los principios penales garantistas, de los principios generales del derecho y de los derechos fundamentales de la persona, mismos que son celosamente protegidos en nuestro país.

I nconstitucionalidad del artículo 420, fracciones IV y V, del Código Penal Federal (delitos contra el ambiente y la gestión ambiental)

*Germán Ramírez Luquín**

Dentro del amplio abanico de los derechos fundamentales de que gozamos en nuestro país, algunos de los cuales se encuentran reconocidos por nuestra Carta Magna la que los denomina "garantías individuales" y una de ellas, lo es la seguridad jurídica, misma que se define como la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad, pero si ésta por alguna razón debe afectarlos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias; esto es, con la seguridad jurídica no quedamos en estado de indefensión o de incertidumbre jurídica, porque el Estado está obligado a respetar irrestrictamente el orden jurídico vigente; sin que dicha garantía pueda ser limitada con el pretexto de que en el texto de la Constitución General no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan, pues vale por sí misma.

Ahora bien, el artículo 14 constitucional, en su tercer párrafo prevé las garantías de exacta aplicación de la ley en materia penal y de legalidad que a su vez derivan de la mencionada garantía de seguridad jurídica, las cuales responden al diverso principio *nullum*

* Defensor Público Federal.

crimen, nulla poena sine lege, que prohíbe la analogía o la mayoría de razón en la imposición de penas por la comisión de delitos.

En cuanto a la garantía de exacta aplicación de la ley, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha inferido de la interpretación del texto constitucional antes mencionado, que tal garantía no se circunscribe a los meros actos de aplicación de las normas jurídicas, sino que también a la propia ley que se aplica, la que debe quedar redactada de tal forma que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos; esto es, la autoridad legislativa no puede olvidarse de su deber constitucional de consignar en las leyes penales que expida expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señale como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado; por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza resulta violatoria de la garantía indicada.

Al respecto, dicho órgano jurisdiccional a través de su tesis aislada P. IX/95 publicada en la página 82 del tomo I, mayo de 1995 de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA. *La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplica-*

ción o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República."

Por su parte, la Primera Sala de dicho tribunal al sustentar la tesis aislada 1a. XLIX/2002 consultable en la página 58 del tomo XVI, julio de 2002 de la misma época y publicación referidas anteriormente, se ha pronunciado de la siguiente manera:

"ROBO DE INFANTE. EL ARTÍCULO 302, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA, AL PREVER EXPRESAMENTE LA PENA POR LA COMISIÓN DE AQUEL DELITO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL. La

garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se traduce en la prohibición de imponer penas por analogía o por mayoría de razón, pues la imposición de una pena, implica, también por analogía, la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción a un caso que no está expresamente castigado por ésta, es decir, aquella imposición y aplicación por analogía, es la que proscribe dicha garantía, ya que la pena que se pretendiera imponer al hecho no penado en la ley, no tendría una existencia legal previa, violándose con ello los principios nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege; asimismo, es de precisarse que la mencionada garantía no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trate, sino que obliga también al legislador a que, al expedir las normas de carácter penal, señale las conductas típicas y las penas aplicables con tal precisión que evite un estado de incertidumbre jurídica al gobernado y una actuación arbitraria del juzgador, por lo que la ley penal debe estar concebida de tal forma que los términos mediante los cuales especifique los delitos o las penas, sean claros, precisos y exactos a fin de evitar que la autoridad aplicadora incurra en confusión ante la indeterminación de los conceptos y, en consecuencia, en demérito de la defensa del procesado..."

En cuanto al principio de legalidad penal, debe decirse que éste constituye un importante límite externo al ejercicio del *ius puniendi* del Estado; ello es así, porque en términos del artículo 73, fracción XXI, es facultad exclusiva del Congreso de la Unión establecer los delitos y las penas a través de una ley en sentido formal y material, por lo que en acatamiento a dicho precepto constitucional nuestra Carta Magna impide que los Poderes Ejecutivo y Judicial –este último a través de la analogía y mayoría de razón– configuren libremente delitos y penas.

Lo anterior se explica porque no sólo debe proporcionarse a los gobernados una simple garantía de seguridad jurídica, representada por la exigencia de predeterminación normativa de lo punible, sino de libertad, al condicionar taxativamente el catálogo de delitos y penas a la decisión del Poder Legislativo, quien funciona como freno ante los posibles abusos de los Poderes Ejecutivo y Judicial; de ahí que el principio de legalidad en materia penal exija, a su vez, la reserva absoluta de la ley en sentido formal y material, para que la ley proporcione certeza jurídica en cuanto a las conductas cuya comisión pueden traer consigo la privación y restricción de la libertad individual.

En ese sentido, se toma en cuenta lo expuesto por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito en su tesis aislada publicada en la página 1879 del tomo XXIII, febrero de 2006 de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con los siguientes rubro y texto:

"PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LA TIPICIDAD CONSTITUYE SU BASE FUNDAMENTAL Y RIGE, CON LOS PRINCIPIOS DE TAXATIVIDAD Y DE PLENITUD HERMÉTICA DERIVADOS DE AQUÉL, COMO PILAR DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. El artículo 14 de la Constitución Federal consagra el conocido *apoteagma nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege certa* traducible como el que no puede haber delito sin pena ni pena sin ley específica y concreta para el hecho de que se trate; de ello deriva la

importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico. La tipicidad es un presupuesto indispensable del acreditamiento del injusto penal que se entiende como la desvaloración de un hecho sin ponderar aun el reproche posible a su autor, y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige, con todas sus derivaciones, como pilar de un sistema de derecho penal en un estado democrático de derecho. Así, del propio principio podemos encontrar como derivaciones los de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley, es decir, que la descripción típica no debe ser vaga ni imprecisa, ni abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad; de igual forma, el principio de plenitud hermética en cuanto a la prohibición de analogía o mayoría de razón en la aplicación de la ley penal, traducándose en la exigencia de exacta aplicación de la ley que se contiene de manera expresa, en el caso mexicano en el actual párrafo tercero del artículo 14 constitucional que dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

Por otro lado, del contenido del artículo 14, párrafo tercero constitucional deriva el principio de reserva de la ley penal, el cual puede entenderse como la remisión que hace la Constitución para que sea precisamente una ley y no otra norma jurídica la que regule una determinada materia. En otras palabras, se está ante una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador ordinario, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico; dicho principio presenta dos aspectos; por una parte, prohíbe la intervención en las materias reservadas, de órganos distintos al Poder Legislativo; por la otra, prohíbe al legislador reenviar las disciplinas de esas materias a otras fuentes distintas a la ley.

Esto es, si la reserva de ley es establecida por la Constitución, el

efecto será que el Poder Legislativo no podrá prever o autorizar a los poderes reglamentarios del Ejecutivo para regular dicha materia, sino que tendrá que hacerlo por sí mismo: cuando la Constitución dispone que sea el Legislativo el que regule una cierta materia, se entiende que dicha regulación tiene que ser efectiva, es decir, completa, suficiente y no puede servir como pretexto para trasladar una facultad del Legislativo a algún otro órgano del Estado. En este caso, los destinatarios principales de las reservas de ley son los órganos que producen el derecho, que lo crean, y no aquellos encargados de su aplicación; por otro lado, a través de la reserva de ley se tutelan los derechos de las personas contra las intromisiones del Poder Ejecutivo; esto es, las personas sólo pueden ver restringida su libertad por virtud de una "ley", no por actos administrativos que no tienen esa jerarquía normativa; aunque dicho principio solamente abarca el campo de la determinación de las conductas punibles y el establecimiento de sus respectivas consecuencias jurídicas, esto es, las penas que se deban imponer en cada caso; ya que fuera de esos dos temas la ley puede remitir a las normas reglamentarias otras cuestiones que también tienen que ver con la materia penal en sentido amplio. De donde se desprende que no existe pena ni delito si no existe previamente una ley que los establezca, es decir, para que una conducta o hecho determinado pueda ser considerado como delito y, por tanto, motivo de aplicación de una pena, es indispensable que una ley que repunte ese hecho o conducta como tal; por lo anterior, la función legislativa en materia penal ha sido reservada constitucionalmente al Poder Legislativo, integrado por ambas Cámaras, es decir, el Congreso de la Unión, en términos del artículo 73, fracción XXI, constitucional.

En efecto, se trata de un requisito inherente a esa tarea de definición de las distintas conductas que se estiman merecedoras de sanción que, por imperativo del principio de reserva absoluta de ley, está atribuida en exclusiva al legislador. En consecuencia, el mandato de tal actividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal que pueda ser conocido por las personas, lo que es objeto de prohibición.

Así, para garantizar debidamente la seguridad jurídica de las personas no bastaría con una tipificación confusa o indeterminada que llevara a los gobernados a tener que realizar labores de interpretación, para las que no todos están preparados y de esa manera tratar de conocer lo que les está permitido y lo que les está prohibido hacer. Es por ello indispensable que toda formulación típica sea lo suficientemente clara y precisa como para permitirles realizar su comportamiento sin temor a verse sorprendidos por sanciones que no pudieron prever. En este aspecto, lo que está prohibido es que la norma penal induzca a errores o los favorezca con motivo de su deficiente formulación.

Al respecto, cobra relevancia el criterio sostenido por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en su tesis aislada, consultable en la página 575 del tomo VIII, noviembre de 1998 de la misma época y publicación, cuyo rubro y texto se transcriben a continuación:

"SALUD, DELITO CONTRA LA. NARCÓTICOS, SU CARÁCTER SE ESTABLECE ÚNICAMENTE A TRAVÉS DEL PROCESO LEGISLATIVO. *El hecho de que la sustancia denominada fenilpropanolamina haya sido considerada por la autoridad sanitaria como psicotrópico del grupo III del artículo 245 de la Ley General de Salud, en los listados publicados en el Diario Oficial de la Federación en fechas veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cinco, de acuerdo a lo contemplado en el numeral 246 de la ley en cita, no es suficiente para determinar que aquéllos constituyen una reforma, adición o modificación del precepto 245 referido, pues lo más que se podría concluir es que de conformidad con el segundo numeral, la Secretaría de Salud, consideró tal sustancia, para los efectos de esa ley como psicotrópico, pero no por ello suponer que dicha sustancia se encuentre prevista en el citado artículo 245 y que es determinada por la ley, porque no es el legislador el que la introduce, sino la Secretaría de Salud la que la considera. Sostener lo contrario, implicaría que el Congreso de la Unión le hubiere otorgado facultades para legislar a una autoridad sanitaria que pertenece al*

Ejecutivo, lo cual resulta contrario a derecho; por tanto, es incorrecto afirmar que la fenilpropanolamina es una sustancia considerada como psicotrópico por una ley exactamente aplicable al caso de que se trata (Ley General de Salud), de conformidad a lo estatuido en el numeral 193 del Código Penal Federal en sus dos primeros párrafos, que precisa cuáles son las sustancias que deben ser consideradas como narcóticos (objeto material) en los delitos contra la salud. Lo anterior encuentra su explicación en todos los argumentos que sustentan al principio de la división de poderes que nuestra Constitución acoge, y en los diversos que indican que la determinación de las conductas merecedoras de una pena, debe ser responsabilidad del Poder Legislativo, como un acto en el que se manifiesta la voluntad mayoritaria del pueblo, y que tales conductas deben tener la publicidad necesaria para que el ciudadano como destinatario de la norma penal, conociendo los hechos punibles, pueda orientar su conducta. Publicidad que no se genera en una disposición de carácter administrativo, como la que nos ocupa, por más que se encuentre autorizada en la legislación ordinaria. En suma, considerar que tal sustancia sí se encuentra prevista en el citado artículo 245, por virtud de los listados de mérito y, que por ende puede ser objeto material de los delitos contra la salud, es una flagrante violación al principio nullum crimen nulla poena sine lege, que consagra el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Federal."

Por otra parte, del contenido del artículo 14, párrafo tercero constitucional se desprenden los siguientes principios que rigen en materia de legalidad penal: los elementos esenciales de toda norma penal son, a saber: 1) la conducta, esto es, la acción u omisión previstas en el supuesto hipotético, y 2) la pena o sanción a imponer, que constituye la consecuencia de la actualización de la conducta típica; por tanto, en respeto al principio de reserva de ley es indispensable que tanto la conducta como la sanción se encuentren descritas en una ley en sentido formal y material, producto de la discusión de una asamblea legislativa, por las razones que han quedado expresadas con antelación.

En ese sentido, la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal, al

interpretar los alcances del principio de legalidad que en materia penal consagra el artículo 14, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha determinado que aquél consiste en que los delitos sean establecidos únicamente mediante un acto legislativo, es decir, que provenga del órgano que tiene atribuida la función de crear leyes –aspecto formal– y en que los elementos esenciales de aquellos, tales como la conducta y la pena a imponer, también se encuentren consignados en la ley –aspecto material–; todo ello con la finalidad de proporcionar seguridad jurídica a las personas para que sepan cuáles conductas constituyen un delito y cuáles no y en su caso, qué penas se les podrán imponer y de esa manera evitar cualquier arbitrariedad por parte de las autoridades encargadas de la procuración e impartición de la justicia, al ser el legislador y no otro órgano quien precise los elementos que integran el delito.

Sobre el particular, debe tomarse en cuenta que la eficacia protectora del principio de legalidad en materia penal, se produce en una doble dimensión; la primera, por virtud de la cual se reserva al Congreso de la Unión –o su equivalente en las entidades federativas–, la determinación de los elementos que conforman la conducta delictuosa, para preservar de ese modo el derecho fundamental de la libertad personal impidiendo que órganos administrativos o sujetos diversos de aquél decidan sobre el alcance de dicha conducta; y la segunda, atiende al propio contenido de la descripción legal, pues prohíbe al legislador el empleo de conceptos o cláusulas en blanco a través de las cuales se deje a la libre voluntad de las autoridades encargadas de la procuración y administración de la justicia el tratamiento que ha de concederse a los sujetos a un procedimiento penal en cada caso concreto. En otras palabras, la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a cualquier norma diversa a la ley, con lo cual ningún otro acto de carácter general o normativo –que formalmente no sea una ley– será válido para desarrollar la materia reservada, lo que se traduce en que el legislador ordinario debe establecer la regulación determinada, sin que pueda

remitirla a otras normas secundarias o a actos, aun generales, de naturaleza distinta a la ley.

Ahora bien, en el Capítulo Segundo del Título Vigésimo Quinto del Libro Segundo del Código Penal Federal existen diversas figuras típicas relacionadas con el medio ambiente y la biodiversidad, entre ellas las establecidos en las fracciones IV y V del numeral 420 de ese cuerpo de leyes, en donde se dispone lo siguiente:

"Artículo 420.— *Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:*

(...)

IV.— *Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial,...o*

V.— *Dañe algún ejemplar de las especies de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas señaladas en la fracción anterior...".*

Así, en las fracciones antes referidas se tipifica un delito contra el ambiente y gestión ambiental, cometido con motivo de realizar actividades con fines de tráfico, o capturar, poseer, transportar, acopiar, introducir al país o extraer del mismo, ejemplares o sus productos, de especies de flora o fauna, silvestres, ya sean terrestres o acuáticas (sólo las que están en veda) que hayan sido consideradas como endémicas, amenazadas, en peligro de extinción o sujetas a protección especial.

Por su estructura, tales delitos deben ser considerados como de peligro y no de resultado; esto es, para su actualización basta con que se ponga en riesgo el bien jurídico tutelado sin necesidad de que se actualice daño o menoscabo alguno de las propias especies de flora o fauna silvestres, ya sean terrestres o acuáticas (en caso de que se encuentren en veda).

De lo anterior se advierte que, en cuanto a los elementos que

integran la comisión de esos tipos penales, se requiere de la concurrencia de tres elementos materiales, a saber:

1) La existencia material de especies de flora o fauna silvestres, ya sean terrestres o acuáticas (en caso de que se encuentren en veda);

2) Que con ellas el sujeto activo realice actividades con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo; y

3) Que tales especies de flora o fauna silvestres estén consideradas como endémicas, amenazadas, en peligro de extinción o sujetas a protección especial.

De esos elementos, los dos primeros se encuentran claramente establecidos en una norma que tiene el carácter de ley en sentido formal y material, por haber sido expedida por el Congreso de la Unión en ejercicio de una facultad constitucional; sin embargo, el problema se presenta al momento de saber a qué fuente debemos acudir para determinar si las especies de flora o fauna silvestres están consideradas como endémicas, amenazadas, en peligro de extinción o sujetas a protección especial, pues no basta para ello con acudir al diccionario para saber qué significan tales términos, ya que el hecho de que sepamos que endémicas son las especies vegetales y animales que son oriundas de nuestro país, por encontrarse solamente dentro de él; mientras que amenazadas son las especies que próximamente pueden resentir un daño o peligro; por último, que se encuentran en peligro de extinción signifique el peligro de que una especie desaparezca; sin embargo, tal conocimiento de carácter general no basta para saber de manera plena si determinada conducta es típica o no, por no saber si determinada especie de flora o fauna silvestres, se encuentra en esas condiciones, mucho menos nos basta para determinar que se encuentran bajo protección especial de la autoridad en la materia.

Lo anterior, porque en ninguna parte del Código Penal Federal se definen tales términos, ni en alguna otra ley como lo podría ser la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente o alguna otra; sino que por el contrario, si queremos conocer la defi-

nición técnica de lo que significa especies en peligro de extinción, amenazadas, sujetas a protección especial o endémicas y saber de forma exacta qué especies se encuentran dentro de esas clasificaciones se debe consultar la NOM-059-SEMARNAT-2001 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 06 de marzo de 2002 y consultar su Anexo Normativo II para conocer exactamente qué especies de flora y fauna silvestres se encuentran dentro de esas categorías, porque si no lo están, no sería delictuosa la conducta por más daño que pueda producir al medio ambiente y a la biodiversidad de nuestro país y quien establece la calidad de especie acuática en veda lo es la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales por disposición expresa del artículo 81 de la ley antes referida.

Por tanto, ante tal indefinición de la ley penal podemos considerar que en el presente caso nos encontramos ante una norma penal en blanco, toda vez que al establecer el legislador ordinario los tipos penales de mérito, no establece todos sus elementos ni hace una remisión expresa a alguna otra norma jurídica que tenga el carácter de ley; sino que por el contrario, para saber a ciencia cierta qué significan tales términos, es que nos debemos remitir a lo que expresamente señala al respecto la NOM citada con anterioridad.

De lo que se desprende que los elementos normativos de los tipos penales previstos en el artículo 420, fracciones IV y V del Código Penal Federal, no aparecen en la ley penal sino en un acto administrativo, pues no basta que en la norma penal se incluyan los términos: **"realizar actividades con fines de tráfico, o capturar, poseer, transportar, acopiar, introducir al país o extraer del mismo, ejemplares o sus productos, de especies de flora o fauna, silvestres, ya sean terrestres o acuáticas (sólo las que están en veda)"**, para que su destinatario sepa cuál es exactamente la conducta que aquélla prohíbe, ya que debe acudir necesariamente a lo dispuesto por la autoridad administrativa a través de su actuar formal y materialmente administrativos para saber cuáles son las especies que considera como endémicas, cuáles considera en peligro de extinción y cuáles ha sujetado a una protección especial; esto es, la remisión

tácita que hace el precepto del código sustantivo antes mencionado a un acto de naturaleza formal y materialmente administrativo no es un simple envío a otra norma, sino que ello implica que el Poder Ejecutivo, a través de la norma oficial de mérito legisla en materia de delitos, lo que está prohibido por el artículo 73, fracción XXI, en relación con el 14, tercer párrafo, ambos de la Constitución Federal.

Ello es así, porque para conocer qué especies de la flora y fauna silvestres son consideradas como endémicas, en peligro de extinción o sujetas a protección especial se tiene que acudir a una Norma Oficial Mexicana expedida por la SEMARNAT, lo que implica desnaturalizar la esencia del derecho penal que se sustenta en el principio de la exacta aplicación de la ley; pues dicha garantía, como se ha dicho antes, abarca no sólo a los actos de aplicación, sino también a la propia ley, la que debe estar redactada de tal forma que los preceptos en los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado.

Para mayor claridad del tema, debemos mencionar que los denominados tipos penales en blanco son supuestos hipotéticos en los que la conducta que se califica como delictiva está precisada en términos abstractos, pues se requiere de un complemento para quedar plenamente integradas. Así, pudiera hablarse en sentido impropio de una norma penal en blanco en aquellos casos en donde se requiere la declaratoria de otra ley para tener como ilícita la conducta reglada en el dispositivo penal, toda vez que el supuesto de hecho no aparece en su totalidad, debiendo acudir, para su complemento, a otra norma o conjunto de ellas de naturaleza extrapenal; en este sentido, si bien la ley especifica la penalidad aplicable y describe en términos abstractos la figura típica de la infracción, ésta realmente se integra con un elemento que es determinado *a posteori* mediante la aplicación de otra norma.

Ordinariamente, la disposición complementaria se encuentra comprendida dentro de las normas que integran el mismo ordenamiento legal o en sus leyes conexas, pero que de cualquier manera han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente concedidas a dicho cuerpo legislativo en la fracción XXI del artículo 73 constitucional pues, como se ha dicho, la función legislativa en materia penal ha sido reservada constitucionalmente al Poder Legislativo.

Empero el problema de constitucionalidad de las denominadas leyes penales en blanco no resulta cuando la norma penal remite a una ley extrapenal en sentido formal y material, como cuando por ejemplo, el código punitivo federal remite expresamente a la Ley General de Salud, concretamente en sus artículos 237, 245, fracciones I, II y III y 248 para saber qué sustancias forman parte de los delitos Contra la Salud en sus diversas modalidades o a lo dispuesto en la materia por un tratado internacional que haya sido signado por México; sino sólo cuando el Código Penal Federal reenvía a otra norma que no tiene carácter de ley en sentido formal, como en el caso de los tipos penales establecidos en el artículo 420, fracciones IV y V del ordenamiento legal mencionado en último término; dando así entrada en la descripción típica a regulaciones de procedencia reglamentaria o hasta meramente administrativa y, en consecuencia, a una participación del Poder Ejecutivo en la configuración de las conductas prohibidas; por tanto, en el presente caso la ley en sentido formal y material no describe de manera clara, precisa, ni exacta, cuál es la acción u omisión sancionable, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, como lo exige el artículo 14, párrafo tercero constitucional; sino que por el contrario, la naturaleza, contenido y alcances de la acción ilícita están contenidos en un acto administrativo como lo es la NOM-059-SEMARNAT-2001 y no en una ley y con ello se deja en manos de la normatividad administrativa integrar en todo o en parte el cuerpo del delito, cuya presencia resulta inexcusable o esencial para efectos de tipicidad de la conducta.

Dicho de otra manera, la desobediencia a un acto administrativo se eleva al rango de elemento típico *sine qua non*, con lo cual, finalmente, el Ejecutivo interviene decisivamente en la determinación del ámbito de lo prohibido a nivel penal, siendo que es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas contra la Federación, pues, se insiste, el hecho de que la actualización de uno de los elementos del tipo penal dependa de una contravención administrativa está sujeta al vaivén natural de la variación reglamentaria, en este caso, a los criterios de inclusión y exclusión de las especies en las diferentes categorías que comprenden el Anexo Normativo II de la NOM antes citada.

Ello es así porque una Norma Oficial Mexicana es el acto administrativo de carácter general que se emite con el fin de regular una determinada condición de calidad o estándares de algún producto o suministro que esté dentro del tráfico comercial, pues la Ley de Metrología y Normativación, en la fracción XI de su artículo 3º, la define de la siguiente forma:

"(Es) la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes conforme a las finalidades establecidas en el artículo 40 que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieren a su cumplimiento o aplicación".

Complementando lo anterior, el artículo 40 de la ley en cita señala que la NOM, tiene como finalidad, entre otras cosas, las siguientes:

"Las características y/o especificaciones que deben reunir los productos, procesos y servicios, cuando impliquen un riesgo para la seguridad de las personas, el medio ambiente o la preservación de los recursos naturales, productos y servicios en general."

Bajo ese orden de ideas, si se admitiera que un tipo penal puede ser integrado con el contenido de una norma oficial mexicana, entonces el Poder Ejecutivo Federal sería quien, a través de un acto

material y formalmente administrativo, añadiría nuevos supuestos o suprimiría los ya existentes, lo cual por sí mismo tendría repercusiones inmediatas y directas en la sede de tipicidad que, como se dijo, está reservada exclusivamente al órgano legislativo por disposición constitucional.

Lo anterior es así, porque el elemento normativo de la acción ilícita está contenido en un acto administrativo, sin que la ley penal en sentido formal y material establezca cuáles son tales elementos normativos, pues se limita a establecer las conductas objetivas, las cuales quedarían desprovistas de su carácter ilícito si la norma oficial antes citada no establece que alguna especie de flora o fauna silvestre, ya sea terrestre o acuática (pero de éstas sólo las que estén en veda) sea considerada como endémica, en peligro de extinción o sujeta a protección especial; esto es, el artículo 420, en sus fracciones IV y V del Código Penal Federal no describe de manera clara, precisa, ni exacta, cuál es la acción u omisión sancionable, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos; sino que es NOM-059-SEMARNAT-2001 la que lo hace, porque en caso de que se ponga en riesgo el bien jurídico tutelado sin necesidad de que se actualice daño o menoscabo alguno de las propias especies de flora o fauna silvestres, ya sean terrestres o acuáticas pero que no están expresamente mencionadas en su Anexo Normativo II, entonces no podrían considerarse como típica tal conducta.

Con lo anterior, se deja en manos de la normativa administrativa construir uno de los elementos del cuerpo del delito cuya presencia resulta inexcusable o esencial a efectos de tipicidad de la conducta que en el Código Penal Federal se define como prohibida, a saber cuáles especies concretamente están consideradas como endémicas, en peligro de extinción, amenazadas o sujetas a protección especial; porque la técnica que en el presente caso empleó el legislador ordinario al redactar el artículo 420, fracciones IV y V del código punitivo federal antes transcritos, de remitir tácitamente a

una norma de inferior jerarquía para la integración del tipo, tiene como efecto necesario que el contenido de la ley penal pueda ir variando por la sola voluntad de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales y del Grupo de Trabajo que se integró para elaborar dicha NOM, con lo cual se modifica de facto el tipo penal sin necesidad de acudir a los procesos legislativos ordinarios, trastocando con ello el origen democrático y representativo que justifica al principio de reserva de ley en materia penal; y por lo mismo, tal proceder del legislador penal resulta ser contrario a la Constitución.

Apoya el criterio anterior, la jurisprudencia 10/2008 sustentada por el Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal del país, consultable en la página 411 del tomo XXVII, febrero de 2008 de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto son los siguientes:

"NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL. *Los denominados "tipos penales en blanco" son supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente. Ahora bien, ordinariamente la disposición complementaria está comprendida dentro de las normas contenidas en el mismo ordenamiento legal o en sus leyes conexas, pero que han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente conferidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, las "normas penales en blanco" no son inconstitucionales cuando remiten a otras que tienen el carácter de leyes en sentido formal y material, sino sólo cuando reenvían a otras normas que no tienen este carácter —como los reglamentos—, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales."*

Y es por ello que el artículo 420, fracciones IV y V del código sustantivo federal penal resultan contrarios a lo dispuesto por el numeral 14, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por no respetar el referido principio de reserva de la ley penal.

La certificación de los defensores públicos federales en justicia federal para adolescentes y su aplicación práctica

Vladimir Axayácatl Reyes Rangel*

Sumario: I.— Introducción II.— Interpretación de la reforma constitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. III.— El cumplimiento de la reforma constitucional por el Instituto Federal de Defensoría Pública. IV.— Actuación del defensor público federal al buscar proteger las garantías individuales de un adolescente V.— Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el año dos mil siete, el Instituto de la Judicatura Federal comenzó a impartir un curso de certificación de Justicia Federal para Adolescentes dirigido entre otros a defensores públicos y asesores jurídicos del Instituto Federal de Defensoría Pública, preparando y capacitando a estos servidores públicos en relación con el sistema establecido en el artículo 18 Constitucional, el cual fue reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el doce de diciembre de dos mil cinco.

Con motivo de ello, de los cursos impartidos en dos mil siete y dos mil ocho, más de quinientos cincuenta servidores públicos de nuestro Instituto han sido certificados en materia de Justicia Federal para Adolescentes, cuya relación fue publicada a finales del mes de septiembre de este año en la página de Internet de la Defensoría

* Oficial Administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Pública Federal, en un acto de transparencia inédito dentro del Poder Judicial Federal.

A la fecha no existe una Ley Federal de Justicia para Adolescentes, expedida por el Congreso de la Unión, ello no impide que los adolescentes detenidos en flagrancia por la comisión de una conducta prevista en la ley federal como delito sean puestos a disposición del Ministerio Público de la Federación, permitiendo la posibilidad de que el adolescente sea defendido por el defensor público adscrito, bien porque sea designado por el mismo adolescente o en su caso por la Representación Social, para llevar su defensa durante la etapa de averiguación previa. En ocasiones la misma autoridad, puede solicitar la comparecencia de un adolescente, cuando éste se encuentre relacionado con la comisión de un delito federal y la indagatoria federal se esté integrando sin detenido.

Ante esta situación, los servicios de defensa penal que brinda nuestra Institución han sido complementados con la especialización de los defensores públicos federales en Justicia Federal para Adolescentes, a fin llevar a cabo una adecuada defensa que cumpla con las exigencias del artículo 18 en relación con el 20 Apartado A fracciones II y IX Constitucionales.

II. INTERPRETACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La reforma al cuarto párrafo y la adición del quinto y sexto párrafos del artículo 18 constitucional, de fecha doce de diciembre de dos mil cinco¹, son del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 18. (...)

(REFORMADO, D.O.F. 12 DE DICIEMBRE DE 2005)

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta

¹ Artículo 18 Constitucional cronología, "Consulta en línea de la legislación federal y del D.F. Más de 350 ordenamientos federales y del Distrito Federal con su cronología, textos y procesos legislativos", <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/Default.htm>

tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

(ADICIONADO, D.O.F. 12 DE DICIEMBRE DE 2005)

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

(ADICIONADO, D.O.F. 12 DE DICIEMBRE DE 2005)

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Los artículos transitorios de la reforma y adición constitucional² analizada, establecen:

"PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor a los tres meses siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO. Los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente Decreto."

² Ídem.

La primera interpretación realizada por el Tribunal Supremo, en relación con la mencionada reforma, fue sobre la edad penal mínima para ser juzgado como adulto por las leyes penales, y en el Amparo directo en revisión 935/2006, la Primera Sala emitió la tesis aislada 1a. CLVI/2006³, señalando en esencia que la reforma al artículo 18 Constitucional establecía una garantía en favor de cualquier persona que, siendo menor de dieciocho años, hubiera desplegado una conducta considerada como delito y, en consecuencia, hubiera sido indiciado, procesado, sentenciado o condenado a una sanción penal, considerando inconstitucional cualquier legislación que estableciera una edad penal mínima distinta a la señalada en el artículo 18 de la Carta Magna.

Desde ese criterio, se vislumbraba la falta de adecuación del legislador ordinario respecto de las normas secundarias a fin de cumplir con la reforma constitucional en comento.

Al resolver la acción de inconstitucionalidad 37/2006 en fecha veintidós de noviembre de dos mil siete, el mismo Tribunal Constitucional en el considerando quinto determinó los alcances y el sentido de la trascendente reforma al cuarto párrafo y la adición del quinto y sexto párrafos del artículo 18 constitucional, de fecha doce de diciembre de dos mil cinco.

³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época; XXIV, Octubre de 2006; Pág. 278; con número de Registro No. 174101, con el rubro: EDAD PENAL MÍNIMA. EFECTOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 12 DE DICIEMBRE DE 2005. "La autoridad jurisdiccional de amparo debe tomar en cuenta el texto vigente de la Constitución Federal al momento de resolver la cuestión planteada, de manera que cuando se está ante una reforma constitucional que altera el contenido de normas generales que no se han ajustado a ésta, dichas normas deben considerarse inconstitucionales a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional de que se trate. En ese sentido, es indudable que ese supuesto se actualiza respecto de todas las normas penales de los códigos punitivos de las entidades federativas que, en materia de la edad penal mínima, no han ajustado su contenido normativo al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor desde el 12 de marzo de 2006, pues a partir de esta fecha, el texto constitucional estableció una garantía individual en favor de cualquier persona que, siendo menor de dieciocho años, hubiera desplegado una conducta considerada como delito y, en consecuencia, hubiera sido indiciado, procesado, sentenciado o condenado a una sanción penal. Por ello deben considerarse inconstitucionales aquellas normas que establezcan una edad penal mínima distinta a la que señala el artículo 18 constitucional."

Y en el considerando sexto realizó una interpretación del sentido y alcance de la reforma y adición al artículo 18 Constitucional que estableció "el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes".

Es ese considerando sexto, a fin de identificar los aspectos tanto sustantivos como procedimentales que implicó la reforma al citado precepto el Tribunal Pleno identificó las siguientes cuestiones:

El sistema de justicia juvenil instaurado con motivo de la reforma y adición al artículo 18 constitucional puede distinguirse por cuatro notas propias, que son:

1) *Está basado en una concepción del adolescente como sujeto de responsabilidad;*

2) *El adolescente goza a plenitud de derechos y garantías que le asisten al ser sometido a proceso por conductas delictuosas (garantista);*

3) *El sistema es de naturaleza penal, aunque especial o modalizada en razón del activo de las conductas ilícitas; y*

4) *En lo que atañe al aspecto jurisdiccional procedimental, es de corte preponderantemente acusatorio.*

Asimismo analizó las peculiaridades del sistema integral de justicia para adolescentes en México así como las fases del mencionado sistema, como son:⁴ (1) prevención, (2) procuración de justicia, (3) impartición de justicia, (4) tratamiento o ejecución de la medida y (5) investigación, planificación, formulación y evaluación de las políticas que incidan en la materia.

También tocó lo relativo a la integralidad, la operatividad, los principios constitucionales rectores y finalmente el régimen transitorio de la reforma constitucional.

En cuanto a la integralidad del sistema, el Pleno determinó que:

"De la doctrina integral de protección de la infancia, se advierte que la integralidad del sistema no se construye a que éste abarque diversas fases solamente, sino que tiene también otras vertientes que caracterizan al sistema mismo y son: (1) que la justicia de menores es una materia multidisciplinaria que requiere atención de varias disciplinas o ramas

⁴ Acción de inconstitucionalidad 37/2006, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pág. 148.

del conocimiento humano y (2) que el objeto del propio sistema está dirigido no sólo a atender la dimensión jurídico penal o garantista de la delincuencia juvenil, sino a atender y cuidar también la dimensión humana (psicológica, afectiva, médica) del adolescente."

De esta interpretación y alcances tomaron sustento los demás criterios que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió al resolver asuntos inherentes a la reforma constitucional en análisis.

Como en los artículos transitorios, la Federación no tiene término alguno para establecer el sistema de justicia previsto por el artículo 18 Constitucional, fue necesario que la misma Sala emitiera un criterio donde interpretara el régimen de transición de la reforma tratándose de delitos federales, y en la tesis jurisprudencial 25/2008⁵, determinó que son dos los ordenamientos que prevén solución a la cuestión competencial, ¿qué tribunales son competentes para conocer de delitos federales cometidos por adolescentes?

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia

⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Op. Cit. 3, XXVII, Junio de 2008, Página: 118, con el rubro y texto siguientes: "DELITOS FEDERALES COMETIDOS POR ADOLESCENTES, MENORES DE DIECIOCHO Y MAYORES DE DOCE AÑOS DE EDAD. SON COMPETENTES LOS JUZGADOS DE MENORES DEL FUERO COMÚN (RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL). Es fundamental e imprescindible para la determinación del órgano competente para juzgar a un adolescente que ha cometido un delito federal, tomar en consideración la reforma constitucional al artículo 18, publicada en el Diario Oficial de la Federación el doce de diciembre de dos mil cinco, en materia de justicia de menores, especialmente, lo relativo a la instauración de sistemas de justicia de menores en cada orden de gobierno (federal y locales), el reconocimiento del carácter penal educador del régimen, el sistema de doble fuero y que los menores deben ser juzgados necesariamente por una autoridad jurisdiccional que esté inscrita dentro de los poderes judiciales. En esa tesitura, es claro que según el nuevo régimen constitucional, corresponde a cada fuero juzgar los delitos cometidos contra normas de cada uno de los respectivos órdenes jurídicos, conforme a lo que se establezca en la Constitución y en sus propias legislaciones. Así, y vinculando lo anterior con lo dispuesto en el artículo 104, fracción I de la Constitución, conforme al cual son competentes los órganos de justicia federal para conocer de aquellos delitos en los términos de las leyes federales, es de considerarse que en el orden jurídico federal, a la fecha, son dos los ordenamientos que prevén solución a esta cuestión competencial, a saber: la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, mismos que prevén soluciones contradictorias, pues mientras uno establece la competencia a favor del Consejo de Menores de la Secretaría de Seguridad Pública Federal (artículo 4, en

federal, da competencia al Consejo de Menores de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, y el Código Federal de Procedimientos Penales lo hace hacia los tribunales de menores de cada una de las entidades federativas, llegando a la conclusión que conforme a los artículos 18 y 104 fracción I de la Constitución, debe resolverse el conflicto competencial conforme a lo previsto en el último ordenamiento legal, porque el Consejo de Menores no es un tribunal judicial.

Al señalar que el Consejo de Menores no es un tribunal judicial, lo hace refiriéndose al aspecto material y formal, porque si bien, tiene facultades materialmente jurisdiccionales, al no ser parte del Poder Judicial formalmente no es un Tribunal, por lo cual su actuación no cumple con las exigencias del artículo 18 constitucional. Lo cual se retoma de la acción de inconstitucionalidad ya mencionada, donde se llegó a la conclusión que cuando la reforma constitucional hace referencia al término "tribunales", debe entenderse que se refiere a tribunales en su doble acepción tanto material como formal, con lo cual es claro que los Consejos Tutelares aun cuando realizan funciones materialmente jurisdiccionales, al no depender del Poder Judicial, ya sea estatal o federal, no son formalmente tribunales; añadiendo la Corte:

"...si se ha admitido la naturaleza penal de este sistema de justicia,

relación con el 30 bis, fracción XXV de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, según reforma publicada el treinta de noviembre de dos mil en el Diario Oficial de la Federación), el otro lo hace, por regla general, a favor de los tribunales de menores que haya en cada entidad federativa (artículos 500 y 501). Así las cosas y ante la imperatividad de la norma constitucional, tal situación debe resolverse a la luz de su conformidad con el nuevo régimen constitucional, razón por la cual el artículo 4º de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, al prever que es competente para juzgar en estos supuestos a un menor el Consejo de Menores dependiente de la administración pública federal, no puede ser considerada admisible como solución al problema competencial en análisis, pues tal órgano no es un tribunal judicial como manda la reforma constitucional en mérito y, en consecuencia y conforme con lo que establecen los artículos 18 y 104, fracción I constitucionales, debe estarse a la diversa regla de competencia que prevé el Código federal adjetivo mencionado, conforme al cual son competentes para conocer de los delitos federales que sean cometidos por adolescentes, los tribunales del fuero común y de no haberlos, los tribunales de menores del orden federal. Lo anterior, hasta en tanto se establezca el sistema integral de justicia de menores y por aquellos delitos que, cometidos durante el anterior régimen constitucional, durante los períodos de vacatio y hasta antes del momento indicado, no hayan sido juzgados.

si se ha aceptado que se inscribe dentro del régimen de asunción plena de derechos pero también de responsabilidades, lo que conduce a que los adolescentes además de gozar de múltiples garantías, éstas también podrán ser restringidas e incluso, así sea en el menor de los casos, los menores podrán ser privados de su libertad, total o parcialmente."

III. EL CUMPLIMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL POR EL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

En la adición al párrafo quinto primera parte de la reforma al artículo 18 constitucional⁶, se estableció:

"La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes."

Y es en el mismo considerando sexto de la acción de inconstitucionalidad multicitada que al analizar el término especializado la Suprema Corte señaló:

"Al considerar los usos que tanto la Constitución como los instrumentos internacionales relacionados con la justicia de menores dan al término "especializado", el Tribunal Supremo establece tres posibles vertientes de significado del término, a saber:

a) Que es un requerimiento constitucional cuyo objeto es regir la organización del trabajo, lo que supondría la creación de dependencias (judiciales o no judiciales) de competencia exclusiva en esta materia; por ejemplo, la creación de fiscalías o mesas especializadas en el Ministerio Público y juzgados especializados (que conozcan exclusiva y excluyentemente de menores infractores). Esto es lo que los instrumentos internacionales llaman "especialización orgánica".

b) Que es un requerimiento constitucional cuyo objeto es regir la asignación de competencias, lo que se traduciría en que la ley dotase expresamente a ciertos órganos de competencia específica en materia de menores, no bastando, entonces, para juzgar a un menor por los delitos que cometiere, la competencia genérica en materia penal o mixta.

c) Que es un requerimiento constitucional cuyo objeto se refiere al

⁶ Artículo 18 Constitucional cronología, op. cit. 1.

perfil del funcionario, lo que supondría un conocimiento específico de la materia y la concientización en cuanto al trato que debe proferirse al menor."

Llegando a la conclusión que el término "especializado" debe entenderse, en primer término y con carácter exigible, como el que se refiere a la especialización de los funcionarios que intervienen en el sistema, lo que implica que tanto policías, ministerios públicos, juzgadores, defensores y, en general, quienes participen en la procuración e impartición de justicia para adolescentes, cuenten con la suficiente capacitación en la materia, que los autorice a ejercer tales funciones.

Entendiendo el mismo Tribunal que el objeto de la especialización ha de ser entendida como una capacitación o instrucción específica de los servidores públicos, a través de la cual tengan conocimiento del sistema de procuración e impartición de justicia, de sus fines, de sus operadores, de la importancia de sus fases y, destacadamente, del fenómeno de la delincuencia juvenil y de la situación del adolescente que delinque.

Considerando asimismo, que son principalmente dos las formas en que tal perfil es susceptible de ser acreditado, a saber: (i) por medio de una certificación expedida por una institución educativa con reconocimiento oficial; y (ii) por una práctica profesional en la materia por un plazo razonablemente prolongado y un prestigio o reconocimiento adquirido en ella que avale el conocimiento amplio de la misma; aunado a las acreditaciones que del perfil psicológico del funcionario o aspirante a funcionario permitan colegir que se trata de uno que reúne la doble dimensión de la especialización (capacitación y trato humanitario).

Con ello, resulta evidente que al especializar a los defensores públicos federales, además de ser supervisados y evaluados periódicamente, y estar con ello certificados como abogados en materia penal federal⁷, garantizando el servicio de defensa penal que brin-

⁷ Carrasco Daza, Constanancio, "El Instituto Federal de Defensoría Pública. Punta de lanza en el régimen de certificación del ejercicio de la abogacía." Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, Número 1, Año 1, volumen 1, Pág. 59.

dan, ahora con la certificación realizada a aquellos que aprobaron la especialización en Justicia Federal para Adolescentes, ello permite, como se ha mencionado, que la defensa que se realice a cualquier adolescente a quien se le atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales federales, sea especializada.

IV. ACTUACIÓN DEL DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL AL BUSCAR PROTEGER LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DE UN ADOLESCENTE

Y a efecto de robustecer lo anterior, incluyó un extracto de la queja penal 60/2007 radicada en el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Primer Circuito, interpuesta por el defensor público federal adscrito a la Agencia del Ministerio Público de la Federación en Iguala, Guerrero, con motivo de la imposición de una multa por parte del Juez Primero de Distrito del XXI Circuito, al presentar una demanda de amparo a favor de un defendido que señalaba ser menor de dieciocho años, y el Ministerio Público de la Federación, lo consignó ante el Juez federal de la misma ciudad de Iguala, Guerrero, al considerarlo probable responsable del delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

La queja fue resuelta en fecha once de octubre de dos mil siete, y en lo conducente el Tribunal Colegiado señaló:

"En las relatadas condiciones, aun cuando en el acuerdo impugnado se haya referido que de la certificación de la Secretaría del Juzgado Quinto de Distrito en el Estado, con residencia en Iguala de la Independencia, Guerrero, se desprenda que el promovente del juicio José Raymundo Cornejo Olvera, no es el defensor Público Federal del quejoso Claudio Ulises Pinto García, toda vez que de los autos de la causa penal 82/2007, de donde derivan los actos reclamados por aquél, se desprende que quien funge con tal carácter lo constituye el diverso defensor público federal Cutberto Joaquín García Cruz, adscrito al precisado órgano federal.

Sin embargo, no por ello debe imponerse al defensor Público Federal José Raymundo Cornejo Olvera, la multa que al respecto establece el

artículo 16, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, porque aun aceptando que a la data en que se presentó la demanda de garantías que suscribió a favor de Claudio Ulises Pinto García, éste ya no fuere su defensor sino el diverso adscrito al Juzgado Quinto de Distrito en el Estado, con residencia en Iguala de la Independencia, Guerrero, de la lectura integral de la demanda de garantías, no se advierte que aquél, al promover el juicio de amparo en los términos apuntados, hubiere obrado de mala fe, conforme a lo que dispone el párrafo segundo del artículo 3º bis de la Ley de Amparo.

En efecto, se afirma lo anterior, porque en el capítulo de los actos reclamados del escrito inicial de demanda, se colige que se demandó la protección constitucional contra actos de la Jueza Quinto de Distrito en el Estado de Guerrero, que hizo consistir en el futuro e inminente auto de formal prisión que en su contra se dicte dentro de la causa penal que se origine con motivo de la consignación de la averiguación previa penal número PGR/GRO/I/DD/70/07, que se integró en contra del quejoso por la comisión del delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, previsto y sancionado por los artículos 11, inciso d) y 83, fracción II, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Lo anterior, según se desprende del diverso capítulo de hechos de la correspondiente demanda, porque al rendir el quejoso su declaración ministerial, en la que el promovente del juicio fungió como su defensor público oficial, señaló que nació en la ciudad de Iguala, Guerrero, el treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, de manera que al día de los hechos contaba con diecisiete años de edad, y asimismo, en autos obran dos dictámenes médicos en los que se concluyó que el quejoso tiene una edad clínica probable de dieciocho años, por lo que al consignarse con detenido la averiguación previa penal correspondiente el treinta de junio de dos mil siete, ante la Jueza Quinto de Distrito en el Estado, existía el temor fundado de que su representado, quien pudiese ser menor de edad, fuere declarado formalmente preso por un órgano jurisdiccional que no forma parte del sistema integral de justicia para adolescentes, con evidente transgresión a sus garantías individuales.

Aspectos los anteriores que, objetivamente, justifican que el defensor Público Federal no actuó de mala fe al promover el amparo en representación del quejoso Claudio Ulises Pinto García, aduciendo tener un carácter de defensor que ya no ostentaba; es decir, faltando a la verdad ante la autoridad de amparo, puesto que su proceder evidencia que, con bases objetivas, pretendió defender al impetrante de la posible emisión de un acto que indudablemente afectaría su libertad personal (formal prisión), que además lo sujetaría, preventivamente, a un procedimiento penal que se seguiría ante una autoridad federal, y al que, por su probable condición de menor de edad, no debería estar sujeto.

Por tanto, dado que el aquí inconforme, al promover el juicio de amparo de que se trata, ostentándose con el carácter de defensor oficial del quejoso, pretendió defender la libertad personal del quejoso Claudio Ulises Pinto García, la cual constituye una de las garantías individuales más preciadas o sagradas por el hombre, como ha sido criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en dicha hipótesis legal se autoriza el empleo de todos los medios legales para preservarla; por ende, a consideración de los integrantes de este cuerpo colegiado, no cabe imponer multa a quien en defensa de esa libertad interponga un juicio de amparo, aun cuando hubiere faltado a la verdad atribuyéndose un cargo de defensor que sí desempeñó y que pretendió ejercer velando por la defensa del indiciado.

En consecuencia, al no constar acreditada la "mala fe" del proceder del defensor Público Federal José Raymundo Cornejo Olvera, al promover el amparo en representación del quejoso Claudio Ulises Pinto García, ostentándose con el carácter de su defensor, no resulta procedente imponerle multa alguna, en términos de lo previsto por los artículos 3º bis y 16 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."

Ante la falta de cumplimiento de la legislación del Estado de Guerrero, conforme a lo previsto por el artículo 18 Constitucional, transcribo la resolución del Juez Primero de Distrito del XXI Circuito en el juicio de garantías número 147/2008, mismo que fue promovido por el Defensor Público Federal adscrito a la misma agen-

cia antes señalada, ahora especializado en Justicia Federal para Adolescentes y en el cual se concedió la protección de la Justicia de la Unión de forma lisa y llana y en esencia se mencionó:

"Luego es evidente que tanto los Estados de la Federación, entre ellos el Estado de Guerrero, así como el Distrito Federal, tenían seis meses a partir del doce de marzo del seis, para crear las leyes, instituciones y Órganos que se requieran para aplicar el decreto que reformó el artículo 18 de nuestra Carta Magna, es decir para la aplicación de la ley reglamentaria que con motivo de dicha reforma se expediría; sin que hasta la fecha de la emisión del acto reclamado, el Gobierno del Estado de Guerrero, a través de las instancias correspondientes, haya creado las instituciones y las leyes a que se refiere el precepto constitucional en mención.

En consecuencia, el suscrito Juzgador considera que con la entrada en vigor del artículo 18 Constitucional, automáticamente queda abrogada la legislación local y como consecuencia el Consejo Tutelar para Menores Infractores, resulta incompetente para someter a procedimiento y por ende sancionar a los menores infractores en el Estado de Guerrero.

[...]

En ese orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si bien no ha establecido criterio en relación con la abrogación de las leyes locales y respecto a la competencia de las autoridades administrativas para aplicarlas, es evidente que ya se pronunció en relación con la reforma al artículo 18 de la Carta Magna, lo que permite estimar que a partir de la fecha de inicio de la vigencia de la reforma Constitucional, doce de marzo del dos mil seis, en términos del artículo segundo transitorio de la propia reforma, las autoridades que conforman el sistema penal aplicable dejaron de tener facultades para investigar, perseguir, sancionar y ejecutar sanciones derivadas de la comisión de conductas previstas como delitos imputables a menores de dieciocho años de edad, pues el texto Constitucional prevé, a partir de la fecha referida, la competencia de las autoridades, instituciones y tribunales que formen o lleguen a formar el sistema integral de justicia para adolescentes y como ya se anotó, el Estado de Guerrero no ha emitido las leyes y tampoco ha creado las

instituciones correspondientes, de acuerdo con la reforma Constitucional.

Por ende, es evidente que no obstante que las entidades federativas no hayan cumplido con lo dispuesto por el artículo segundo transitorio del decreto de reforma constitucional, como es, crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran, cesó en sus funciones el Consejo Tutelar para Menores Infractores respecto del servicio público que presta, además, tácitamente quedan abrogadas las legislaciones estatales relativas, como la ley de Tutela y Asistencia Social del Estado de Guerrero.

Lo anterior es así, pues al atender a la naturaleza intrínseca y teleológica de las normas transitorias del decreto constitucional en cuestión, puede advertirse que establecen, respectivamente, la entrada en vigor del propio decreto, así como un mandato al legislador ordinario—sujeto a plazo determinado—, lo que constituye una prerrogativa de la legislación de justicia para los menores de los Estados y la desaparición o supresión del servicio público de las autoridades mencionadas.

En tales circunstancias, cabe concluir que la resolución reclamada al Consejo Tutelar para Menores Infractores del Estado de Guerrero, es violatoria de los artículos 14, 16 y 18 de la Carta Magna, en virtud de que fue emitida por una autoridad que carece de facultades para investigar, perseguir, sancionar y ejecutar sanciones, derivadas de la comisión de conductas previstas como infracciones imputables a personas menores de dieciocho años de edad..."

V. CONCLUSIONES

Una certificación que sólo queda en el papel, es una certificación vacía, si bien es cierto que a nivel federal todavía no es expedida la ley en la materia que nos ocupa, no es óbice lo anterior para que la defensa pública permanezca inmóvil ante situaciones que pueden vulnerar las garantías individuales de los representados en su carácter de adolescentes, se repite, se considera que la falta de Ley, no interrumpe la actuación de los defensores públicos federales y tampoco debe interrumpirse por la resolución de incompetencia del Ministerio Público de la Federación, y la consecuente remisión del adolescente a la autoridad que se estime competente.

Porque si bien, de los treinta y tres diferentes sistemas penales que tienen vigencia en nuestro país, comprendiendo a las treinta y un entidades federativas, el Distrito Federal y la Federación, únicamente faltan tanto el Estado de Guerrero como la Federación para crear los ordenamientos legales, instituciones, tribunales y autoridades especializadas que prevé el artículo 18 constitucional, ello no implica que en las restantes treinta entidades federativas así como el Distrito Federal, se haya dado cumplimiento a la norma constitucional, y los defensores públicos federales principalmente los adscritos a la etapa de averiguación previa, deben verificar si efectivamente las legislaciones del fuero común cumplen con la reforma constitucional, e incluso ante el temor de encontrarse ante un adolescente que está siendo considerado como adulto con la consecuente afectación de la libertad personal por leyes penales para adultos, se puede hacer uso del juicio de amparo a fin de proteger las garantías individuales de los adolescentes a quienes nuestra institución brinda servicio.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.— Carrasco Daza, Constancio, "El Instituto Federal de Defensoría Pública. Punta de lanza en el régimen de certificación del ejercicio de la abogacía." Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, Número 1, Año 1, volumen 1, Pág. 59.
- 2.— Resolución de la acción de inconstitucionalidad 37/2006, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, obtenida mediante el módulo de transparencia de la Corte.
- 3.— Resolución de la Contradicción de tesis 44/2007–PS de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, obtenida mediante el módulo de transparencia de la Corte.
- 4.— Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

PÁGINAS DE INTERNET

- 1.– <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/Default.htm> de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 2.– <http://www.ifdp.cjf.gob.mx/> del Instituto Federal de Defensoría Pública.



Flagrancia equiparada

*Édgar Rojas Álvarez**

Se entiende por flagrante lo que flagra o resplandece como la llama o flama, que se está ejecutando actualmente, que ocurre o se realiza en el momento presente, es el mismo momento en que se está cometiendo un delito, es aquello que es **evidente**, completamente cierto, tan claro y manifiesto que resulta indudable o innegable.

La flagrancia equiparada (mutación jurídica de la flagrancia), se entiende como la detención de una persona al estar cometiendo un delito posterior a él, para lo cual se advierten entre otros elementos: que no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde que haya sucedido el acto delictivo, se trate de un delito grave, se haya iniciado la averiguación previa correspondiente y otros elementos más que no están contemplados en nuestra constitución.

La flagrancia equiparada antes de las reformas, según criterios legales, no era inconstitucional, pues el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuando se refería a la flagrancia no especificaba cuáles eran sus elementos básicos, por lo que se hicieron interpretaciones doctrinarias y legales en perjuicio del gobernado; sin embargo, con las reformas publicadas el 18 de junio pasado en el Diario Oficial de la Federación, en dicho precepto constitucional se establecieron de forma clara y precisa las

* Defensor Público Federal.

reglas de la denominada flagrancia, lo que da la pauta para asegurar y establecer que el concepto flagrancia equiparada, perdió vigor y eficacia jurídica.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su cuarto párrafo, hasta antes de la reforma del 18 de junio de 2008, establecía lo siguiente:

"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..."

Se utilizó el término "flagrante", sin definir qué era y en qué consistía, cuáles eran sus alcances y sus límites jurídicos, por lo que el legislador, en un abuso ante la laguna del concepto, extralimitó sus consecuencias, y determinó que la detención de una persona al estar cometiendo un delito podía ser detenida en flagrancia equiparada y la detención se derivaba de que la podía realizar cualquier persona, al sorprender al indiciado en el preciso momento de estar cometiendo el delito o mucho tiempo después de haber cometido el mismo, como son cuarenta y ocho horas después de haber sucedido el hecho delictuoso, como más adelante se analizará.

Por otra parte, en las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se estableció en el cuarto párrafo del artículo 16 constitucional, lo siguiente:

"Artículo 16.

[...]

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención..."

Como se observa en el precepto legal actualizado e invocado, el legislador, mediante la disyuntiva "o", que significa uno u otro, instituyó únicamente dos hipótesis de flagrancia, dejando perfecta-

mente claro qué significa flagrancia, y sobre todo puso límites respecto a las circunstancias de tiempo, y aunque aún faltan las interpretaciones oficiales sobre el concepto "inmediatamente después", queda claro que no son cuarenta y ocho horas después de haberse consumado el delito, quedando claro que las hipótesis son:

1. En el momento en que esté cometiendo un delito.
2. Inmediatamente después de haberlo cometido.

Por lo que únicamente estos dos supuestos encuadran en la denominada flagrancia, por tanto, como podemos observar se fijaron sus reglas, y con ello la llamada flagrancia equiparada dejó de tener efectos jurídicos a partir de la publicación de las reformas constitucionales de este año.

En los artículos transitorios se advierte que dicha reforma actualmente se encuentra en vigor, pues se lee lo siguiente:

"Transitorios.

Primero. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios siguientes.

Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto..."

El párrafo cuarto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al no estar contemplado en las excepciones a que se refiere el segundo transitorio de las reformas constitucionales del 18 de junio pasado, se encuentra en vigor, así que su vigencia y aplicación empezó a correr al día siguiente de su publicación, es decir, el día 19 de junio de 2008, teniendo como consecuencia que el concepto flagrancia equiparada dejó de ser aplicable en nuestra legislación, técnicamente no es funcional, ello se advierte del siguiente análisis:

Ahora bien, el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone lo siguiente:

"...Artículo 193.- Se entiende que existe flagrancia cuando:

I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o

III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir 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..."

Evidentemente que las fracciones I y II del citado precepto legal, es coincidente con lo estipulado en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, sin embargo, el tercer punto es inconstitucional, pues no está contemplado y mucho menos se encuentra previsto en el "nuevo" precepto constitucional que nos ocupa.

El concepto de flagrancia en el delito, como justificación de la detención de una persona sin orden judicial, se refiere a la detención del sujeto activo en el momento de la comisión del delito, además del momento inmediato posterior a la comisión del mismo, cuando se genera una persecución material del sujeto señalado como partícipe en el delito (cuasi flagrancia), de manera que si la persona es detenida en su huida física u ocultamiento inmediato, se considera que aplica la flagrancia y por tanto, se justifica la detención, siendo que el alcance de la flagrancia a que se refería el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de las reformas del 18 de junio pasado, generaba interpretaciones de todo tipo, inclusive la figura establecida en la fracción III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales conocida como *flagrancia equiparada*, que establece una extensión para detener a la persona durante un plazo de cuarenta y ocho horas,

después de la comisión de un delito calificado como grave por la ley y se hubiera iniciado la averiguación previa correspondiente; lo que resultaba ya entonces inconstitucional.

Las detenciones en flagrancia equiparada se refieren, de acuerdo al Código Federal de Procedimientos Penales, concretamente a los casos en que el inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, lo que permite mantener detenido a un sospechoso hasta cuarenta y ocho horas (o setenta y dos en algunos códigos locales), después de la comisión de un delito grave, sin necesidad de una orden de detención (aprehensión, comparecencia o presentación).

Un aspecto importante respecto al concepto de la flagrancia antes de las reformas constitucionales, es que no era muy claro a nivel constitucional, por ello el código procesal federal amplió su ámbito a la flagrancia equiparada, lo que propiamente ya no es una flagrancia, pues permite que se pueda detener a una persona hasta cuarenta y ocho horas después de cometido el delito.

Por este tipo de abuso legislativo, se veía la imperiosa necesidad de que la flagrancia tuviera propio significado de forma clara y propia, sin necesidad de interpretaciones o ampliaciones, que tenía como consecuencia el ser totalmente cuestionable su constitucionalidad, dando lugar a detenciones ilegales, arbitrarias, inconstitucionales, violándose los más elementales derechos fundamentales del detenido, además violarse sus derechos humanos, dando lugar a la corrupción, impunidad y "fabricación" de culpables y "siembra" de pruebas, máxime que la preparación de los policías es muy pobre dejando mucho que desear, pues ellos difícilmente comprenden términos jurídicos como lo son la flagrancia, cuasi flagrancia y flagrancia equiparada.

Una de las mayores recomendaciones por parte de las comisiones de derechos humanos nacionales e internacionales, es la detención ilegal por la supuesta flagrancia equiparada, en donde los

Agentes del Ministerio Público haciendo uso abusivo de las facultades que estipula el artículo 193 fracción III del Código Federal de Procedimientos Penales y mediante un oficio girado a los agentes aprehensores para que se avoquen a la investigación de ciertos hechos delictuosos, dan origen a detenciones ilegales, muchas veces mediante operativos totalmente cuestionables.

La reglas para detener a una persona son la orden de aprehensión y/o reaprehensión (artículo 195 del Código Federal de Procedimientos Penales y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), orden de presentación (artículo 135 párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales) y orden de comparecencia (artículo 157 del Código Federal de Procedimientos Penales), así como la flagrancia (artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 193 del Código Federal de Procedimientos Penales), sin embargo, esta última forma de detención es la que más arbitrariedades presenta por no ser librada por una autoridad judicial.

Si mediante una orden de la privación de libertad de una persona ordenada por una autoridad judicial se cuestiona la inconstitucionalidad de la misma, encontrándose en supuestos como el hecho de que el pliego consignatario ya fue revisado minuciosamente por un Juez, ya se analizó el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado en términos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y se revisaron las constancias de la averiguación previa, mucho más se cuestiona una detención sin una orden judicial, tratándose sobre todo de una detención en flagrancia y más si se trata de su equiparación, lo que ha contribuido a la generación de la desconfianza en las autoridades administrativas encargadas de la procuración de justicia.

Ahora bien, no debemos perder de vista que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, establece que "cualquier persona puede detener al indiciado", sin embargo, existe un poco porcentaje de las denominadas detenciones civiles, es decir, cuando un ciudadano común detiene a un delincuente, la

mayoría de las detenciones en flagrancia son por parte de la policía, y respecto de las detenciones en flagrancia equiparada el suscrito no encontró registros de detenciones civiles en este concepto, ello porque sólo la autoridad ministerial y quienes participan en la integración de la averiguación previa (denunciante, víctima, peritos, personal administrativo, auxiliares, y policía), saben que se ha iniciado la indagatoria correspondiente y tienen cuarenta y ocho horas para detener al delincuente sobre todo si se trata de delito grave así calificado por la ley, de ello el ciudadano común no tiene conocimiento y por lo tanto, no participa en la detención de personas que se encuentran en este supuesto en concreto.

La regla general es que las detenciones se confieren mediante órdenes de aprehensiones, comparecencias y presentaciones que requieren de una orden judicial, la excepción es la flagrancia con lo que se le ha otorgado al Ministerio Público y a la Policía enormes facultades discrecionales para ordenar y ejecutar detenciones legales e ilegales, ello debido a que la flagrancia equiparada permite a la policía mediante una orden de investigación detener a una persona antes de que transcurran cuarenta y ocho horas desde la comisión del delito, aun sin las pruebas suficientes, lo que se convirtió en una amenaza hecha realidad sobre detenciones arbitrarias e inconstitucionales, afectando la seguridad y libertad personal de los gobernados y principalmente violándose sus derechos humanos.

Al permitirse que una persona pudiera ser detenida cuarenta y ocho horas después de haberse cometido el delito, no solamente nos encontramos ante una detención ilegal y arbitraria que profanaba el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no solamente violándose el derecho a la libertad personal del supuesto inculcado, sino también el derecho de la libertad de tránsito, a que se refiere el artículo 11 de nuestra Constitución Federal, que nos da el beneficio de que todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes.

Debe reiterarse que la "nueva" reforma de la Constitución mexicana aclaró el término flagrancia con lo que se aclaran las dudas respecto a dicho concepto y cuya laguna de interpretación y alcances dieron lugar a diversos razonamientos para imponer a la flagrancia equiparada, ahora siendo obsoleto dicho concepto, quedando aclarado en la actualidad cuáles son las hipótesis en las que se puede detener a una persona al momento de cometer un delito y se entiende únicamente que cualquier persona puede detener a un sujeto cuando lo esté cometiendo o inmediatamente después de haberlo cometido, esto es, por lo que respecta al primer supuesto que al que "esté cometiendo un delito" evidentemente que alude al preciso momento de cometerse el acto delictivo (como se diría coloquialmente: agarrarlo con las manos en la masa) y el segundo supuesto "inmediatamente después de haberlo cometido" (cuasi flagrancia) que alude a la persecución material, constante y permanente del delincuente, esto es que la persona no sea perdida de vista, que no se interrumpa su persecución y no haya transcurrido un determinado tiempo, referido a aquello que está cercano en el **tiempo** o en el espacio después de sucedido el hecho delictuoso, y por tanto, cualquier detención que se practique fuera de las hipótesis señaladas tiene como consecuencias que la misma es inconstitucional.

Con la reforma se pretende coartar las amplias atribuciones de la policía y los agentes del Ministerio Público para detener a las personas sin un control judicial (orden de aprehensión, comparecencia o presentación), pues caso contrario se seguirían generado detenciones sin limites, tal y como lo han denunciado numerosas organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales, durante años han sostenido sobre los excesos en las detenciones que se hacen con el pretexto de la flagrancia equiparada, lo que fomenta los abusos por parte de la policía, así como la corrupción que se genera sin que con ello se combata la delincuencia y mucho menos la organizada.

No debe perderse de vista que la flagrancia equiparada tiene connotaciones de violaciones a los derechos humanos, tal y como

se denota en el Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita realizada a México (27 de octubre a 10 de noviembre de 2002), y que fue publicado el 17 de diciembre de 2002, respecto al Tema 11 a) del programa provisional: LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, EN PARTICULAR LAS CUESTIONES DE LA TORTURA Y LA DETENCIÓN, correspondiéndole el número de informe E/CN.4/2003/8/Add.3 (59º período de sesiones), en donde el grupo de trabajo constató que las detenciones arbitrarias son "una de las principales violaciones de los derechos humanos en México", siendo que en parte, las detenciones arbitrarias se permiten, entre otras cuestiones, porque la figura de la llamada flagrancia equiparada "otorga una suerte de 'cheque en blanco' para detener a las personas", concluyendo el informe del Grupo de Trabajo que: "La situación de impunidad de numerosos agentes en cuanto a las detenciones arbitrarias es algo no superado"; para lo cual se transcribe parte de lo establecido por dicho grupo de trabajo:

"...Si bien se ha encontrado en las autoridades una apertura y un deseo de mejorar el control de las detenciones (lo que el Grupo de Trabajo desea resaltar), persisten dificultades para poner en práctica los medios para combatir la arbitrariedad. Se citan dos ejemplos: la presunción de inocencia que no está expresamente establecida en la legislación, y la figura de la flagrancia equiparada que otorga una suerte de "cheque en blanco" para detener a las personas. Los abusos, tanto por corrupción como por la falta de capacitación en una cultura de derechos humanos, ocurridos principalmente en el pasado pero también en el presente, han contribuido para que muchas personas se encuentren en grave situación de vulnerabilidad ante agentes públicos.

[...]

B. Relación entre flagrancia equiparada y detención arbitraria

39. La flagrancia equiparada reposa sobre una concepción extensiva del concepto de flagrancia que permite detener a una persona no sólo cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es

descubierto, o cuando el delito acaba de cometerse, sino cuando la persona, durante el período de 72 horas que sigue a la comisión del delito, es sorprendida con objetos, huellas o indicios que revelan que acaba de ejecutar el delito. El delito ha sido cometido y la persona es detenida después de ser descubierta y perseguida. La consecuencia de la flagrancia equiparada es que permite arrestos sin orden judicial sobre la base de simples denuncias o declaraciones testimoniales, tal como el Grupo de Trabajo pudo comprobar en sus entrevistas con numerosos detenidos. Este supuesto de flagrancia es incompatible con el principio de la presunción de inocencia y genera tanto riesgos de detenciones arbitrarias como de extorsiones.

[...]

B. Recomendaciones

72. A la luz del presente informe, el Grupo de Trabajo invita al Gobierno de México a considerar las siguientes recomendaciones:

a) Modificar, sin esperar la ratificación en curso de los tratados citados, la legislación interna de modo a adaptarla a las normas internacionales, en especial sobre la presunción de inocencia, la flagrancia, la proporcionalidad de las penas en delitos denominados graves, así como los beneficios de preliberación. Asimismo, en cuanto a remedios efectivos para las detenciones arbitrarias, modificar el amparo, tipificar penalmente la detención arbitraria y prohibir la utilización de automóviles sin placas por los agentes encargados de la aplicación de las leyes..."

En el informe mencionado del Grupo de Trabajo de Organización de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria se reiteró que la amplia definición de flagrancia equiparada era incompatible con el principio de presunción de inocencia y generaba el peligro de que cometieran detenciones arbitrarias, por ello la urgencia desde entonces de eliminar la figura de la flagrancia equiparada.

Pero aun más allá, en el año de 1999, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas observó expresamente que la ampliación del concepto de flagrancia contribuía a una amenaza seria a la seguridad de las personas, contraviniendo lo que establece el artículo 9 del Pacto Internacio-

nal de Derechos Civiles y Políticos, y desde entonces se ha pedido a las autoridades mexicanas que reformaran la legislación.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9 establece lo siguiente:

"...Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

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 momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación..."

Por otra parte, del informe de 2003 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México "Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México", se advierten las siguientes recomendaciones:

"... La situación de afectación a la libertad personal detectada debe ser superada mediante tres reformas jurídicas:

a) Delimitar el concepto de flagrancia, para adecuarlo a su sentido

constitucional, en el que se permite la detención de la o el infractor por parte de cualquier persona sólo en razón de la certeza de que existe la autoría del delito..."

Como se advierte de lo transcrito, desde años se ha establecido la inconstitucionalidad, ilegalidad y arbitrariedad de la denominada flagrancia equiparada, siendo que con las reformas constitucionales publicadas el 18 de junio de este año fueron superadas aparentemente dichas recomendaciones, por lo que la pregunta es: **¿qué hacer ahora ante lo estipulado por la fracción III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales?**

La respuesta no es sencilla, pero debemos partir de que la fracción III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales es inconstitucional, pues técnicamente con las reformas publicadas el 18 de junio del presente año en el Diario Oficial de la Federación y que entraron en vigor al día siguiente, fijaron las reglas de la flagrancia y por tanto, se da la pauta para la eliminación de la denominada flagrancia equiparada, aunado a que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos aclara cuáles son los supuestos y momentos en que las personas pueden ser detenidas cuando están cometiendo un delito, sin que se haya estipulado que el inculpado 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, o que se trate de un delito grave así calificado por la ley, o no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, o se haya iniciado la averiguación previa respectiva o no se hubiera interrumpido la persecución del delito; es decir, que los puestos citados de la flagrancia equiparada no encuentran sustento jurídico en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los únicos requisitos son que la persona sea detenida en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo come-

tido, entendiéndose como "inmediatamente después" la posible **persecución** material, constante y permanente del sujeto activo para lograr su detención y ello mediante un lapso brevísimo de tiempo, la flagrancia equiparada dejó de tener vigencia jurídica en nuestra legislación.

Luego entonces, una vez que una persona haya sido detenida mediante la flagrancia equiparada y puesta a disposición del Agente del Ministerio Público de la Federación, lo conducente sería que dicha autoridad ministerial no decretara la retención del inculpado decretando su inmediata libertad, iniciando desde luego, la averiguación previa correspondiente, para culminar en una orden de arraigo o aprehensión, ante lo contrario sería procedente la interposición de un juicio de garantías indirecto en contra del acuerdo de detención o retención decretado por la autoridad ministerial, aunque si el Agente del Ministerio Público de la Federación consigna la averiguación previa con detenido, el juicio de garantías posiblemente se sobreseería por cambio de situación jurídica, pero aun así quedarían a salvo los derechos del inculpado y su defensor de actuar en contra de dicho servidor público (mediante proceso administrativo, penal o ambos) por una posible detención o retención ilegal.

Una vez consignada la indagatoria con detenido en el caso de la flagrancia equiparada a que se refiere la fracción III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, procedería que el Juez de la causa no calificara la detención de legal, no la ratificara y ordenara la inmediata libertad del inculpado, sin que tal supuesto impida al Juez instructor, ante la petición del Representante Social de la Federación, librar posteriormente la orden de captura, así como dictar la formal prisión después de cumplimentada dicha orden, caso contrario, en el que el Juez instructor declarara la detención de legal se podría apelar dicha resolución, en términos del artículo 367 fracción III bis del Código Federal de Procedimientos Penales (considerando el suscrito que no sería lo correcto), y que a la letra dice:

"Artículo 367.- Son apelables en el efecto devolutivo:

[...]

III bis.- Los autos que ratifiquen la constitucionalidad de una detención a que se refiere el párrafo sexto del artículo 16 constitucional..."

Como en el presente caso estamos tratando sobre la inconstitucionalidad de una ley siendo la fracción III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo apropiado sería demandar la inconstitucionalidad de dicho precepto "ilegal" ante los órganos constitucionales, es decir, en lugar de promover la apelación, lo correcto sería interponer un juicio de amparo indirecto alegando la inconstitucionalidad de dicho artículo y fracción citada, pues como se advierte de lo señalado hasta ahora la flagrancia equiparada no solamente es inconstitucional, sino que es incompatible con el principio de la presunción de inocencia que ya se encuentra estipulado en las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el pasado 18 de junio de 2008, dentro del artículo 20 inciso b) fracción I, y que de acuerdo al artículo segundo transitorio aún no entra en vigor, sino que hasta que lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin embargo, ya se encuentra estipulado a nivel constitucional, y que a la letra dice:

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

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa..."

Conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado, además de que el principio de presunción de inocencia reconoce y garantiza en general la protección de derechos fundamentales como son la libertad personal que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales irregulares o en lo que

nos interesa a detenciones ilegales, en concreto dicho principio opera también en las situaciones extraprocesales, como lo es la propia detención del inculcado.

Según la doctrina, el principio de inocencia o presunción de inocencia es un principio jurídico penal que establece la inocencia de la persona como regla, en donde solamente a través de un proceso o juicio en el que se demuestre la culpabilidad de la persona, podrá el Estado aplicarle una pena o sanción.

Otro factor que sustenta que la flagrancia equiparada dejó de tener efectos jurídicos, es que el 11 de junio de 2008, se promovió una iniciativa por parte de ciudadanos legisladores, que contiene un proyecto de decreto que reforma y adiciona diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, del Código Penal Federal, de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de la Ley de la Policía Federal Preventiva, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y de la Ley Federal de procedimiento contencioso administrativo; iniciativa que fue remitida a la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, en donde en la exposición de motivos se anotó lo siguiente:

"... El 6 de marzo de 2008, el Senado de la República, en su carácter de Cámara revisora, aprobó el Proyecto de Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal, enviándolo a los Estados para los efectos del artículo 135 constitucional.

El pasado 28 de mayo, la Comisión Permanente hizo la declaratoria respectiva, con la comunicación oficial de aprobación de 19 Congresos locales, y remitió el Decreto al Ejecutivo para su publicación, misma que al momento de suscribir la presente iniciativa, no se ha realizado, lo cual lo es óbice para la presentación de esta propuesta legislativa.

[...]

Las formas de detención de una persona se encuentran reguladas en la Constitución, sin embargo, ahora el Constituyente Permanente, a fin de evitar posibles excesos, definió el concepto de flagrancia, señalando

que comprende desde el momento de la comisión del delito hasta el periodo inmediato posterior en que haya persecución física del involucrado, por lo que se propone actualizar las hipótesis de detención en flagrancia previstas en el Código Federal de Procedimientos Penales, no limitándose a la persecución material del sujeto sino que inmediatamente después de cometer el delito pueda ser señalada por la víctima, un testigo o partícipe en la comisión del delito y además que existan objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que acaba de intervenir en él.

Vinculado a la medida anterior, es necesario establecer un mecanismo de control a las autoridades que intervengan en la detención, mediante su registro inmediato, previa comunicación al centro de registro de detenciones. En razón de lo anterior se propone crear un tipo penal, para el caso de su incumplimiento, incorporándose al Título Décimo, relativo a los delitos cometidos por servidores públicos..."

Como se advierte, los propios legisladores pretenden reformar el Código Federal de Procedimientos Penales, en lo que se refiere a la flagrancia concretamente en su equiparación, reiterándose que el término de flagrancia equiparada no tiene actualmente vigencia jurídica, y aunque se pretende retomar algunos de sus elementos (los cuales en su momento podrán ser impugnados vía juicio de garantías), sin embargo, por el momento, ya no se consideran las cuarenta y ocho horas, la gravedad del delito y que se haya iniciado alguna averiguación previa, entre otros elementos básicos de la flagrancia equiparada.

Por lo tanto, debe concluirse que antes de que se apruebe alguna reforma al artículo 193 fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales (si es que se lograra ello), en tanto, lo procedente es que mediante el juicio de garantías se reclame su inconstitucionalidad, ello tanto en averiguación previa, proceso y sentencia, mediante un juicio de garantías indirecto por lo que respecta a los dos primeros supuestos y por lo que atañe a los sentenciados mediante un juicio de garantías directo, reclamándose la inconstitucionalidad del precepto legal invocado.

Los intérpretes de la Constitución

Benjamín Rubio Chávez*

Sumario: I.- Introducción. II.- Quiénes pueden interpretar la Constitución. III.- ¿El Poder Legislativo puede interpretar la Constitución?. IV.- El Poder Judicial y la interpretación final de la Constitución

I.- INTRODUCCIÓN

Este pequeño ensayo pretende como línea de investigación, establecer quienes pueden interpretar la Constitución, además de establecer si se encuentran legitimados para ese tipo de actuación, toda vez que la interpretación de la Constitución ha traído al escenario jurídico diversas tensiones entre los poderes del Estado.

Hago la precisión que el presente ensayo sólo se concreta a estudiar el caso mexicano, siendo esto ya de por sí ambicioso.

Nos hemos acostumbrado por años –al menos en este país– a creer que el único ente con capacidad para interpretar la Constitución es una Corte, sin embargo, hoy en día se cuestiona en algunos sectores la legitimidad de la Corte para interpretar la Constitución, aunado a que no tiene el grado de aceptación en la sociedad, pues ésta, al ser confundida con el aparato represor del Estado, goza de una desconfianza por parte de la sociedad.

Ante esa circunstancia el Poder Legislativo ha levantado la mano para interpretar la Constitución, cuestionando en muchos casos las

* Asesor Jurídico Federal.

decisiones de la Corte que han anulado las leyes emanadas de ese poder, argumentándose que lo que hace la Corte es crear derecho mas no interpretarlo, sin embargo, el Poder Legislativo en este momento no tiene calidad para argumentar su postura, toda vez que es el órgano del Estado con mayor desprestigio en la sociedad, además de carecer de personas con suficiente preparación para legislar, ello sin contar la falta de autonomía para emitir su votación, pues los legisladores suelen votar por la línea que les marquen los grupos políticos de interés a los que pertenezcan.

Sin embargo, partiremos en este trabajo del punto de creer que todos los Poderes del Estado gozan de aceptación popular, además de estar integrados por personas debidamente capacitadas para ese tipo de actuación, incluyendo la capacidad de sobreponer los intereses sociales sobre intereses personales, para así poder concluir qué órgano del Estado debe tener consigo la facultad de interpretación de la Constitución.

II.- QUIÉNES PUEDEN INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN

La Constitución en un sentido amplio puede ser interpretada por toda persona, pues las cuestiones de derecho no son exclusivas del estudio de abogados, –aunque aquellos que ejercitan una actividad o profesión de carácter jurídico están obligados, más que los otros profesionistas o con mayor razón que los ciudadanos en general, a profundizar en el conocimiento de reglas técnicas de este tipo de interpretación¹–, así pues la Constitución puede ser interpretada por toda persona ya que ésta regula actividades de diversos sectores de la sociedad, mismos que pueden tener opiniones e interpretaciones acerca de lo que indique la máxima norma.

Así, una simple crítica de una persona común que refiere a la Constitución, se debe asumir como una interpretación y a esa persona como un interprete, obviamente esa interpretación tendrá un grado de valor de acuerdo en la preparación académica de quien la

¹ Fix, Zamudio Héctor y Carpizo Jorge. *La interpretación Constitucional, Algunas Reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento Mexicano*, Segunda Parte. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera ed. México. 1975. pág.38.

emite, el momento en que emite su opinión, el lugar y la experiencia que tenga sobre el tema. Ese intérprete podrá tener o no autoridad para interpretar la Constitución, sin embargo el hecho de argumentar sobre ésta lo hace un intérprete.

Ahora bien, pueden existir muchos intérpretes de la Constitución –como entrenadores de soccer– sin embargo, no todos esos intérpretes gozan de autoridad política-jurídica, pues habrá interpretaciones que no pasen de un aula de clase, una conferencia, un libro, un bar o un café, esto es, regresando al ejemplo del soccer, podrán en un partido de la selección mexicana existir dos millones de entrenadores que estén interpretando el partido, mismos que establecen cual debería ser la mejor alineación, el parado del equipo y los mejores cambios, pero sólo uno tendrá la autoridad para interpretar ese partido, y ese será el seleccionador. En el caso de la Constitución sucede lo mismo, podrán existir diversos intérpretes pero sólo uno o algunos son los que pueden interpretar con autoridad la Constitución.

Pese a lo anterior, todos los intérpretes de la Constitución pueden ayudar a una mejor interpretación de la misma aunque carezcan de autoridad política-jurídica, esto es, volviendo al ejemplo del soccer, habrá intérpretes que no son escuchados o que su núcleo en el que son escuchados es muy reducido, pero habrá otros intérpretes cuyo núcleo de recepción es más amplio como el caso de comentaristas de televisoras o de analistas de revistas y periódicos, los cuales con sus críticas (interpretaciones del partido) aportarán elementos buenos o malos, que en su momento puede tomar en consideración el seleccionador nacional. Caso similar sucede con los intérpretes de la Constitución, habrá intérpretes cuyo grupo al que se dirigen sea pequeño y por tanto no pase nada, pero habrá intérpretes cuyo grupo receptor sea amplio e influyente, en estos casos el intérprete que goza de autoridad podrá tomar en consideración los puntos de la interpretación que realizan los intérpretes que carecen de ella.

Ahora bien, no todos los intérpretes interpretan adecuadamente la Constitución, pues muchos se basan en su actuar en conocimientos empíricos, siendo éstos insuficientes, pues la interpretación

de la Constitución exige mayores conocimientos, es decir, el intérprete de la Constitución debe conocer algo, de la naturaleza y de las fuerzas que conforme la vida política, pero debe ser, sin embargo, algo más que un simple político para apreciar el valor del derecho², debe poseer además un conjunto de conocimientos principalmente, en materia política, económica, histórica y filosófica, estos elementos conforma la particular sensibilidad que debe poseer en la interpretación de la norma constitucional³, es decir, aunque existan diversos intérpretes sólo algunos se acercaran a la mejor interpretación, aclarando que no será la única, pues la interpretación de la Constitución puede orillar a varias interpretaciones igualmente válidas.

Así pues, los intérpretes de la Constitución se pudieran dividir en aquellos que gozan de autoridad y en aquellos que carecen de autoridad para interpretarla, —previo a proseguir debo acotar que entiendo por autoridad como aquella persona o personas u órgano de Estado reconocido jurídica y políticamente para interpretar la Constitución—, bajo este esquema se podrá decir que gozan de autoridad para interpretar una Constitución los Poderes del Estado, los ciudadanos cuando tienen reconocido ese derecho a través del referéndum o el plebiscito, y no gozan de autoridad jurídica-política los analistas; académicos, corporaciones sociales, los ciudadanos cuando interpretan aisladamente la Constitución, etc.

Se me podrá argumentar que habrá académicos o corporaciones sociales, analistas o ciudadanos que tienen autoridad para ser intérpretes, pues las interpretaciones que hagan de la Constitución tienen un valor que incide en una anulación o en un cambio, sin embargo, considero que esa autoridad que les puede dar la sociedad o su preparación académica carece de valor jurídico-político, pues su simple interpretación no anula una ley de forma directa, cierto puede incidir, pero no necesariamente, en cambio los intérpretes con autoridad jurídica-política al interpretar la Constitución anulan o de-

² Leibholz, Gerhard. *Constitutional law and Constitutional Reality*. Volumen I. Institute for Scientific Cooperation. Tübingen. 1970. p. 10.

³ Fiz, Zamudio Héctor. "Algunos Aspectos de la Interpretación Constitucional en el ordenamiento Mexicano", en *Revista Jurídica Veracruzana*, No. 4. Xalapa. 1970. p 9.

jan subsistente una ley de forma directa, es decir, resuelven no inciden.

A esos intérpretes que carecen de autoridad jurídico-política, pero que sus interpretaciones tienen un grado de aceptación en la sociedad o valor jurídico dentro de los órganos del Estado, además de estar sustentadas en estudios, les denomino intérpretes científicos, englobando en esta categoría a los académicos, investigadores o analistas, este tipo de interprete influyen –no siempre– en las decisiones finales de los intérpretes con autoridad jurídico-político, y tienen como peculiaridad que sus interpretaciones siempre encuentran un foro en el que pueden ser expresados, aulas de clase, conferencias, libros, revistas, programas de análisis en radio o televisión.

A los demás les denomino intérpretes populares, aquí englobamos a los ciudadanos y a las agrupaciones tanto políticas como sociales, éstos no siempre hacen interpretaciones estudiadas, sus interpretaciones se basan más bien en los acontecimientos sociales y en la forma en que su experiencia les aconseja interpretar la Constitución, éstos en menor escala influyen a los intérpretes con autoridad política-jurídica, sin embargo, influyen, pues estos intérpretes a diferencia de los intérpretes científicos carecen de foros de expresión, por ello regularmente expresan sus interpretaciones a través de movilizaciones tanto pacíficas como violentas, es aquí en donde la interpretación de la Constitución cobra fuerza en la interpretación final.

En el presente trabajo me abocaré a analizar a los intérpretes que denomino "intérpretes con autoridad política-jurídica", pues es aquí donde se centra la tensión de la interpretación de la Constitución, pues son precisamente éstos los que reclaman día con día la facultad de interpretar en forma última la Carta fundamental.

III.- ¿EL PODER LEGISLATIVO PUEDE INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN?

La respuesta inmediata a la pregunta es sí, incluso bajo nuestro actual sistema jurídico el legislativo hace interpretaciones de la Constitución, aunque esa interpretación no sea la última ni la decisiva para indicar si una ley es o no constitucional.

La interpretación actual que realiza el legislativo se centra básicamente en el proceso de creación de ley, dentro de ese proceso en la fase de discusión, se argumentan aspectos constitucionales, referente a si la ley que se crea contiene o no los principios mínimos necesarios de la máxima norma; así también se discute si la ley o norma que se pretende crear se encuentra ajustada a la Constitución.

Pese a que el legislativo realiza tareas de interpretación, la pregunta central de este apartado se enfoca a situar ¿si el legislativo debe ser el órgano del Estado que interprete de forma final a la Constitución?, es decir, el que dé la última palabra, basado en la tesis que en ellos radica la voluntad de la ciudadanía, y por tanto podría llegar a una interpretación original, o bien como establecía Juan Jacobo Rousseau: el autor de la ley sabe mejor que nadie cómo debe ser ejecutada e interpretada⁴. Bajo ese pensamiento surgido en el siglo XVIII en el Estado francés existió en la mayor parte de Europa la convicción de que la interpretación de la Constitución correspondía exclusivamente al legislador, así existieron etapas en las que se prohibió a los jueces interpretar y se depositó esta actividad exclusivamente en el órgano legislativo, por considerarse que quién podría determinar el sentido era su propio autor⁵.

El Estado Mexicano fue influido por esa corriente francesa en el siglo XVIII, basado en los principios que el liberalismo presentaba⁶, fue así que se encuentran en la historia pasajes en los que el Legislativo fue el intérprete de la Constitución, así tenemos la Constitución de 1824, que en su título 7º bajo el rubro denominado de la observancia, interpretación y Reforma de la Constitución y acta constitutiva, el artículo 165⁷, estableció a la letra:

"Sólo el congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de los artículos de esta Constitución y del acta constitutiva."

⁴ Rousseau, Juan Jacobo. *Contrato Social*. Tercera ed. Editores Mexicanos Unidos. México. 1995. p. 60.

⁵ Dualde, Joaquín. *Una Revolución en la Lógica del Derecho*. Librería Bosch. Barcelona. P.27

⁶ Torres del Villar, Ernesto. *Examen Retrospectivo del Sistema Constitucional Mexicano. La constitución de 1824*, Primera ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. pp. 2 y 3.

⁷ La Constitución Federal de 1824.

Bajo esa circunstancia se tiene que el Estado Mexicano ya tuvo una experiencia con la interpretación de la Constitución a través del Poder Legislativo, misma que fue breve y establecida en una época en la que no se encontraban tantas controversias de interpretación constitucional como hoy en día⁸, por lo que esa experiencia no podría ayudar a determinar si en esta época el legislativo debe o no interpretar la Constitución en su fase final.

La interpretación de la Constitución por parte del Legislativo es un tema delicado, pues de entrada a cualquier ciudadano que le cuestione sobre este punto, rechazaría de inmediato la opción, pues como establecí en la introducción, el Legislativo es el órgano del Estado con mayor desprestigio en la sociedad mexicana, mismo que no está integrado en su totalidad por ciudadanos con una preparación académica, además de actuar conforme a intereses de grupo de poder.

Quitando los anteriores inconvenientes presentes y, soñando que el legislativo estuviese integrado por ciudadanos con una preparación académica suficiente, conocedores de las prácticas legislativas, aislando los intereses de grupo y privilegiando los intereses sociales, la pregunta es: ¿el Legislativo debe dar la interpretación final de la Constitución?

Una pregunta demasiado difícil y sumamente cuestionable, que puede tener pros y contras, que trataré de desmenuzar, toda vez que de interpretar la Constitución el Legislativo puede tensar aún más a los órganos del Estado, pues el Legislativo se convertiría en juez y parte, el Legislativo puede interpretar la Constitución conforme a su interés por la presión política, el Legislativo aunque estuviera integrado por gente preparada académicamente esa preparación no

⁸ En 1826, dos magistrados cesantes del Tribunal Superior del Estado de Oaxaca acudieron ante la Corte Suprema de Justicia en demanda de la inconstitucionalidad de una ley de dicha entidad federativa que redujo la integración del citado Tribunal Superior local, la Corte Suprema tuvo dudas sobre sus facultades y consultó el caso con el congreso general de acuerdo con la función interpretativa que le confería el artículo 165, el congreso manifestó que no estaba comprendida dentro de las atribuciones de la Corte Suprema la de conocer demandas promovidas contra las legislaturas de los Estados por leyes dictadas por las Cámaras locales. Fix Zamudio, Héctor. *Examen Retrospectivo del Sistema Constitucional Mexicano. El poder Judicial en la Constitución Federal de 1824*, Primera ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. pp. 130 y 131.

sería hegemónica, además que al estar integrado por un gran número de personas sus discusiones y conclusiones pudieran desvirtuarse de su origen e incluso de la misma Constitución, lo anterior sin considerar que cualquier Poder debe tener sus límites.

A) ¿EL LEGISLATIVO SI INTERPRETA LA CONSTITUCIÓN SERÍA JUEZ Y PARTE?

Como se ha establecido el legislativo tiene como función la creación, discusión y aprobación de una ley, en la que se interpreta la Constitución, pues en estas fases lo primordial es determinar si la norma a crear se ajusta a la Carta Magna.

Así pues, si el Legislativo al crear la norma interpreta la Constitución, entonces, por qué debería volver a interpretarla cuando se impugne una norma que ha sido aprobada por este mismo Poder, ello bajo el factor que fue plenamente discutida la norma, incluso se discutió su constitucionalidad y por ello se aprobó la misma.

Bajo ese esquema volver a interpretar la Constitución para determinar si la norma se ajusta o no, sería ocioso, pues esa situación ya fue discutida, estudiada y por ende aprobada.

Interpretar de nueva cuenta la Constitución, tendría de entrada una causal de improcedencia, pues no podría ser que la autoridad que crea la ley, sea la misma que verifique su constitucionalidad, pues las opiniones serían parciales, pues incluso la defenderían, pensar lo contrario es como aceptar que el proceso legislativo fue deficiente y por tanto omiso en el estudio de puntos constitucionales.

Se pudiera argumentar en contrario que no podría existir mejor órgano del Estado para interpretar la Constitución, que aquel que crea la ley, pues éste es el que conoce los objetivos mediatos e inmediatos de la norma creada, sabe cuáles fueron los puntos que les hicieron pensar que la norma se ajusta a la Constitución y las razones por las cuáles no es inconstitucional. Al respecto diría que precisamente esos puntos impedirían un estudio imparcial de la Constitución, pues finalmente si aprobaron una norma fue porque a la consideración del Legislativo era constitucional.

En ese marco dejar la interpretación final de la Constitución al

Legislativo sería convertir a éste en juez y parte, en juez porque decidiría el sentido de la norma impugnada, y en parte porque precisamente tienen interés jurídico en que subsista, pues ellos la crearon y están obligados incluso moralmente a defender esa norma.

Convertirse en juez y parte no da transparencia a la actuación del legislativo, sembraría dudas en sus resoluciones, provocando que los sectores sociales acudan a otros medios para buscar una anulación, medios que incluso no sean jurídicos, sino netamente políticos e incluso violentos.

Además de poner en un dilema a las instituciones creadas por la Constitución, pues el hecho que el Legislativo retenga la voluntad del pueblo para crear una ley, no implica que ese órgano debe interpretar en su fase final a la Constitución, pues ese órgano del Estado se compone de personas; mismas que no están excluidas del error o la falsa interpretación constitucional, entonces, es necesario que otro órgano del Estado revise la actuación de ese Poder, a efecto de mantener el equilibrio, la división y colaboración de los Poderes.

Pensar lo contrario, provocaría que un sólo órgano del Estado acumulara para sí demasiado poder, cuando precisamente éste debe ser limitado en un Estado regido por la división de Poderes.

También podría argumentarse en contra de la tesis que se sostiene en este apartado, que el legislativo no sólo interpretaría la Constitución respecto a las leyes creadas por éste, sino también podría interpretar la Constitución por leyes creadas por las legislaturas locales, o reglamentos creados por el Poder Ejecutivo de la Federación o de las entidades federativas. Este argumento es fuerte en contra de lo manifestado en líneas anteriores, pues al interpretar de esa forma no se convierte en juez y parte el legislador.

Respecto a este punto, se debe indicar que si bien es cierto que al interpretar la Constitución respecto de leyes locales o reglamentos federales, locales y municipales, el Legislativo no sería juez y parte, también lo es que su interpretación no se circunscribiría en esos apartados exclusivamente, pues de tener esa facultad sería respecto de todas las leyes, incluidas las que éste crea, y entonces el

problema resurge, porque habrá controversias en las que no sea juez y Parte, y habrá controversias en las que será juez y parte, y lo que se debe cuidar es que en todo momento quien interprete la Constitución en forma final no tenga interés jurídico en el asunto.

B) ¿LA PREPARACIÓN ACADÉMICA DE LOS LEGISLADORES PERMITE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN?

El primer acotamiento que debo hacer es que no se podría exigir a los legisladores el requisito de preparación académica, pues se estaría limitando el acceso a cargos de elección popular al resto de la ciudadanía que no cuente con estudios, siendo esto una práctica antidemocrática, por tanto, cualquier legislatura, incluso la más moderna, estará integrada por profesionistas o por gente sin estudios.

Bueno pues, no seré tan pesimista, pensemos que dentro de treinta años hay una legislatura donde todos los sectores sociales son representados por gente preparada, es decir, el sector agrario estará representado por las eminencias en ingeniería, contabilidad, economía, derecho o comercio exterior, el sector obrero de la misma forma, el empresarial también de la misma y cualquier otra minoría, todos mayorías y minorías en la legislatura son eminencias, ahora bien, ¿cómo lograr la interpretación de la Constitución?

Las discusiones que se desarrollarían en la interpretación final de la Constitución, no tendrían sentido, pues efectivamente todos los legisladores están preparados, pero a pesar de ello tendrán ignorancia en muchos de los temas a tratar y tendrán conocimientos en sus áreas de especialidad, es decir, la preparación de esos legisladores no es hegemónica, y al no ser hegemónica, la interpretación final no se le dejaría a la totalidad de los legisladores, sino sólo a un puñado de éstos, ¿a quiénes? a aquellos legisladores que sean expertos en la parte de la Constitución que se esté interpretando, luego entonces, si no participa la totalidad de los legisladores en la interpretación de la Constitución, no sería la voluntad del pueblo la que decida la inconstitucionalidad o no de una norma, estaría decidiendo sólo un sector del pueblo representado en esa legislatura.

Un agregado más a esta postura, es que aunque el legislador tuviera una preparación académica suficiente, podría servir de poco, pues la interpretación de la Constitución requiere de estudios más especiales, que se adquieren con la teoría pero se reafirman con la práctica, lo que conlleva a que un auténtico intérprete final de la Constitución debe estar investido de conocimientos suficientes en interpretación pero también de experiencia en esta rama. Aquí se suscitaría un problema mayor, la continua renovación del Congreso impediría que los legisladores se volvieran peritos en la interpretación, pues cuando apenas estén aprendiendo a interpretar la Constitución, estarán al mismo tiempo preparando su salida del periodo que legislaron, y llegarán otros legisladores algunos con experiencia pero no continúan y otros no, que aprenderán la actividad de interpretación ya transcurrido mucho tiempo, y durante ese periodo de aprendizaje seguramente las interpretaciones serán deficientes.

Por tanto no es la preparación académica la que debe permitir al legislativo interpretar la Constitución en su última fase, pues incluso los sabios se equivocan, ni tampoco le daría legitimidad para esa actuación la preparación de sus miembros, daría confianza pero no credibilidad, ya que si bien es cierto la preparación académica es necesaria, sin embargo la experiencia o práctica profesional en la interpretación debe ser requisito indispensable para un intérprete final de la Constitución, y en este caso el legislador no la tendría.

Podría abonarse en contra de esta postura la propuesta que los miembros del Congreso duren en su encargo un plazo amplio que les permita aprender a interpretar la Constitución, además de permitirse la reelección inmediata, sin embargo, esa propuesta no resolvería el problema, pues la experiencia o práctica profesional de interpretación final de la Constitución la adquirirán durante la gestión, lo que equivale a errores e injusticias durante el periodo de aprendizaje, y una tarea de interpretación final de la Constitución no debe tener periodos de aprendizaje, debe ser ejecutada por personas preparadas con experiencia mínima en la interpretación constitucional, a efecto de evitar equivocaciones. Considero que el Poder

Legislativo no podría aportar ese tipo de elementos, precisamente por el dinamismo de este Poder, por su integración, por la ausencia de un proceso de aprendizaje previo a ocupar esos cargos de elección popular, ya que reitero podrá estar integrado este Poder por eminencias pero el carecer de experiencia o práctica en la interpretación puede provocar el error y la injusticia, de allí que esa tarea debe ser encomendada a una Institución que pueda además de tener personal preparado académicamente, tener personal que haya adquirido experiencia previa en la interpretación constitucional.

C) ¿LA PRESIÓN POLÍTICA INFLUIRÍA EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN?

Considero que sí influiría la presión política en las decisiones de interpretación de la Constitución, tomando en consideración que el Poder Legislativo continuamente es renovado a través de voto libre, secreto y directo, luego entonces, si se renueva este Poder a través de votación le interesa la opinión pública, y siempre cuidará que las decisiones que tome le beneficien a futuro en una buena votación.

Por tanto esta situación le coartaría la libertad de decisión en una interpretación constitucional, pues siempre cuidaría el Legislativo que las decisiones que se tomen en la interpretación le reditué favorablemente en una votación para un futuro, por tanto siempre tendría un termómetro para medir la presión política y partiendo de ese punto decidir a favor o en contra, esa falta de libertad en la decisión afectaría gravemente la interpretación, Montesquieu establecía en el libro *Del espíritu de las leyes* que no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo⁹, tra-

⁹ De Secondat, Charles Louis (Barón de Montesquieu). *Del espíritu de las leyes*. 15ª ed. Porrúa. México. 1992. pp. 104-110. Debo precisar respecto de la cita que se hace, que la misma debe tomarse con cautela, pues Montesquieu no refería en su obra o en ese apartado a la facultad del Judicial de interpretar la constitución, refería a la facultad del Judicial de interpretar la ley, pues no debe perderse de vista que este autor defendía en su obra la facultad del legislativo de interpretar la constitución, estableciendo en su cita completa lo siguiente: "...no hay libertad si el poder de Juzgar no esta bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no esta separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la vida de los ciudadanos; como que el Juez sería el legislador. Si no esta separado del poder Ejecutivo, el Juez podría tener la fuerza de un opresor..."

yendo ese pensamiento a nuestro tiempo y adaptándole al nuevo entorno, se podrá indicar que no hay libertad de interpretar la Constitución si no se encuentra deslindada esa actividad del legislativo.

No se debe perder de vista que muchas de las interpretaciones de la Constitución afectan intereses de grupos con fuerte poder económico, o de grupos sociales con fuerte poder político, quienes al sentir que pueden tener una afectación de inmediato realizarían presión política para inclinar las balanzas. Máxime que hoy en día las mentiras se transforman en verdades a través de televisoras o cualquier otro medio de comunicación, que viene a ser el arma fuerte y letal para presionar a los legisladores, ello sin contar las movilizaciones sociales pacíficas o armadas.

Por tanto, un intérprete de la Constitución en su fase final debe estar alejado del sufragio efectivo, a efecto que no se sienta comprometido en sus decisiones, ni con un partido político, grupo de poder o sector social, es decir, un intérprete de la Constitución debe tener libertad en su decisión.

Entregar la interpretación final de la Constitución al Legislativo bajo este esquema, también podría ocasionar la falta de una resolución, ya que si a los legisladores les interesa la opinión pública, en muchas ocasiones no se pondrían de acuerdo en la votación, pues debemos partir que para interpretar la Constitución el Legislativo no requeriría de una mayoría simple para la resolución, requeriría por lo menos de una votación a favor o en contra del setenta y cinco por ciento de sus miembros, pues la interpretación de la Constitución es una tarea de alta importancia, entonces para llegar a esas votaciones se requeriría de un sinfín de consensos que no siempre se dan, es más en la mayoría de los casos tratándose de la creación de una ley que trate un tema delicado no se alcanza, pero en esos casos se manda a la congeladora la iniciativa de ley¹⁰, en el caso de la interpretación, no podría el Legislativo mandar a la congeladora

¹⁰ Cuando refiero mandar a la congeladora una iniciativa de ley, refiero a mandarla al archivo o un nuevo estudio de interpretación pues no se logró la votación suficiente para su aprobación, reservándose la misma para un siguiente periodo legislativo.

la resolución y esperar al siguiente periodo, tendría forzosamente que resolver.

Así pues, un intérprete en su fase final de la Constitución no debe tener compromisos, ni buscar prebendas o curules, debe ser imparcial, con cierto conocimiento en la interpretación, con experiencia en esa actividad, con cuerpo de hierro que no se venza ante la presión social o política del momento, es necesario que sepa discernir el espíritu de su tiempo, afrontar los obstáculos que se puedan vencer, y apartarse de la corriente cuando el oleaje amenaza arrebatar junto con ellos la soberanía de la unión y la obediencia a sus leyes¹¹.

IV.- EL PODER JUDICIAL Y LA INTERPRETACIÓN FINAL DE LA CONSTITUCIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sido el órgano del Estado encargado de interpretar la Constitución en su fase final durante las últimas décadas, esta facultad por mucho tiempo no fue cuestionada, sin embargo, hoy en día se formulan dudas acerca de dicha atribución, dudas que se centran sobre la legitimidad de estas cortes al no ser electos sus miembros a través de sufragio efectivo. Esas dudas, han puesto al descubierto diversas tesis respecto de la inoperancia de la Corte al interpretar la Constitución, e incluso la crítica de los otros Poderes al externar públicamente que en ocasiones la Corte no interpreta la Constitución sino que legisla la misma, invadiendo esferas de otros Poderes.

Aunado a lo anterior, se ha vislumbrado que la Corte en ciertas actuaciones pudiera llegar a tener interés jurídico respecto de una interpretación constitucional. Además de lo anterior se critica que en ocasiones la Corte se deja presionar por las circunstancias políticas del momento, y con ello ha perdido la libertad de pensar y decidir de forma justa una interpretación final de la Constitución.

Bien, basado en lo anterior se debe desentrañar esas dudas mismas que se desarrollan enseguida.

¹¹ De Toqueville, Alexis. *La Democracia en America*, Fondo de Cultura Económica. México. 1994. p.147.

A) LA LEGITIMACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
Se ha cuestionado la legitimidad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para interpretar la Constitución en su fase final, bajo el argumento que ésta no está integrada democráticamente, pues los miembros de la Corte no son designados por voto libre, secreto y directo de los ciudadanos.

Esta tesis considero que no es acertada, pues si bien es cierto la designación de los miembros de la Corte no es a través de sufragio popular, también lo es que en la designación de sus miembros intervienen los Poderes tanto Ejecutivo como Legislativo, mismos que son electos a través de sufragio efectivo, e incluso estos Poderes representan los intereses de diversos sectores de la sociedad, entonces, al intervenir en la designación de los miembros interviene indirectamente la voluntad popular, de allí que se legitima su actuar.

No debe perderse de vista que democracia no sólo significa elección popular, también significa tener órganos revisores que hagan contrapeso a los poderes del Estado, a efecto que las cargas de poder estén equilibradas, democracia significa tener órganos del Estado preparados para otorgar el servicio adecuado de interpretación constitucional, democracia también significa colaboración y participación de los Poderes del Estado.

De allí que no necesariamente se requiere para legitimar a la Corte que sus miembros sean electos mediante sufragio, pues, la forma de su elección deviene de la voluntad popular radicada en el legislativo y en la participación activa del Poder Ejecutivo.

Querer que los miembros de la Corte sean electos a través de voto libre, secreto y directo de los ciudadanos, podría provocar la falta de libertad de sus miembros al emitir sus resoluciones, pues afectaría en ellos la presión que los grupos sociales ejerzan, pues las resoluciones quedarían al examen que haga la sociedad, y esta sociedad pudiera ser muy severa cuando las resoluciones afecten sus derechos patrimoniales, de libertad, de igualdad etc., provocando la revocación del encargo, o la no reelección, pues no debe perder-

se de vista que cuando se resuelve sobre interpretaciones constitucionales unos ganan y otros pierden.

Por tanto no sería recomendable que los miembros de la Corte sean electos a través del voto de los ciudadanos, pues la labor de interpretación constitucional no puede convertirse en un botón político, pues, la interpretación final de la Constitución es una alta responsabilidad que debe recaer en órganos con libertad de pensar y con libertad de presiones políticas, de allí que el método que se adopta para nombrar a los miembros de la Corte no es ni antidemocrático, ni deslegitima a esa institución, por el contrario fortalece la democracia y legitima su actuar, pues reitero, en el método de integración de la Corte participan los Poderes del Estado e indirectamente la voluntad popular, y con ello permiten que exista una Corte que puede revisar las actuaciones de los demás Poderes e interpretar la Constitución en su fase final, como mecanismo de control constitucional y de equilibrio de poderes.

B) EL INTERÉS JURÍDICO DE LA CORTE EN LA INTERPRETACIÓN FINAL DE LA CONSTITUCIÓN

La Corte ha sostenido problemas de interpretación de la Constitución, en la que evidentemente es parte y por tanto tiene interés jurídico, sin embargo, ese problema lo ha resuelto en el marco de las negociaciones políticas con los otros poderes, caso frecuente de ello se concentra cada año respecto del presupuesto otorgado a este Poder del Estado, en el que el Poder Judicial queda insatisfecho pero llega a acuerdos con lo demás Poderes que impiden una crisis o un conflicto jurídico, un caso reciente fue la reforma por la cual se regulan los salarios de los funcionarios públicos, reforma que evidentemente vulneraba los intereses de los miembros de la Corte y del Poder Judicial de la Federación, pues éstos tienen ingresos superiores a los que marca la reforma en mención, y pese a la presión política que existió en su momento, se llegó a diversos acuerdos políticos por los cuales el Poder Judicial y toda su estructura no redujo sus salarios pero se comprometió a no aumentarlo, basando sus argu-

mentos en el hecho que existían derechos adquiridos que no podían ser vulnerados pues durante su encargo no podían reducir sus salarios,¹² sin embargo, esos argumentos no fue necesario establecerlos en una sentencia que interpretara dicha reforma, pues el problema se resolvió en la mesa de forma política con los demás poderes.

Sin embargo, podría llegar el día en que la Corte no resuelva sus problemas con los demás poderes a través del diálogo, o que alguna ley creada por el Congreso no beneficie en nada a este órgano, y al encontrarse insatisfecho se vea en la necesidad de interpretar la Constitución. En caso que llegue a suceder este supuesto sin duda alguna la Corte se convertirá en juez y parte, pues debe ser este órgano el encargado de decidir sobre la constitucionalidad o no de la ley creada.

Ahora bien, pese a que pudiera actualizarse el supuesto de ser juez y parte, este supuesto sería esporádico, en tal razón excepcionalmente pudiera cuestionarse su imparcialidad, contrario a lo que sucede con el Legislativo, en el que en la mayoría de los supuestos sería juez y parte al resolver. En tal razón la Corte debe seguir siendo el intérprete final de la Constitución.

C) LA PREPARACIÓN ACADÉMICA Y EXPERIENCIA DE LA CORTE EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Corte además de tener personal académicamente preparado, se compone de personal que tiene experiencia en la interpretación de la Constitución, pues existe toda una carrera judicial, que permite que sus miembros se preparen constantemente y que arriben al máximo encargo con todo un cúmulo de experiencia, agregado a ello tiene personal de auxilio que día con día se prepara y adquiere experiencia y que va escalafonando de acuerdo a aptitudes técnicas que tengan en sus áreas.

Esta situación hace sin duda creer que el órgano del Estado para

¹² Los argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación versaron sobre el hecho que el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su párrafo décimo el derecho de los miembros de la corte a tener un salario mismo que no puede ser reducido durante su encargo.

interpretar la Constitución es la Suprema Corte de Justicia, ya que cuenta con los elementos humanos y materiales para lograr esta gran tarea, pues la probidad de sus miembros adminiculada con la experiencia permiten otorgar un grado de credibilidad en sus resoluciones.

Obviamente habrá interpretaciones que no gusten a la sociedad o a los actores políticos, pero ello no debe ser factor que incida en creer que la Corte no deba interpretar en su parte final la Constitución, pues siempre el vencido en una controversia como desahogo a su frustración tiende a desprestigiar al juzgador, pero ello no significa que éste haya hecho erróneamente su tarea, aquí lo que debe valorarse es el contenido de la resolución de forma imparcial, y vislumbrar si la misma cuenta con los elementos técnicos de una interpretación permitida en el sistema jurídico.

De allí que la única forma de lograr credibilidad y certeza en las decisiones de una Corte, es a través de sentencias realizadas por expertos que tengan tanto preparación académica como experiencia en esa labor, y sin duda considero que la Corte contiene esos elementos.

La Judicatura frente al utilitarismo. Comentarios en torno a la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativa a la despenalización del aborto en el Distrito Federal

*Juan Antonio Terrazas Juárez**

La referencia semántica del tipo penal previsto por los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, generó, como es de conocimiento público, un debate "novedoso" para el foro jurídico de México y despertó el interés de los individuos, de las instituciones no gubernamentales, de asociaciones religiosas y en sí, de los actores de la sociedad.

No obstante los contenidos de dicho debate, desde el plano moral, social y jurídico, el cometido de solución se centraba en un contexto eminentemente jurídico al ser el Tribunal Constitucional del Estado Mexicano el encargado de dilucidar estas cuestiones. Así, la objeción de conciencia, la afección religiosa, las problemáticas sociales quedaban en segundo término –aparentemente– frente al problema constitucional planteado. ¿Tutela la Constitución Federal el derecho a la vida?, si es así, ¿cuáles son los alcances de dicha tutela? y en todo caso: ¿cómo un Tribunal Constitucional debe emprender el análisis de una ley impugnada de inconstitucional frente a los parámetros que establece la norma fundamental del estado mexicano y los ordenamientos internacionales?

* Oficial administrativo del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Como se dijo, es un debate "novedoso" para el foro jurídico mexicano, no así para la producción jurídica que se ha gestado en algunos países de Europa y otros tantos del Continente Americano, que por cierto, dichos precedentes sirvieron de sustento para el debate suscitado en el Tribunal Constitucional Mexicano, esto en ejercicio de la interpretación comparativa del Derecho propuesto por sus homólogos de dichas naciones pero que finalmente no resultaron determinantes para la solución adoptada.

En efecto, en la sesión pública del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el día veintiocho de agosto de dos mil ocho relativa a las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, promovidas por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y por el Procurador General de la República, respectivamente, se estableció, a mi juicio, la transición de un paradigma y se refrendaron las bases de la composición neoconstitucional en donde la jurisprudencia mexicana ha venido fraguando su camino.

Para ese efecto, y en vía de responsabilidad era necesario conocer el cúmulo de documentos, opiniones, debates y finalmente los argumentos que soportaron la decisión adoptada por la mayoría de los Ministros, quienes se pronunciaron por la constitucionalidad de la reforma a los preceptos normativos impugnados (artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como la adición de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, realizadas mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad de veintiséis de abril de dos mil siete, expedido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y promulgado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal).

Sobre el particular, se reitera que el problema planteado versaba en principio sobre una cuestión eminentemente jurídico-constitucional, y de forma atingente sobre una cuestión de carácter ético, la que no podía subsumirse a aquélla pues de ser así, el principio de objetividad, me parece que se vería compelido.

En esta razón, el proyecto inicial del ministro Aguirre Anguiano

que finalmente fue desestimado por la mayoría de los ministros integrantes del alto tribunal, tuvo como soporte criterios de carácter técnico-científico que por su elocuencia, me parece importante citar particularmente la opinión emitida por la Dra. María Cristina Márquez Orozco¹, quien afirmó que: *"la condición de ser humano se adquiere en el momento de la fecundación, ya que es entonces que se inicia el desarrollo de un ser humano con genes propios que determinan su condición de ser humano único e irrepetible, que le dan individualidad. La vida es un continuo desde la fecundación hasta la muerte y si se ha subdividido en etapas para su estudio, sólo es para facilitar la comprensión de los cambios más importantes que se producen a través de la ontogenia humana"... "no encuentro razones técnico-científicas para definir que un feto de doce semanas carezca de atributos humanos que impida considerarlo un ser humano. El hecho de que su corteza cerebral sea inmadura o que no tenga conciencia se debe a la etapa del desarrollo en la que se encuentra, y por la que todos los seres humanos nacidos pasamos. Si se permite que un feto de doce semanas de desarrollo continúe dentro del seno materno podrá adquirir su condición de recién nacido"*².

Asimismo, el Dr. Ricardo Tapia Ibargüengoytia³, cuestionó: *"¿alguien que ha perdido capacidades o habilidades físicas o mentales (aquí yo podría incluir a los enfermos de Alzheimer) deja de ser humano porque ha perdido una o varias de las funciones que caracterizan a los humanos?"*, y en su opinión: *"Por supuesto que estos enfermos siguen siendo seres humanos, siguen siendo personas, sólo que son personas dañadas por la enfermedad o el accidente causante"*. Continúa el perito: *"En cambio, un cigoto, un blastocisto, un embrión de doce semanas o aun un feto de veinte semanas nunca fueron personas por no haber alcanzado el*

¹ Licenciada en Biología por la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional Autónoma de México y Maestra y Doctora en Ciencias (Biología) por la misma Facultad. <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/>

² www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/

³ Médico Cirujano por la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México y Doctor en Bioquímica por la Facultad de Química de la misma Universidad. <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/>

*desarrollo y la función del sistema nervioso central, y particularmente de la corteza cerebral, característicos del ser humano."*⁴

Estas son una ínfima parte de dichas opiniones técnico-científicas de los peritos intervinientes en el juicio constitucional en comentario, pero de una revisión exhaustiva de ellas, me atrevo a afirmar que ninguno de los profesionistas, por más elementos embriológicos que pudieron aportar, finalmente, su consideración subjetiva es la que prevaleció para determinar si es humano o no es humano el producto de la concepción hasta las doce semanas de gestación, es decir, si la interrupción del embarazo hasta dicho tiempo resultaba un hecho benigno o dañino para la sociedad en sus costumbres o creencias (no para la madre del producto), de ahí que por medio de un ejercicio lógico podemos llegar al convencimiento de que la unión de dos células que llevan consigo un determinado conjunto de elementos genéticos, y que dan origen a un producto que es ajeno a aquello de lo que deriva, tiene una individualidad, aún cuando no precise autonomía alimentaria, pero sí una expectativa de vida, pues ciertamente, dicha fusión celular implica el inicio de una evolución embrionaria que a la postre alcanzará la forma humana y las características a él inherentes.

Luego, la circunstancia de que el producto de la concepción contenga el material genético necesario para convertirse en ser pensante, sin duda lo dota de un cúmulo de características que presumen su ulterior desarrollo y subsistencia, es decir, que lo convertirá en parte de un conglomerado de seres que son semejantes por sus características, esto es, en una especie de la raza humana.

La vida existe ahí mismo, al momento de la fecundación y esto resulta un hecho irrefutable en el plano de la ciencia, si consideramos que vida es movimiento generado por estímulos provenientes a su vez de reacciones glandulares.

Pero como se dijo, para resolver el problema jurídico (no el problema ético), dentro de un Estado Democrático de Derecho es necesario establecer cuáles son aquellas normas que regulan las diversas

⁴ <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/>

situaciones que se presentan dentro de la sociedad y más allá de ello, cuáles son aquellos derechos que el Estado protege a través de las normas, de los instrumentos jurídicos, de las instituciones que en definitiva son las que trascienden en la convivencia social, no en la vida *per se* de todos y cada uno de los individuos. Esto es así, pues en el aspecto de principal connotación –*vida*– bien puede entenderse con el movimiento o la reacción derivada de estímulos, pero necesariamente tiende a complementarse con mayores y complejos elementos, tales como la suficiencia alimentaria, la capacidad reproductiva, la autonomía, el desarrollo físico, etcétera, y en tratándose de la especie humana, no podemos desconocer aspectos tales como la conciencia, el raciocinio, o el sentimiento; los que resultan ser complementarios mas no determinantes de la vida humana.

En mérito a ello, comparto la afirmación de que nuestra Constitución Federal, no contempla de manera expresa el derecho a la vida humana; no obstante que los artículos 1º, 14 y 22, se ocupan de ello, derivado de una interpretación conjunta y sistemática de los contenidos de dichas disposiciones, tanto de las que consagran los derechos fundamentales de los individuos, sean de igualdad, de libertad, de seguridad jurídica, sociales o colectivos, como de las relativas a su parte orgánica, que tienen como finalidad el bienestar de la persona humana sujeta al imperio de los órganos estatales.

Así, la lectura de la problemática que particularmente realizó el ministro Cossío Díaz en sus intervenciones durante las sesiones que dieron origen a la solución del debate, considero que adquieren un grado de sensatez tal, que de manera objetiva sustenta la premisa partiendo precisamente de lo que dice la norma fundamental y desde luego su teleología, lo que no es otra cosa que derivar la protección del Estado a la vida de los individuos confrontada a un acto que tienda a suprimirla y así, la vida resulta pues un *derecho fundamental*, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos.

Sobre este último señalamiento, Cossío Díaz expone: "...*deriva de la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, en el cual se sostuvo el criterio derecho a la vida, su protección constitucional; y es cierto que*

ese criterio existe, es cierto que ese criterio fue sustentado, pero es un criterio aprobado por una mayoría de siete votos y no por la mayoría de ocho que requiere el artículo 43 de la Ley Reglamentaria del artículo 105, de forma tal que esto plantea la opinión mayoritaria de un grupo de señores ministros, una opinión muy respetable por supuesto, pero no una interpretación de carácter obligatorio y menos una interpretación que vincule a este Pleno en el sentido de tener que ofrecer razones adicionales para su superación".⁵

Esto pone de relieve uno de los principales sustentos jurídicos para actuar de forma objetiva, y así se descarta la referencia aportada por el paradigma jurisprudencial que precede para instar el debate a la cuestión de fondo, al problema que debe dilucidarse en base a nuevos elementos normativos y objetivos, por ello afirmó el Ministro citado que: *"la expresión "derecho a la vida" del artículo 14 y los supuestos mencionados del artículo 22, parten de otra razón y es el cumplimiento por el Estado mexicano de ciertos compromisos internacionales, en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, particularmente su artículo 4º, que como señalaré en un momento, me parece que lo que impide son: las ejecuciones, como una acción represora por parte del Estado".⁶*

Con base en ello, si bien es cierto la vida es un derecho por excelencia, sin el cual no es posible disfrutar de los demás derechos conceptuados para el ser humano, esto resulta ser una afirmación que se compone de dos partes, Cossío Díaz las distingue: *"una, estrictamente lógica en la que se establece una proposición condicional concretamente una condición necesaria, en la que se afirma que si no se está vivo, entonces no se puede disfrutar ningún derecho y otra, la conclusión extraída de la primera afirmación, más bien valorativa, en la que se dice que la vida es más valiosa que cualquiera de esos otros derechos fundamentales."*

Como puede advertirse de este argumento, en la cúspide se coloca un hecho al que se le atribuyen cualidades de supremacía, una

⁵ <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/>

⁶ <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/>

circunstancia absoluta que es oponible a cualquier otro aspecto que sobre ella incida, la situación fáctica de "vida" es por sí misma imponderable, es irrefutable, es incontrovertible, es el parámetro sobre el cuál debe medirse el TODO existente; y me parece que con suficiente razón, Cossío Díaz previno que dicho argumento constituye una falacia naturalista en el sentido de que algo sea, no significa que algo deba ser; *"así el hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no puede, de ahí deducirse, que se deba considerar la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos, creo que ésta no es una forma consecuyente en la argumentación. En otros términos podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, de eso no cabe duda, pero de ahí no podríamos inferir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho, aceptar esto nos obligaría aceptar también que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida, porque lo primero es una condición de lo segundo."*⁷

Esto nos demuestra entonces, que el derecho a la vida no es una condición absoluta, primero porque no se consigna de esa forma en el texto constitucional, y segundo porque al depender la vida inclusive de otros derechos tales como la salud, el alimento, la libertad, etcétera, nos conduce a la relativización de su contenido, de su exigencia y de su protección.

En este contexto, no es desconocido para el foro de juristas que el Tribunal Constitucional del Estado Mexicano, en su trabajo jurisprudencial ha generado en reiteradas ocasiones tesis en torno a los derechos fundamentales o garantías individuales, en donde se admite la posibilidad de su modulación, de su armonización, de su adecuación, de su relativización.

Entonces, el problema jurídico-constitucional queda resuelto en este aspecto, es decir, no podríamos exigir al legislador originario que prevea la cantidad interminable de supuestos que se presentan en la sociedad y en todo caso, es trabajo del intérprete desentrañar

⁷ <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/>

la intención de aquél, pero con base en los parámetros y condiciones establecidos en el propio texto constitucional, y por ello la labor de un Tribunal de Control consiste en definir los paradigmas que rigen dichas normas de rango superior, pues lo que la Constitución establece son algunos mandatos claros y otros difusos; y dentro de estos mandatos que son claros en ninguno de ellos se prevén supuestos que lleven a considerar que a un hecho o una situación determinada pueda restarse un cierto grado de reproche social, en definitiva que el Estado tenga la omnímoda potestad de controlar la nacerencia de un individuo desde su concepción, de manera irrestricta, y oponible a cualquier otro derecho, inclusive al de la madre.

Lo que sí dice el texto constitucional y que es materia de protección sobre el derecho a la vida, es evitar a toda costa que un individuo sea privado de ella, es decir, se contempla la protección de la vida a contrario sensu, impidiendo que ésta sea suprimida, mas no exigiendo y tutelando que ésta se origine. Y aquí podríamos plantear un absurdo derivado del artículo 4° de la Constitución Federal en tanto que previene: *"la tutela y organización de la familia, y que a su vez toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos"*; en este sentido, al ser la familia un tema de interés estatal, es menester prevenir mecanismos para poblar el territorio y compeler a sus habitantes a la procreación, pues si bien el texto establece el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos, bien podría afirmarse que este derecho supone la obligación de procreación, como finalidad ulterior de la familia pues en todo caso, será el Estado quien protegerá su organización y desarrollo. Es decir, el Estado deja a la persona la opción de decidir cuántos hijos y en qué momento tenerlos, pero *"es obligación tenerlos"*.

Desde luego el anterior argumento puede ser refutado con singular facilidad, sin embargo, me parece que pone de relieve el argumento falaz en que se puede incurrir al pretender convenir la supremacía de un Derecho sobre otro, sin ponderarlo y estableciendo un equilibrio debido.

Debe recordarse que la conducta prevista por el legislador ordinario no es relativa a una acción u omisión, es decir, no se está obligando a ejecutar una acción o a dejar de hacerla, simplemente ha considerado no reprochar penalmente una situación jurídica de hecho. Y entendido esto a contrario sensu, si el legislador hubiera previsto penalizar una conducta, entonces sí se podrían establecer argumentos para dilucidar si esa acción del Estado, dada a través de sus órganos competentes, está o no está afectando los derechos de la mujer o de otro tipo de sujetos.

De todo lo anterior, que a mi parecer resulta estrictamente jurídico, podríamos partir al plano sociológico cuyos elementos cognitivos indudablemente nos conducirán al contexto ético y es ahí donde convergen las razones del por qué no sancionar una determinada conducta.

Frente a esta referencia, ¿el paradigma jurisprudencial encuentra vías de solución en la maximización de los valores?, ¿los principios de la doctrina Utilitarista, pueden resultar un parámetro conducente para guiar las decisiones judiciales?

Trataré de dar respuesta a estas interrogantes enunciativas:

Bien, el Utilitarismo es un marco teórico para la moralidad, basado en una maximización cuantitativa de consecuencias buenas para una población, esto implica que la moralidad de cualquier acción o ley viene definida por su utilidad para la humanidad, y en este sentido, Utilidad es una palabra que hace referencia a las consecuencias positivas que deben estar maximizadas. Estas consecuencias usualmente incluyen felicidad o satisfacción de las preferencias, por ello, el utilitarismo es a veces resumido como "el máximo bienestar para el máximo número de personas".⁸

Esta conjunción de concepciones adquieren importancia en la medida que constituyen un referente de la jurisprudencia moderna, pues mientras la reflexión filosófica entre el Derecho y la Justicia encuentra su origen en la Grecia de la antigüedad, muchos de los

⁸ John Stuart Mill, *El utilitarismo*. Buenos Aires, sexta edición, Aguilar, pág. 82.

temas centrales de la jurisprudencia asumen su forma presente en el trabajo de Jeremy Bentham.

En la actualidad podemos encontrar diversas teorías políticas y morales que se sustentan en el utilitarismo, pero finalmente, al resultar su análisis una labor extensa, resulta conveniente reducir su enfoque en las tres posturas clásicas propuestas bajo el pensamiento de Bentham, J.S. Mill y Henry Sidwick.

Estos autores coinciden en exponer que el utilitarismo toma la base fundamental de la moralidad como requerimiento para maximizar la felicidad, y este principio básico nos exige sopesar las consecuencias en términos de felicidad o infelicidad dentro de un margen representativo de acciones, y nos conduce a elegir de qué acción, podría, equilibradamente, obtenerse las mejores consecuencias, en el sentido de producir la red más equilibrada de felicidad.⁹

En este contexto, el monismo utilitarista sopesa los valores en un rango de similar importancia en la medida que tiendan a maximizar el bienestar, y maneja el conflicto que entre ellos surja aplicando simplemente el principio supremo que lo sostiene, esto es, aquello que otorga el "máximo bienestar para el mayor número de personas".

Sobre ello, se comprende al utilitarismo como una versión del consecuencialismo, teoría que postula que la rectitud moral de una acción se origina en función a las consecuencias esperadas.

Con la expresión de contrasentidos lingüísticos se produce no en pocas ocasiones la razón de las teorías, su propósito y la apertura al debate; teorías tales que son el desarrollo substancial de conceptos creados a partir de la apreciación de los acontecimientos y por tanto se infiere de ellos la conformación de criterios de corrección.

Los criterios de corrección son aquellas concepciones que ante la imposibilidad de encontrar por sí mismas una aceptación generalizada, requieren de elementos cognitivos que las fortalezcan y deriven a su aplicación sobre las circunstancias de los sucesos reales, no

⁹ Nigel E. Simmons. *Central issues in jurisprudence*, London, third edition 2008, Sweet & Maxwell, pág. 17.

aquellas que se gestan en la mente de los individuos, sino circunstancias que producen una modificación en el entorno consecuente de las personas: su vida, integridad física, emocional, patrimonio, etcétera.

Dentro de una concepción ética, podemos afirmar que la felicidad de las personas es un punto de arribo que nos es impuesto; que el bienestar, la benignidad, la paz, son elementos intrínsecos de aquello que concebimos como felicidad, pero éste concepto *–felicidad–* resulta tan ambiguo e inacabado como el propio de Justicia. No obstante, su referencia y cita constante concede por una parte elementos para la construcción y evolución de teorías éticas, y por otra, constituye en sentido lato un cierto tipo de motivación vivencial para la humanidad.

Bajo este tenor, dable resulta esbozar una breve consideración sobre el tratamiento del estatus propuesto por el Consecuencialismo; ésta es una teoría ética que acepta razones agencialmente neutrales y una razón de esta naturaleza es aquella dentro de la cual debemos buscar imparcialmente el bien intrínseco; Martín Diego Farrell, refiere que si la felicidad general fuera el bien intrínseco, entonces deberíamos buscar imparcialmente la felicidad general, y nos ubicaríamos dentro del Utilitarismo que es precisamente una de las especies posibles del consecuencialismo; así, una de las maneras usuales de definir a un consecuencialista es considerarlo como una persona que asigna prioridad a lo bueno sobre lo correcto, de lo que se sigue que lo correcto no es sólo lo que conduce a lo bueno, sino consiste en maximizar lo bueno; esto es, el consecuencialista asocia lo bueno con la felicidad, de ahí que la maximización opere bajo las premisas siguientes: a) un estado de cosas tiene valor si posee determinadas unidades de felicidad; b) las unidades de felicidad son susceptibles de ser agregadas; c) un estado de cosas tiene más valor que otro si contiene más unidades de felicidad.

Maximizar entonces consiste en producir el estado de cosas más valioso posible, valioso gradualmente de manera tal que al encontrarse al alcance de los individuos una cosa de mayor valor que otra,

se impondría racionalmente la necesidad de alcanzarla, es decir alcanzar lo bueno en su punto óptimo de maximización, dotado de las unidades de felicidad debidas, soslayando inclusive lo correcto de las acciones u omisiones.

Ahora bien, el Deontologismo postula que lo correcto tiene prioridad sobre lo bueno; debe perseguirse lo bueno cuando se lo hace sin violentar a lo correcto, pues hay modos incorrectos de perseguir lo bueno y éstos son éticamente inadmisibles.

Los fundamentos deontológicos constituyen en lo general restricciones, puesto que prohíben una conducta aunque al realizarla minimizara eventos de esa misma conducta, lo que dentro de puntuales ejemplos puede inclusive demostrarse que estas razones parecen impedir el cumplimiento de sus propios fines.

¿Cuál es entonces el papel de las normas jurídicas frente a la felicidad de los individuos?, y más aún: ¿de qué manera la judicatura interviene en la obtención de la felicidad dentro de los asuntos puestos a su consideración?

Parece claro que dentro de un Estado de Derecho fundado en un sistema democrático, el legislador propone su labor bajo el diseño de normas jurídicas que tiendan a garantizar la felicidad de los individuos, es decir, establecer esquemas de solución a los conflictos sociales y es el legislador quien señala en todo caso la manera de obtener felicidad, subordinando en muchas ocasiones lo correcto a lo bueno. De lo que deriva la constante exposición de leyes "injustas", "inequitativas", "discriminatorias", pero que en definitiva tienen dentro de sí el aforismo romano "Dura lex, sed lex".

En este sentido, el Juez tiene como función respetar los derechos sometidos a su consideración, pues no podría bajo una concepción decimonónica apartarse de la norma jurídica y agregar unidades de felicidad al estado de una cosa prescindiendo de lo correcto para maximizar lo bueno. De ahí que en ciertas ocasiones las normas jurídicas representan restricciones deontológicas a la persecución de lo bueno, y no como parte de lo bueno que debe ser perseguido.

No obstante lo anterior, es posible ponderar la propuesta consecuencialista en la labor judicial, bien sea en tratándose de conflictos de índole público o social, en donde se impongan medidas que tiendan a salvaguardar el mayor beneficio para la colectividad, o bien en conflictos de índole privado en la salvaguarda del mayor beneficio para los intereses de los contendientes (lo que por sí mismo no implica que sea enteramente correcto); pero sin duda representa un conjunto de unidades de felicidad que agregan valor al estado de las personas y tiende a la persecución de lo bueno.

Lo anterior transgrede los postulados deontológicos y pugna en cierta manera con las normas jurídicas, pero es precisamente el esquema consecuencialista aquel que conforme a una sana prelación valorativa puede conducir a la solución de problemas jurídicos estimando las unidades de felicidad que pueden ser agregadas a un caso concreto a fin de ponderar las condiciones de lo correcto de las acciones con aquello que producirá mayor o mejores provechos, bien en lo individual o conforme al equilibrio de las propias consecuencias.

Pues bien, "la tortura" es una de las restricciones deontológicas de mayor peso y conforme a ello es dable citar el ejemplo conocido del terrorista que esconde una bomba en una ciudad de millones de habitantes, y que se niega a revelar el lugar en la que ésta se encuentra, salvo que dicha confesión se extraiga mediante tortura; de ahí que ninguna persona que tuviera una motivación a vivir con los demás en base a principios que no se pueden rechazar razonablemente, rechazaría que en este caso se puede torturar. Esto, prescindiendo de la integridad física de una persona, para salvar la vida de millones. Es claro que la acción de tortura resulta éticamente incorrecta pues para el deontologista es inadmisible la obtención de lo bueno transgrediendo lo correcto, por ello muchas veces las razones deontológicas parecen impedir el cumplimiento de sus propios fines y con esta misma razón el deontologista se modera aceptando sus propias restricciones.

Supongamos ahora que nos enfrentamos a un caso de normas, autoridades y justiciables, dentro de un Estado Constitucional de

Derecho sustentado en una norma fundamental que establece principios, reglas, procedimientos y competencias de los órganos estatales; en donde a su vez se instituyen órganos de control cuyo propósito es la salvaguarda de dicha regularidad constitucional.

Bajo este esquema, será posible que en la revisión de la regularidad constitucional de los actos de las autoridades frente a los titulares de los derechos fundamentales, se priorice lo bueno sobre lo correcto; en donde lo correcto es la referida regularidad constitucional, y lo bueno es aquello que pueda derivarse de manera positiva sobre el respeto o no de dicha regularidad.

Así, en el ejercicio de acciones para la defensa de los derechos de un solo individuo, los órganos de control constitucional pueden enfrentarse a la vicisitud de que lo correcto suponga inestabilidad social, ingobernabilidad, abrogación de leyes y desaparición de órganos de gobierno; desde luego conforme a la naturaleza del reclamo que se formule y sin soslayar el principio de relatividad de nuestros juicios constitucionales.

Por ello, la complejidad de los asuntos derivada de la producción legislativa en los distintos niveles de gobierno del Estado Mexicano así como la interacción gubernamental y social, presentan escenarios que dan origen a la adopción de los dos esquemas éticos apuntados; cabe aclarar que los principios de independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y el arquetipo de excelencia, como directrices de la función jurisdiccional quedan intocados, pues la afrenta que se impone en tanto teoría ética constituye un referente de dichas directrices y es por tanto, uno de los efectos en la evolución del paradigma jurisprudencial.

El utilitarismo es entonces una doctrina de corte futurista en el sentido de que evalúa las acciones en referencia a las consecuencias que pueden generar y no sobre eventos pasados salvo que dichos eventos repercutan en el futuro.

Por ello, puede estimarse a la doctrina utilitarista como principio rector de las decisiones de aquellos que ejercen el poder público (incluyendo jueces y legisladores) aun cuando no se trate de un

principio moral fundamental en su totalidad. En este sentido, puede considerarse que el utilitarismo posee dos virtudes que son altamente deseables en las decisiones de interés público. En primer lugar, tenemos que el utilitarismo parece convertir cada tema cuestionado en una situación de hecho: en cada caso nos preguntaremos qué nos servirá para maximizar el bienestar. En segundo lugar, el utilitarismo reclama el tratamiento de los conflictos de intereses con absoluta equidad: los intereses de las partes involucradas son tomados en cuenta sin distinción y se les confiere un peso equitativo; la decisión resultante simplemente reflejará el resultado neutral derivado del cálculo de las pérdidas y ganancias de utilidad.¹⁰

En este sentido podemos acusar la pertinencia de que el poder público bajo la connotación jurisdiccional en este caso, actúe sobre la base de la evidencia y criterios objetivos que traten equitativamente los intereses de todos, máxime que la objetividad constituye precisamente una referencia ética en la impartición de justicia y de ahí derivar al principio de utilidad como un lineamiento conducente para la toma de decisiones. Aquí, el principio de utilidad no es ofrecido como una explicación filosófica sobre la base de la moral, sino como una concepción pública de la justicia que es recomendada sobre algunas creencias morales específicas estableciendo un rol apropiado y responsabilidad en las autoridades.¹¹ En mérito a lo expuesto, pueden estimarse las consideraciones apropiadas para transigir el paradigma jurisprudencial dominante y privilegiar la noción utilitarista adoptada por el Alto Tribunal en vías del desarrollo de una concepción que me parece, confronta valores y finalmente acusa el carácter científico de los juicios constitucionales fundados en criterios de "justicia".

¹⁰ Nigel E. Simmons. *Central issues in jurisprudence*, London, third edition 2008, Sweet & Maxwell, pág. 21.

¹¹ Idem, pág. 21.

Breve comentario del allanamiento de domicilio sin orden judicial

*Delfino Arturo Velázquez Falcón**

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El 27 de febrero del dos mil ocho se logró la aprobación en la Cámara de Diputados de reformas constitucionales en materia judicial por 462 votos a favor, seis en contra y dos abstenciones. Para lograr tal reforma se hizo necesario suprimir en la reforma al artículo 16 Constitucional el párrafo donde se permitían los allanamientos de domicilio sin orden judicial, ello derivado de la fuerte polémica y presión ejercida por organizaciones civiles, y partidos políticos bajo el argumento de que esta figura era violatoria de los derechos humanos.

Para quienes sostenían la conveniencia del allanamiento, argumentaban que eliminar de la reforma judicial la facultad para que policías ingresen a domicilios sin orden de cateo limita su eficacia de respuesta así como el ánimo para inhibir los delitos, ya que la policía, en algunos casos, no intentaría entrar a las casas para rescatar a una víctima, esto por temor a que se inicie un proceso en su contra y por ende preferirán acudir a un juez para solicitar la orden correspondiente, aunque la vida de una persona esté en peligro.

Por otro lado, quienes se mostraban satisfechos por eliminar de la reforma judicial la facultad para que policías puedan ingresar a domicilios sin la orden de un juez, consideraban que no se puede

* Defensor Público Federal.

cambiar libertad por seguridad, porque se corría el riesgo de perder ambas, y se hubieran incluido elementos que pudieran prestarse a abusos por parte de las fuerzas policíacas y que el párrafo eliminado representaba un peligro para los ciudadanos, atentándose contra el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio.

Además de las posturas descritas, dentro de los argumentos que buscaban justificar la necesidad de contar dentro del marco constitucional con el allanamiento sin necesidad de orden judicial, se encontraban aquellos que consideraban que la Suprema Corte de Justicia ya se había pronunciado sobre este fenómeno, y que mediante el pronunciamiento de tesis jurisprudenciales permitía a la autoridad ingresar al domicilio de un particular sin necesidad de contar con una orden de cateo expedida por un juez.

Por lo tanto, el objeto de esta exposición es hacer un estudio comparativo entre la postura sustentada por nuestro máximo tribunal con relación al valor probatorio de indicios obtenidos durante la intromisión de una autoridad a un domicilio sin orden judicial, pronunciada en la tesis 21/2007, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el texto suprimido de la reforma judicial al artículo 16 Constitucional, referente al allanamiento, a efecto de determinar si efectivamente la postura contenida en esta tesis es similar o no en su alcance al texto suprimido de la reforma Constitucional aprobada en febrero.

DESARROLLO

El texto íntegro del párrafo suprimido de la reforma judicial al artículo 16 Constitucional es el siguiente:

"La policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista información o conocimiento de una amenaza actual o inminente a la vida o la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado en los términos del párrafo IV de este artículo, debiendo informar de inmediato a la autoridad competente".

Los elementos que integraban el allanamiento sin orden judicial

dentro de la propuesta de reforma constitucional son los siguientes:

Es un acto que debe realizar la policía consistente en el ingreso a un domicilio sin orden judicial cuando:

a) Exista información o conocimiento de una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas.

b) En el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado en los términos del párrafo IV del artículo 16 Constitucional.

La tesis 21/2007, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada el diecisiete de enero de dos mil siete, bajo el rubro: "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, previene lo siguiente: *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."

La intromisión de la autoridad policial a un domicilio tiene las siguientes características de acuerdo a la tesis 21/2007, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada el diecisiete de enero de dos mil siete:

- a) Es el ingreso a un domicilio sin orden de cateo.
- b) Es realizada por una autoridad policial.
- c) Sólo procede cuando es motivada por un delito flagrante y para detener el presunto responsable en flagrancia del delito.
- d) Se 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.
- e) No invalida las pruebas obtenidas derivadas de esa intromisión.

Aunque puedan considerarse idénticas ambas figuras, existen diferencias en cuanto a los motivos que validan las pruebas obtenidas en la intromisión al domicilio sin orden de cateo con el párrafo suprimido de la reforma judicial, esta última menciona dos supuestos bajo los cuales la autoridad policial podía ingresar sin orden judicial:

- a) Exista información o conocimiento de una amenaza actual

o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas.

b) En el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculcado en los términos del párrafo IV de este artículo.

La tesis 21/2007 por su parte establece un solo motivo bajo dos requisitos:

a) Que exista flagrancia.

b) Que tenga como finalidad detener al sujeto activo o los objetos relacionados con los ilícitos.

Los motivos que justifican la intromisión de la policía en un domicilio sin orden judicial utilizados en el párrafo suprimido de la reforma y la tesis en estudio no son idénticos, pues la postura sustentada por la primera Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación no delimita la facultad de allanar un domicilio a la información o conocimiento de una amenaza actual inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas tal como pretendía la reforma constitucional, esta última postura que considero correcta, ya que la inviolabilidad del domicilio como garantía constitucional prevista en el párrafo primero del artículo 16 de nuestra carta magna, debe de limitarse únicamente y exclusivamente en aquellos casos en que un bien jurídico de igual o de mayor jerarquía se encuentran en riesgo.

Como puede apreciarse, la tesis 21/2007 es mucho más amplia que el párrafo suprimido de la reforma en cuanto a los supuestos en los que se permite darle valor probatorio a los indicios obtenidos mediante el ingreso a un domicilio sin orden de cateo, pues mientras que en aquella justifica la intromisión del domicilio en cualquier caso de flagrancia y que en el domicilio se encuentre el sujeto activo del delito o los objetos del ilícito, el párrafo suprimido de la reforma constitucional sólo autoriza el allanamiento cuando se esté persiguiendo al inculcado, o bien esté en peligro la vida o la integridad corporal de las personas.

Ello nos lleva a considerar que aunque muy parecidas las figuras en estudio, en el fondo tienen justificaciones distintas. En el párrafo suprimido de la reforma claramente se señala que la vida y la

integridad de las personas como bienes tutelados por el Estado, que en casos prácticos en donde se contrapongan con la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio contenida en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional, se constituirán en excepciones a esta garantía con la finalidad de proteger un bien jurídico de mayor jerarquía.

La postura sustentada por la primera Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 21/2007 tiene diversa motivación, de su lectura se advierte que en casos de delito flagrante, "...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..."

Como puede apreciarse, la justificación de la postura sustentada por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la obligación del Estado de proporcionar "seguridad a los bienes de la sociedad" evitando hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de penas. Sin embargo, resulta cuestionable esta postura, pues mientras que la propuesta de reforma constitucional clarificaba los valores jurídicos en contienda. La tesis en estudio le permite discrecionalmente al Estado ubicar la garantía de inviolabilidad del domicilio contenida en el artículo 16 Constitucional en relación a la obligación del Estado de procurar justicia, pudiendo éste anteponer la investigación de cualquier tipo de delito cometido en flagrancia sobre la garantía de inviolabilidad del domicilio. Esto nos llevaría prácticamente a autorizar el ingreso a cualquier domicilio sin autorización judicial, si en él existen sospechas de comisión flagrante de delitos, sin que se encuentre justificada esa intromisión por encontrarse en peligro de la vida o la integridad

física de las personas, verbigracia la posesión de arma de fuego de uso exclusivo, delitos contra la salud, robo o cualquier otra conducta típica cuyo bien jurídico tutelado no sea la vida o la integridad física de la persona, o que necesariamente exista un riesgo inminente a esos valores como puede ser en el caso de secuestro.

Se apega más a una postura garantista tomar en consideración las pruebas obtenidas en una intromisión a un domicilio sin orden judicial, sólo en aquellos casos en que se demuestre que se encontraba en riesgo la vida o la integridad corporal de las personas. Considerar estos elementos como indispensables para validar la actuación de la autoridad, justifica naturalmente la necesidad que se tuvo para vulnerar una garantía individual como lo es la inviolabilidad de domicilio, con la finalidad de salvaguardar bienes jurídicos de mayor valor como los son la vida y la integridad física de las personas, por ello considero que no se requiere que dentro del marco constitucional se exprese una fórmula de solución de conflictos entre bienes jurídicos, cuando bajo los principios generales del derecho y de una sana lógica aplicada al caso concreto puede determinarse que antes de la inviolabilidad del domicilio se encuentra la vida e integridad corporal de las personas.

Bajo ese ánimo puede entenderse la postura que sustenta la tesis 21/2007 en la que le da valor probatorio a las actuaciones de autoridad, practicadas durante la intromisión a un domicilio sin orden de cateo, pero a diferencia del párrafo eliminado de la reforma, no hace distingo entre la jerarquía de bienes jurídicos, y por ese motivo permite a la autoridad actuar discrecionalmente, con la finalidad de evitar hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas.

En otras palabras, darle valor probatorio a pruebas obtenidas mediante el allanamiento de un domicilio sin orden judicial derivadas de la comisión de un delito en flagrancia, sin importar la naturaleza y bien jurídico protegido por la norma penal, dota a la policía y a la autoridad ministerial de una herramienta que aleja a la sociedad de un estado de derecho, pues le permite al Estado actuar

discrecionalmente para que, con simples sospechas de que un domicilio determinado se está cometiendo cualquier tipo de delito, pueda ingresar al mismo sin que sea necesario justificar el bien jurídico que se pretendió defender a costa de la inviolabilidad del domicilio contemplado en el artículo 16 de nuestra carta magna.

La tesis 21/2007 en estudio no debe ubicar en un plano superior la obligación del Ministerio Público de perseguir los delitos sobre la garantía de inviolabilidad del domicilio, pues perseguir los delitos, no es una garantía del gobernado, sino es la obligación conatural de la autoridad cuyos límites de actuación están precisamente contemplados en las garantías individuales previstas en la Constitución.

Resulta un contrasentido hacer permisible el menoscabo a las garantías individuales, en este caso la inviolabilidad del domicilio, justificado en la obligación del Ministerio Público de perseguir los delitos, pues se le da potestad a la autoridad, de respetar o no esta limitante de poder (garantía de inviolabilidad del domicilio), bajo el argumento específico de que se está cometiendo un delito flagrante, o el argumento general referente a la obligación constitucional de perseguir delito y de esa manera evitar la pérdida de evidencia y hacer ilusoria la persecución de los delitos.

No hay que olvidar que los requisitos previstos en la Constitución para celebrar una diligencia de cateo se originan precisamente ante la necesidad de limitar el abuso del poder, y preservar una serie de derechos fundamentales del individuo, así lo entendió el constituyente de 1917 quien al referirse al cateo señaló lo siguiente:

"... Hemos visto cómo se han venido practicando hasta ahora los cateos, y en la época dictatorial, sobre todo, tuvimos oportunidad de ver que se cometían grandes abusos con esta forma de cateos. La policía entraba a las casas y creía que en definitiva había dado con un botín; cada quien cogía lo que le parecía y no se daba cuenta de nada absolutamente. Por eso la comisión ha creído pertinente que sea el propietario de la casa cateada quien proporcione los testigos, porque seguramente se fijará en las personas de más confianza para él y estos individuos no se

prestarán gustosos a firmar un acta levantada al capricho de la autoridad que verifique el cateo, sino que sólo pondrán su firma en lo que verdaderamente les conste y acerca de lo que hubiese sido objeto preciso del cateo. Con esto se evitarán muchísimos abusos y muchos atropellos..."

Bajo esta premisa, no es la policía la facultada de determinar, en ejercicio de sus atribuciones como autoridad, cuando ingresa a un domicilio por considerar que en caso de delito flagrante existe el riesgo de perder pruebas que hagan ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, adoptar este criterio facultaría a la autoridad de ingresar a cualquier domicilio con endebles sospechas de que en determinado domicilio se encuentra objetos del delito, y que en caso de que no se encontrara evidencia de delito alguno, para evitar la autoridad responder administrativa o penalmente por su equivocación o falta de cuidado de allanar ilegal y ligeramente ese domicilio, bastaría sembrar evidencia como sería un arma de fuego o un poco de droga, para que de esta manera la policía justificara su ingreso a ese lugar.

Por lo tanto, las reglas contenidas en las diligencias de cateo, y más aun las contenidas en el ingreso a un domicilio por parte de la autoridad sin contar con una orden judicial, deben partir del pleno respeto a las garantías del gobernado y no suponer a priori que la autoridad va a realizar esas intromisiones con la finalidad de evitar hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, que en si mismas son motivos generales e insuficientes para ingresar a un domicilio sin orden judicial, por eso se considera necesario que además de 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 previa, debe además de demostrarse la urgencia de irrumpir ese domicilio sin orden de cateo, en donde claramente se especifiquen las condiciones de flagrancia o urgencia, explicando la autoridad por qué se considera que de no haberlo hecho de esta manera implicaría la pérdida de importantes hallazgos e indicios de los hechos a investigar, provocando con ello ilusoria la persecución del delito y

la imposición de las penas, pero además, y sobre todos estos elementos, que el bien jurídico protegido sea de igual o mayor jerarquía a la inviolabilidad domiciliaria.

Lo que sí compartían tanto el párrafo suprimido de la reforma constitucional como la tesis 21/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la intromisión al domicilio en caso de flagrancia, aunque parece ser que el proyecto de reforma constitucional limitaba los casos de flagrancia a la persecución material del delincuente, sin embargo en ambas disposiciones se debe ser cuidadoso ya que la detención flagrante del presunto responsable no debe ser una nueva excepción a la garantía de inviolabilidad del domicilio además de la contenida en la propia Constitución y que es la orden de cateo.

Sería un abuso considerar que la existencia de la flagrancia anule los requisitos constitucionales y procesales para la celebración de cateo, por el contrario, ambas figuras jurídicas pueden complementarse y no deben ser consideradas contrarias y jurídicamente imposible su coexistencia en un caso concreto, se puede por lo tanto detener en flagrancia a una persona al momento de realizarse una orden de cateo, y el hecho de que la policía irrumpa en un domicilio sin una orden de cateo debido a que en ese domicilio se esta cometiendo un delito tampoco puede interpretarse que esa irrupción no esté sujeta a regla alguna, por el contrario, **la irrupción en un domicilio sin orden de cateo, debe de estar doblemente cuestionada en cuanto a su forma de realización, para que tenga efectos jurídicos**, dichos cuestionamientos deben en principio referirse a la justificación lógica de ese acto, de tal manera que el primer requisito a cumplir es precisamente acreditar que el ingreso al domicilio era el último recurso, antes del cateo, al que habría que recurrir para terminar con la comisión de un ilícito o asegurar al presunto responsable en flagrancia, pero sobre todo considerar que en caso de no actuar se pondría en riesgo la vida y la integridad física de las personas.

Por eso, el primer paso para ingresar a un domicilio por la comisión flagrante de un delito, por lógica es determinar qué delito o

delitos se están presentado en ese domicilio, los motivos por los cuales se considera o consideró imposible o riesgoso acudir ante la autoridad judicial para la solicitud del cateo y exponer por qué se consideró que estaba en riesgo la vida o la integridad física de las personas.

CONCLUSIÓN

Lo antes expuesto nos permite concluir, que el párrafo que se suprimió de la reforma constitucional en materia de justicia no es idéntica a la postura sustentada en la tesis 21/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que la reforma constitucional limitaba de mejor manera en cuanto al fondo las causas que justificaban la intromisión de la policía a un domicilio sin contar con una orden de cateo relacionado con el valor probatorio que este acto pudiera tener dentro del proceso, no obstante que la tesis en comento regula mejor en cuanto a la forma la utilización de este recurso al ordenar que dentro de la consignación se expresen claramente los motivos previos que tuvo la autoridad para ingresar al domicilio.

Para estar acorde al pleno respeto a las garantías individuales consagradas en nuestra carta magna, el valor de las pruebas obtenidas en la intromisión a un domicilio sin contar con una orden judicial, además de contar con datos ciertos o válidos que motiven esta y la obligación de aportar estos datos en el proceso en caso de consignarse la averiguación, deberán además de adoptar una postura garantista en donde además deberá de demostrarse que se encontraba en riesgo la vida o la integridad corporal de las personas, justificando naturalmente la necesidad de la autoridad de vulnerar una garantía individual como lo es la inviolabilidad de domicilio, con la finalidad de salvaguardar bienes jurídicos de mayor valor, negando en todo caso como justificación el hacer ilusoria la investigación del delito y la imposición de las penas, pues ello implica otorgarle a la autoridad una facultad discrecional para justificar con simples sospechas la intromisión a los domicilios de los gobernados.



R eglas de Brasilia

La Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia, Brasil, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008, en el marco de los trabajos de su XIV edición, consideró necesaria la elaboración de unas reglas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad; acceso a la justicia que debe concretarse de cara a la sociedad.

En el segundo día de trabajos, con la participación de los presidentes de Supremas Cortes de Justicia y de Consejeros de la Judicatura, fueron aprobadas las Reglas de Brasilia, cuyo texto íntegro se transcribe aquí, dada su importancia y su trascendencia.

La Cumbre Judicial Iberoamericana es un mecanismo de diálogo, que sirve como foro de reflexión para el establecimiento de lineamientos sobre políticas públicas en el ámbito de la justicia. Con sustento en la regla 100 de las Reglas de Brasilia fue creada una comisión de seguimiento de las normas mencionadas, comisión que está integrada por cinco connotados expertos.

Entre otras cuestiones de gran relevancia, el documento enfatiza que el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho, si su titular no puede acceder en forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de ese derecho.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles" (apartados 23 a 34).

En los trabajos preparatorios de estas Reglas también han participado las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados.

Sus aportaciones han enriquecido de forma indudable el contenido del presente documento.

El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede

acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

Las presentes Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Este documento se inicia con un Capítulo que, tras concretar su finalidad, define tanto sus beneficiarios como sus destinatarios. El siguiente Capítulo contiene una serie de reglas aplicables a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos. Posteriormente contiene aquellas reglas que resultan de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte que ejercita una acción o que defiende su derecho frente a una acción, ya sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición.

El último Capítulo contempla una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de estas Reglas, de tal manera que puedan contribuir de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. La Cumbre Judicial Iberoamericana es consciente de que la promoción de

una efectiva mejora del acceso a la justicia exige una serie de medidas dentro de la competencia del poder judicial.

Asimismo, y teniendo en cuenta la importancia del presente documento para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, se recomienda a todos los poderes públicos que, cada uno dentro de su respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivo el contenido de estas Reglas. Asimismo se hace un llamamiento a las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que tengan en cuenta estas Reglas en sus actividades, incorporándolas en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.

CAPÍTULO I PRELIMINAR

SECCIÓN 1ª.— FINALIDAD

(1) Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

(2) Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

SECCIÓN 2ª.— BENEFICIARIOS DE LAS REGLAS

1.— Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas perso-

nas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

2.— *Edad*

(5) Se considera *niño, niña y adolescente* a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.

Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

(6) El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

3.— *Discapacidad*

(7) Se entiende por discapacidad la 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.

(8) Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

4.– *Pertenencia a comunidades indígenas*

(9) Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.

5.– *Victimización*

(10) A efectos de las presentes Reglas, se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.

(11) Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

(12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria).

Asimismo se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).

Y se procurará garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial.

Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito.

6.– Migración y desplazamiento interno

(13) El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo.

(14) También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

7. – Pobreza

(15) La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.

(16) Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.

8. – Género

(17) La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

(18) Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

(19) Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

(20) Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones.

Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

9.– *Pertenencia a minorías*

(21) Puede constituir una causa de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia.

10.– *Privación de libertad*

(22) La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

(23) A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.

Sección 3ª.– Destinatarios: actores del sistema de justicia

(24) Serán destinatarios del contenido de las presentes Reglas:

- a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial;
- b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país;
- c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados.
- d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman.
- e) Policías y servicios penitenciarios.
- f) Y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

CAPÍTULO II

EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS

El presente Capítulo es aplicable a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos.

(25) Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

SECCIÓN 1ª.— CULTURA JURÍDICA

(26) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(27) Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

SECCIÓN 2ª.— ASISTENCIA LEGAL Y DEFENSA PÚBLICA

1.— Promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad

(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico–jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;

En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;

Y en materia de asistencia letrada al detenido.

(29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados...

Todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 4ª del presente Capítulo.

2.- Asistencia de calidad, especializada y gratuita

(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

(31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

SECCIÓN 3ª.- DERECHO A INTÉRPRETE

(32) Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución.

SECCIÓN 4ª.- REVISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y LOS REQUISITOS PROCESALES COMO FORMA DE FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA

(33) Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adop-

tando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

1.– Medidas procesales

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan a la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

(34) Requisitos de acceso al proceso y legitimación

Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

(35) Oralidad

Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad.

(36) Formularios

Se promoverá la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada.

(37) Anticipo jurisdiccional de la prueba

Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar

necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales.

2.— MEDIDAS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN JUDICIAL

Dentro de esta categoría cabe incluir aquellas políticas y medidas que afecten a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial, de tal manera que la propia forma de organización del sistema de justicia facilite el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas políticas y medidas podrán resultar de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces no profesionales.

(38) Agilidad y prioridad

Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.

(39) Coordinación

Se establecerán mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia.

(40) Especialización

Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad.

En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial.

(41) Actuación interdisciplinaria

Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas

áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

(42) Proximidad

Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

SECCIÓN 5ª.— MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.— Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad

(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

(44) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

2.— Difusión e información

(45) Se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización.

(46) Cualquier persona vulnerable que participe en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios debe-

rá ser informada, con carácter previo, sobre su contenido, forma y efectos. Dicha información se suministrará de conformidad con lo dispuesto por la Sección 1ª del Capítulo III de las presentes reglas.

3.— Participación de las personas en condición de vulnerabilidad en la Resolución Alternativa de Conflictos

(47) Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria.

La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen.

SECCIÓN 6ª.— SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DENTRO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

CAPÍTULO III

CELEBRACIÓN DE ACTOS JUDICIALES

El contenido del presente Capítulo resulta de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte o en cualquier otra condición.

(50) Se velará para que en toda intervención en un acto judicial se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándole un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación.

SECCIÓN 1ª.— INFORMACIÓN PROCESAL O JURISDICCIONAL

(51) Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad.

1.— Contenido de la información

(52) Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos:

- La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar
- Su papel dentro de dicha actuación
- El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo

(53) Cuando sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos:

- El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales
- Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso
- La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento

jurídico o a la asistencia técnico–jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente

– El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo

2.– Tiempo de la información

(54) Se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades policiales cuando se trate de un procedimiento penal.

3.– Forma o medios para el suministro de la información

(55) La información se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria. Se resalta la utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto. Asimismo resultan destacables las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad.

4.– Disposiciones específicas relativas a la víctima

(56) Se promoverá que las víctimas reciban información sobre los siguientes elementos del proceso jurisdiccional:

– Posibilidades de obtener la reparación del daño sufrido

– Lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción

Curso dado a su denuncia o escrito

– Fases relevantes del desarrollo del proceso

– Resoluciones que dicte el órgano judicial

(57) Cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquéllas que se refieran a la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar.

SECCIÓN 2ª.— COMPRENSIÓN DE ACTUACIONES JUDICIALES

(58) Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado.

1.— Notificaciones y requerimientos

(59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

2.— Contenido de las resoluciones judiciales

(60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

3.— Comprensión de actuaciones orales

(61) Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3ª del presente Capítulo.

SECCIÓN 3ª.— COMPARECENCIA EN DEPENDENCIAS JUDICIALES

(62) Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición.

1.— Información sobre la comparecencia

(63) Con carácter previo al acto judicial, se procurará proporcionar a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la

comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto.

2. – Asistencia

(64) *Previa a la celebración del acto*

Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.

(65) *Durante el acto judicial*

Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad.

También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad.

3. – Condiciones de la comparecencia

Lugar de la comparecencia

(66) Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo.

(67) Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima.

Tiempo de la comparecencia

(68) Se procurará que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial.

Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente. Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferen-

cia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad.

(69) Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona.

(70) Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el Derecho aplicable.

(71) En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales.

Forma de la comparecencia

(72) Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla.

(73) Quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito.

(74) Cuando sea necesario se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, podrá plantearse la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo, incluso excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista, siempre que resulte compatible con el Derecho del país. A tal efecto, puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión.

4.– Seguridad de las víctimas en condición de vulnerabilidad

(75) Se recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar una

protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses.

(76) Se prestará especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja.

5.— ACCESIBILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

(77) Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales.

6.— Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales

(78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

7.— Integrantes de comunidades indígenas

(79) En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país.

SECCIÓN 4ª.— PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD

1.— Reserva de las actuaciones judiciales

(80) Cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje, podrá plantearse la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas, de

tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas.

2.– Imagen

(81) Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad.

(82) En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona.

3.– Protección de datos personales

(83) En las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad.

(84) Se prestará una especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

CAPÍTULO IV

EFICACIA DE LAS REGLAS

Este Capítulo contempla expresamente una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de las Reglas, de tal manera que contribuyan de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

1.– Principio general de colaboración

(85) La eficacia de las presentes Reglas está directamente ligada al grado de colaboración entre sus destinatarios, tal y como vienen definidos en la Sección 3ª del Capítulo I.

La determinación de los órganos y entidades llamadas a colaborar

depende de las circunstancias propias de cada país, por lo que los principales impulsores de las políticas públicas deben poner un especial cuidado tanto para identificarlos y recabar su participación, como para mantener su colaboración durante todo el proceso.

(86) Se propiciará la implementación de una instancia permanente en la que puedan participar los diferentes actores a los que se refiere el apartado anterior, y que podrá establecerse de forma sectorial.

(87) Se destaca la importancia de que el Poder Judicial colabore con los otros Poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(88) Se promoverá la participación de las autoridades federales y centrales, de las entidades de gobierno autónomico y regional, así como de las entidades estatales en los estados federales, dado que frecuentemente el ámbito de sus competencias se encuentra más próximo a la gestión directa de la protección social de las personas más desfavorecidas.

(89) Cada país considerará la conveniencia de propiciar la participación de las entidades de la sociedad civil por su relevante papel en la cohesión social, y por su estrecha relación e implicación con los grupos de personas más desfavorecidas de la sociedad.

2.– Cooperación internacional

(90) Se promoverá la creación de espacios que permitan el intercambio de experiencias en esta materia entre los distintos países, analizando las causas del éxito o del fracaso en cada una de ellas o, incluso, fijando buenas prácticas. Estos espacios de participación pueden ser sectoriales.

En estos espacios podrán participar representantes de las instancias permanentes que puedan crearse en cada uno de los Estados.

(91) Se insta a las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que:

- Continúen brindando su asistencia técnica y económica en el fortalecimiento y mejora del acceso a la justicia.
- Tengan en cuenta el contenido de estas Reglas en sus actividades,

y lo incorporen, de forma transversal, en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.

- Impulsen y colaboren en el desarrollo de los mencionados espacios de participación.

3.– *Investigación y estudios*

(92) Se promoverá la realización de estudios e investigaciones en esta materia, en colaboración con instituciones académicas y universitarias.

4.– *Sensibilización y formación de profesionales*

(93) Se desarrollarán actividades que promuevan una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de las personas en condición de vulnerabilidad a partir de los contenidos de las presentes Reglas.

(94) Se adoptarán iniciativas destinadas a suministrar una adecuada formación a todas aquellas personas del sistema judicial que, con motivo de su intervención en el proceso, tienen un contacto con las personas en condición de vulnerabilidad. Se considera necesario integrar el contenido de estas Reglas en los distintos programas de formación y actualización dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial.

5.– *Nuevas tecnologías*

(95) Se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso técnico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

6.– *Manuales de buenas prácticas sectoriales*

(96) Se elaborarán instrumentos que recojan las mejores prácticas en cada uno de los sectores de vulnerabilidad, y que puedan desarrollar el contenido de las presentes Reglas adaptándolo a las circunstancias propias de cada grupo.

(97) Asimismo se elaborará un catálogo de instrumentos interna-

cionales referidos a cada uno de los sectores o grupos mencionados anteriormente.

7.– Difusión

(98) Se promoverá la difusión de estas Reglas entre los diferentes destinatarios de las mismas definidos en la Sección 3ª del Capítulo I.

(99) Se fomentarán actividades con los medios de comunicación para contribuir a configurar actitudes en relación con el contenido de las presentes Reglas.

8.– Comisión de seguimiento

(100) Se constituirá una Comisión de Seguimiento con las siguientes finalidades:

- Elevar a cada Plenario de la Cumbre un informe sobre la aplicación de las presentes Reglas.

- Proponer un Plan Marco de Actividades, a efectos de garantizar el seguimiento a las tareas de implementación del contenido de las presentes reglas en cada país.

- A través de los órganos correspondientes de la Cumbre, promover ante los organismos internacionales hemisféricos y regionales, así como ante las Cumbres de Presidentes y Jefes de Estado de Iberoamérica, la definición, elaboración, adopción y fortalecimiento de políticas públicas que promuevan el mejoramiento de las condiciones de acceso a la justicia por parte de las personas en condición de vulnerabilidad.

- Proponer modificaciones y actualizaciones al contenido de estas Reglas.

- La Comisión estará compuesta por cinco miembros designados por la Cumbre Judicial Iberoamericana. En la misma podrán integrarse representantes de las otras Redes Iberoamericanas del sistema judicial que asuman las presentes Reglas. En todo caso, la Comisión tendrá un número máximo de nueve miembros.

El presente texto ha sido elaborado con el apoyo del Proyecto EUROSocial JUSTICIA, por un Grupo de Trabajo constituido en

el seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en el que también han participado la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO) y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA).

Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia entre los días 4 y 6 de marzo de 2008. Las otras redes antes citadas han iniciado el proceso para someterlas a la aprobación de sus respectivos órganos de gobierno, aprobación que se ha producido, al tiempo de cerrar esta publicación para el caso de la UIBA, la AIDEF y la AIAMP.

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 Defensa Penal y Evaluación del Servicio

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz

Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciado Pedro Pérez Popomeya

Unidad de Supervisión y Control de Defensa Penal 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*

