

IPdF **Revista**

del Instituto Federal de Defensoría Pública

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

ISSN 1870-7610

DÉCIMO ANIVERSARIO



EDICIÓN
CONMEMORATIVA



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA



IIP dlF **Revista**

del Instituto Federal de Defensoría Pública

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Director

César Esquinca Muñoa

Coordinadores

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

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

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública
Número 5, junio 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.

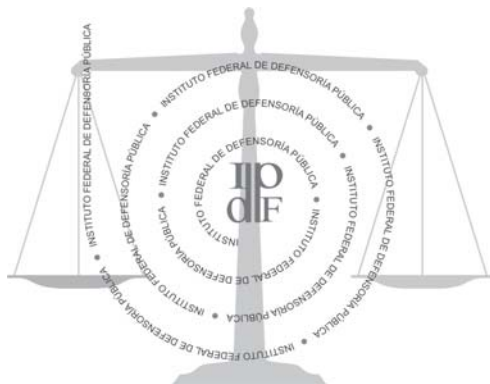
Editor responsable: César Esquinca Muñoa.

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 9

Sección Primera

PRESENCIA DE LA JUDICATURA

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Extemporaneidad de la controversia constitucional.....13

Magistrado Jorge Ojeda Velázquez
Aplicación y uso de las normas internacionales por el Poder Judicial 27

Sección Segunda

PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

Lic. Jorge Jacinto Aldana Rivas

Los Tribunales Unitarios de Circuito
como órgano de control constitucional51

Dr. Ángel Alonso Trujillo

Apuntamientos sobre la estructura del delito
en nuestro sistema de enjuiciamiento penal federal..... 65

Lic. José Guadalupe Arias Ortega

Posesión de cartuchos para armas del uso exclusivo del Ejército, Armada
y Fuerza Aérea: análisis conforme al principio de taxatividad abstracta..... 89

Lic. Jesús Óscar Blanco Medina

El vacío legal en la justicia federal para adolescentes..... 103

Lic. William Leonel Cachón Rosales

La ausencia de facultad legal de los jueces para trabar embargos
en los bienes de los demandados en los procesos mercantiles 119

Lic. Mónica Carvajal Aceves

La libertad provisional bajo caución ante los delitos calificados
como graves perpetrados en forma culposa..... 131

Lic. Jorge Alberto Cerón Cardena

La readaptación social del reo..... 149

Lic. Amando Chávez Chávez

La defensa adecuada se anula ante el Ministerio Público..... 161

Lic. Rafael Fernando Cruz Cruz

Naturaleza del concurso aparente de normas en el Código Penal Federal..... 179

Mtro. Mauricio Fernández de la Mora

¿Flagrante delito o detención ilegal?..... 193

Lic. Cutberto Joaquín García Cruz

La imputación del aprehensor en el proceso penal federal..... 209

Lic. Arturo Garduño Acevedo

El delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército,
Armada y Fuerza Aérea Mexicanos: un caso en que no se configura..... 229

	<i>Página</i>
<i>Lic. Jorge Alberto Heredia Chalé</i> Análisis de los beneficios previstos en el artículo 55 del Código Penal Federal.....	245
<i>Lic. Víctor Manuel Heredia Chalé</i> La conveniencia de que el inculpaado indígena cuente con un defensor que tenga conocimiento de su lengua y cultura.....	257
<i>Lic. Honorio Hernández Escamilla</i> Breve semblanza del derecho jurisprudencial en México.....	271
<i>Lic. Salvador Herrera Arellano</i> Los alcances de la educación obligatoria en México contenida en el artículo 3° constitucional.....	289
<i>Lic. Miguel Ángel Lara Estrada</i> Medios de impugnación y sus efectos en la defensa.....	303
<i>Lic. Eduardo Lara Salazar</i> La retención ilegal del detenido en flagrancia.....	321
<i>Lic. Francisco Leiva Martínez</i> Captura de camarón u otra especie acuática en zona y época de veda. Adición a la fracción II del artículo 420 del Código Penal Federal.....	337
<i>Lic. Enrique Lescrenier Landa</i> La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo.....	351
<i>Lic. Domingo Javier López Pérez</i> Justicia penal juvenil y derecho de menores.....	363
<i>Lic. Marco Antonio López Rendón</i> La readaptación a la sociedad del reo es o no una utopía.....	377
<i>Lic. Miguel Lugo Salas</i> La admisibilidad de probanzas en la segunda instancia. Alcances y límites.....	389
<i>Lic. Concepción Luna Arellano</i> Reflexiones en torno al servicio de defensa pública en ejecución de sentencias.....	407
<i>Lic. Carlos Eduardo Mendoza López</i> Análisis del artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos....	419
<i>Lic. Ángel Fernando Mex Tepal</i> Reformas a la Constitución.....	437

Lic. Astro Alberto Montes Leño

Libertad provisional bajo protesta, opción de libertad para el defendido..... 455

Lic. Carlos Morales Sánchez

La defensa pública federal. Avances y perspectivas..... 467

Lic. Óscar Domingo Olguín Almanza

Sustancias psicotrópicas, los límites del *ius puniendi*.

Análisis crítico de la tesis judicial 1a.LXXXIV/2005..... 485

Lic. Raymundo Ovalle Jove

Efeméride y autonomía del Instituto Federal de Defensoría Pública 509

Lic. Miguel Ángel Pérez Corona

¿Defensoría pública institucional o asistencial?..... 523

Lic. Milton Salvador Portillo Arellano

Artículo 58, fracción III, primera parte del tercer párrafo

de la Ley del Seguro Social..... 539

Lic. Rubén Ramírez Rodríguez

La colegiación de abogados en México, una necesidad imperante..... 555

Mtro. Marco Antonio Ramos Morales

Las reformas al sistema de justicia penal y la lógica jurídica,

¿un nuevo causalismo?..... 575

Lic. Víctor Manuel Rodríguez Sosa

Casos en que se presenta imposibilidad de apelar en contra

de una sentencia condenatoria..... 597

Lic. Édgar Rojas Álvarez

Incidente no especificado a fin de obtener una medida de seguridad

por precario estado de salud..... 607

Mtro. Benjamín Rubio Chávez

La capacidad jurídica..... 619

Lic. José Fernando Sánchez Salas

La función del defensor público federal y la sistemática constitucional..... 649

<i>Lic. Juan Gabriel Sarmiento Bustos</i>	
Una década de trabajo y calidad.....	669
<i>Lic. Gustavo Serrano García</i>	
Las imputaciones de los farmacodependientes hechas en la declaración ministerial.....	679
<i>Lic. Apolinar Pedro Vargas Ordóñez</i>	
Perspectivas del proceso penal acusatorio en México. Una lectura de la reforma judicial.....	691
<i>Lic. José Daniel Vargas Ríos</i>	
El derecho a percibir indemnización como consecuencia del error judicial.....	707
<i>Lic. Huetzin Zúñiga Moreno</i>	
Fijación oral.....	723

Sección Tercera

DOCUMENTOS

<i>Magistrado César Esquinca Muñoa</i>	
Discurso pronunciado por el Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, en la ceremonia de entrega de la Medalla "Ponciano Arriaga" al defensor público federal más destacado en el año 2007.....	737
<i>Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia</i>	
Discurso pronunciado por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, en la ceremonia de entrega de la Medalla "Ponciano Arriaga" al defensor público federal más destacado en el año 2007.....	747



Página de la Dirección

El 28 de mayo de 1998, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Defensoría Pública, punto de partida de la transformación de la antigua defensoría de oficio federal.

En la década transcurrida de entonces a la fecha, el Instituto Federal de Defensoría Pública, que fue creado por esa ley para garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en otras materias, ha desarrollado múltiples y variados proyectos tendentes a la superación de los servicios sustantivos que proporciona a los sectores sociales más necesitados.

Dentro de ellos, uno de los más importantes es el editorial que tiene como referente la publicación de la Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, proyecto sin duda alguna exitoso. Este quinto número de la Revista está dedicado a conmemorar la efeméride en un principio mencionada, esto es, el décimo aniversario de la creación del Instituto.

Dentro del esquema ya establecido, en la Sección Primera se incluyen los estudios jurídicos "Extemporaneidad de la controversia constitucional", del Ministro José Ramón Cossío Díaz, y "Aplicación y uso de las normas internacionales por el Poder Judicial", del Magistrado Jorge Ojeda Velázquez, importantes aportaciones para el conocimiento de los temas que en forma magistral analizan.

En la Sección Segunda se publican cuarenta y tres artículos de los que son autores defensores públicos, asesores jurídicos, supervi-

sores, evaluadores, delegados y personal jurídico de la institución, que constituyen un caleidoscopio por demás interesante de temas jurídicos vinculados con los servicios de defensa penal y asesoría jurídica en otras materias que proporciona la institución.

La Sección Tercera recoge, en el orden en que se pronunciaron en la ceremonia de entrega de la Medalla "Ponciano Arriaga" al defensor público federal más destacado en el año 2007, los discursos del Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, y del Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Nuestro agradecimiento a los autores de los trabajos publicados por sus valiosas aportaciones, que permiten poner en manos del lector este quinto número con el que la Revista entra en su tercer año de vida.

Magistrado César Esquinca Muñoa
Junio de 2008

Sección Primera
PRESENCIA DE LA JUDICATURA

E xtemporaneidad de la controversia constitucional

*José Ramón Cossío Díaz**¹

Esta controversia constitucional la promovió el Estado de México por conducto de la Diputación Permanente de la LV Legislatura Local, en contra de la Federación a través del Poder Ejecutivo Federal y se señaló como tercero interesado al Distrito Federal. Se impugnó el oficio 01365, de veintitrés de junio de dos mil tres, suscrito por el Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales, dirigido al Gobernador del Estado de México, mediante el cual se contestó en sentido negativo la solicitud planteada por el Gobernador del Estado de México para que la Federación reasumiera la administración de los sistemas de extracción y conducción de aguas subterráneas del Alto Lerma y Chiconautla, ubicados en el Estado de México y operados por el Gobierno del Distrito Federal.

El primer tema que se discutió en este asunto fue el relativo a la oportunidad de la impugnación. Después de una larga discusión sobre este tópico, el Tribunal Pleno resolvió, por mayoría de seis votos, que la presentación de la demanda de controversia constitucional había sido oportuna.²

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

¹ Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en la Controversia Constitucional 6/2004, al que se adhieren los ministros Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José Fernando Franco González Salas. El autor agradece a Laura Rojas Zamudio su colaboración en la elaboración de este voto.

² Este tema se discutió en las sesiones públicas de 12 y 14 de febrero de 2008, votándose en esta última por mayoría de 6 votos de los señores ministros Aguirre Anguiano, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón, Sánchez Cordero y Silva Meza que la controversia

No compartimos esta decisión mayoritaria del Tribunal Pleno, pues consideramos que la controversia constitucional era extemporánea.

Para explicar nuestro punto de vista conviene en primer término narrar los hechos que anteceden al caso.

I. HECHOS

1.- El diecinueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro, se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Decreto del Poder Ejecutivo Federal en el que se estableció veda por tiempo indefinido para el alumbramiento de aguas del subsuelo en la zona conocida como Cuenca o Valle de México.

2.- El veintitrés de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco, se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Decreto del Poder Ejecutivo Federal por el que estableció veda por tiempo indefinido para el alumbramiento de aguas del subsuelo en la zona conocida como Valle de Toluca, Estado de México, que forma parte de la cuenca Alta del Río Lerma y sólo con permiso de la entonces Secretaría de Recursos Hidráulicos se podrían extraer aguas del subsuelo.

3.- No obstante la veda, el catorce de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, el Ejecutivo Federal autorizó al Departamento del Distrito Federal, de manera temporal, para que efectuara el aprovechamiento de aguas de los mantos acuíferos subterráneos de la cuenca del Río Lerma en el Estado de México, firmando para ello un convenio en el que intervinieron el Presidente de la República, el Jefe del Departamento del Distrito Federal, los Secretarios de Recursos Hidráulicos y de Agricultura y Ganadería y el Gobernador del Estado de México. Este convenio se publicó en el Diario Oficial de la Federación de dieciséis de diciembre del mismo año.

constitucional resultaba oportuna. En contra de este criterio y por la extemporaneidad de la controversia votamos los señores ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas y Ortiz Mayagoitia. Conviene señalar que en la sesión de 12 de febrero de 2008 el ministro Valls Hernández había manifestado su opinión en el sentido de la extemporaneidad de la acción, sin embargo no votó este punto dado que estuvo ausente en la sesión de 14 de febrero de 2008.

4.- Derivado del convenio, el Departamento del Distrito Federal se obligó, entre otras cosas, a realizar las obras necesarias para el alumbramiento y conducción del agua, así como para explotarla de manera que su extracción no implicara limitaciones para la zona industrial del Valle de Toluca y, además, debía entregar al Gobierno del Estado de México, por concepto de cooperación, diversas sumas de dinero que serían utilizadas en obras sociales.

5.- Tomando en cuenta los resultados satisfactorios, el doce de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho se celebró un convenio adicional para realizar una segunda etapa ampliando las zonas de captación del agua a las zonas comprendidas desde la Presa "José Antonio Alzate" hacia el norte, incrementando la extracción de agua y la cooperación a cargo del Departamento del Distrito Federal a favor del Estado de México.

6.- El diez de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, se celebró un segundo convenio adicional en el que el Departamento del Distrito Federal se obligó a incrementar el monto de su cooperación.

7.- El treinta de septiembre de mil novecientos setenta, se celebró un convenio mediante el cual se finiquitó la cooperación a que se comprometió el Departamento del Distrito Federal, pero subsistió la extracción de aguas nacionales subterráneas del subsuelo del territorio del Estado de México.

8.- El cuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis, la Comisión Nacional del Agua otorgó a favor del Distrito Federal el Título de Concesión número 5DFE100309/26HMSG96 para aprovechar un volumen de trescientos nueve millones cincuenta y dos mil ochocientos metros cúbicos anuales de aguas nacionales superficiales y setecientos ochenta millones quinientos dieciséis mil metros cúbicos anuales de aguas del subsuelo.

9.- En virtud de lo anterior y al estimar el Gobernador del Estado de México que existía una sobreexplotación descontrolada, el veintinueve de abril de dos mil tres, solicitó al Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales, que girara sus instrucciones para que la administración de los sistemas de extracción y conducción

de las aguas subterráneas del Alto Lerma y Chiconautla, operadas por el Gobierno del Distrito Federal fuera reasumida por el Gobierno Federal. Asimismo le solicitó declarar la terminación del convenio de mil novecientos sesenta y seis y sus respectivas adiciones, así como del título de concesión de mil novecientos noventa y seis, para que se llevara a cabo la firma de nuevos convenios a fin de dar un uso racional al recurso³.

10.- En respuesta a lo anterior, el cuatro de junio de dos mil tres, el Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales manifestó que estas peticiones se abordarían de manera colegiada en la siguiente sesión de la Comisión de Agua y Drenaje del Área Metropolitana (CADAM), ya que en ella participarían los tres niveles de gobierno⁴.

11.- Insistiendo en su petición, el Gobernador del Estado de México el nueve de junio de dos mil tres, calificó la respuesta del Secretario Federal como omisa puesto que sólo se refirió al tema relativo a la reasunción de competencias por parte de la Federación, sin pronunciarse sobre la terminación del convenio de mil novecientos sesenta y seis y sus adiciones y la terminación de la concesión de mil novecientos noventa y seis, por lo que solicitó de nuevo que se pronunciara sobre los últimos dos temas. Además precisó que el turno del asunto a la CADAM no era correcto ya que éste era un órgano incompetente para conocer del tema⁵.

12.- En respuesta a esta reiterada petición, el veintitrés de junio de dos mil tres el Secretario Federal emitió el oficio impugnado, precisando que⁶:

a) El convenio de mil novecientos sesenta y seis no es en sí un acto violatorio de la soberanía del Estado de México porque fue aprobado por la legislatura y los ayuntamientos correspondientes.

b) En términos de los artículos segundo y décimo primero transitorios del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, los actos jurí-

³ Esto se hizo mediante el oficio número 201.G.60/03.

⁴ Oficio 01227.

⁵ Oficio 202.G.81/03.

⁶ Oficio 01365.

dicos celebrados por el entonces Departamento del Distrito Federal pasaron al Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

c) El convenio de mil novecientos sesenta y seis sigue vigente ya que se suscribió por tiempo indefinido.

d) La concesión de mil novecientos noventa y seis también sigue vigente porque en términos de los artículos segundo y décimo primero transitorios del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, los bienes de la Administración Pública Federal a cargo del Departamento del Distrito Federal pasaron al Jefe de Gobierno del Distrito Federal; esto es, son derechos adquiridos en sustitución del Departamento del Distrito Federal.

e) No se ha actualizado a la fecha ninguna causal para la revocación de la concesión.

f) Reitera que turnaría el asunto a la CADAM, reconociendo que si bien efectivamente es una autoridad incompetente, ahí se podrían tomar acciones conjuntas para llegar a acuerdos favorables a todas las partes.

13.- El veinticinco de agosto de dos mil tres el Secretario General de Gobierno en suplencia del Gobernador del Estado de México, en representación de dicha Entidad Federativa, promovió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, controversia constitucional en la que demandó la invalidez del oficio 01365.

14.- El tres de diciembre de dos mil tres, el Secretario General de Gobierno del Estado de México, comunicó al Congreso Local que el Gobernador del Estado había recibido el oficio 01365 de veintitrés de junio de dos mil tres, en contra del cual interpuso juicio de controversia constitucional ante la Suprema Corte, misma que quedó registrada con el número 67/2003.

15.- En sesión de cuatro de diciembre de dos mil tres, el Pleno del Congreso Local acordó la interposición de una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contra del oficio 01365.

16.- Por oficio presentado el dieciséis de enero de dos mil cuatro en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Presidenta y

Secretaría de la Diputación Permanente de la LV Legislatura del Estado de México, en representación de la entidad federativa, promovieron controversia constitucional en contra del oficio 01365. Esta controversia constitucional quedó registrada con el número 6/2004.

17.- En sesión de diez de agosto de dos mil cuatro, el Tribunal Pleno resolvió por mayoría de siete votos, sobreseer la controversia constitucional 67/2003 en virtud de que el Gobernador del Estado de México no contaba con facultades para representar al Estado de México y por ello, carecía de legitimación en la controversia constitucional.⁷

18.- Finalmente la controversia constitucional 6/2004 fue discutida en sesiones públicas de 12, 14 y 18 de febrero de dos mil ocho, resolviéndose en la última fecha citada.

II. CUESTIÓN A DILUCIDAR

La materia del presente voto consiste en explicar por qué estimamos que la controversia constitucional era extemporánea.

Lo relevante para determinar si la controversia constitucional fue promovida oportunamente o no, es precisar cual fue la fecha en que la Entidad Federativa Estado de México, en su calidad de parte actora, conoció el oficio 01365 impugnado.

III. RAZONES DE LA MAYORÍA

En la sentencia se estimó que la demanda de controversia constitucional se presentó oportunamente ya que el Poder Legislativo Lo-

⁷ Mayoría de 7 votos de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Góngora Pimentel, Ortiz Mayagoitia, Sánchez Cordero, Silva Meza y Azuela Güitrón. Votamos en contra los ministros Cossío Díaz, Díaz Romero y Gudiño Pelayo y elaboramos voto de minoría en el sentido de que en aquel caso el Gobernador del Estado sí podía comparecer en controversia constitucional porque no estaba defendiendo una atribución de la entidad federativa.

En la parte final de la sentencia de mayoría se expresó lo siguiente: "... En las circunstancias anotadas, si el precepto constitucional que rige las facultades del Gobernador del Estado de México no le autoriza a representar a esa Entidad, y por el contrario, existe precepto constitucional que expresamente le otorga tal facultad a la Legislatura, es de considerarse que el Gobernador carece de facultades para representar a dicha Entidad y, por ende, de legitimación en la presente controversia constitucional, lo que como se dijo, actualiza la causa de improcedencia prevista en los artículos 19, fracción VIII, en relación con el 11, párrafo primero de la Ley Reglamentaria de la materia, por lo que lo procedente es sobreseer en la presente controversia con fundamento en lo previsto por el artículo 20, fracción II, del propio ordenamiento legal citado. (...)".

cal, en su calidad de representante de la entidad federativa actora, había tenido conocimiento cierto del oficio impugnado hasta el tres de diciembre de dos mil tres, con motivo de la comunicación que le envió el Secretario General de Gobierno del Estado de México, en la que le informaba que el Gobernador del Estado había recibido el oficio 01365 mismo que había impugnado en la controversia 67/2003. Por tanto, si la demanda de controversia se había presentado el dieciséis de enero de dos mil cuatro resultaba evidente que su promoción era oportuna ya que dicha presentación se había realizado dentro del plazo que por tal efecto prevé la fracción I, del artículo 21 de la Ley Reglamentaria de la materia.

En este sentido se calificaron como infundados los argumentos coincidentes hechos valer por el Poder Ejecutivo Federal, el Distrito Federal y el Procurador General de la República relativos a que la controversia constitucional resultaba extemporánea dado que la parte actora Entidad Federativa Estado de México, había tenido conocimiento del oficio impugnado desde el veintisiete de junio de dos mil tres.

Al respecto se determinó que si bien el oficio impugnado se había entregado a la Gubernatura del Estado de México en aquella fecha, ello no daba lugar a considerar que desde ese entonces el Poder Legislativo Local hubiese tenido conocimiento del oficio impugnado, porque su recepción se había hecho en las oficinas del Ejecutivo Local y no en las del órgano legislativo representante de la Entidad en este asunto.

Lo anterior aunado a que debía tomarse en cuenta que los Poderes constituidos de una Entidad Federativa son distintos e independientes entre sí, y por ello, los actos de que conozca uno, no da lugar necesariamente a considerar que otro también los conoce, sin que exista comunicación alguna de por medio en ese sentido.

IV. OPINIÓN

Tomando en cuenta los hechos que refieren los antecedentes de este caso, la primera interrogante que debemos resolver es: ¿quién está actuando en esta controversia constitucional?

Esta pregunta puede tener dos posibles respuestas:

- a) El Congreso Local como poder.
- b) La Entidad Federativa Estado de México.

La primera de las respuestas no es la correcta, ya que de la propia demanda se advierte claramente que la Presidenta y Secretaria de la Diputación Permanente de la LV Legislatura del Estado de México promovieron la controversia constitucional en representación de la Entidad Federativa denominada Estado de México y no en representación del Poder Legislativo local. Por tanto, es claro que la parte actora en la controversia es la Entidad Federativa Estado de México, quien acudió a juicio por conducto del Congreso Local en su calidad de representante de la Entidad y no este órgano legislativo en su calidad de poder.

Lo anterior es evidente, ya que del propio considerando primero de la sentencia se advierte que en el caso la competencia del Tribunal Pleno para el conocimiento del asunto se actualizó con fundamento en el inciso a) de la fracción I del artículo 105 constitucional que prevé los conflictos que se susciten entre la Federación y un Estado.⁸ Estimar lo contrario supondría que quien venía actuando en la controversia constitucional como parte actora era el Congreso Local en su calidad de poder en contra de la Federación, hipótesis que ni siquiera está prevista en la fracción I del artículo 105 constitucional, pues en esta situación evidentemente nos encontramos ante distintos órdenes jurídicos.⁹

Siendo evidente que quien está actuando en el caso es la Entidad Federativa Estado de México, es claro que para determinar la

⁸ Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre: a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal; (...).

⁹ Conviene señalar que de conformidad con el artículo 105 constitucional, para que un poder de un Estado pueda promover controversia constitucional en su calidad de poder y no en representación de la entidad federativa, únicamente podrá hacerlo cuando demande la constitucionalidad de actos o normas generales de otro de poder de la misma entidad federativa, ello en virtud de que en esta hipótesis sí nos encontramos dentro de un mismo orden jurídico.

fecha que servirá de base para computar el plazo para la promoción de la demanda, debemos atender a aquella en la que la propia Entidad Federativa haya tenido conocimiento del oficio impugnado, a través de cualquiera de sus órganos competentes.

Si bien, en el caso, el Congreso Local conoció la existencia del oficio impugnado en diciembre de dos mil tres, lo cierto es que éste fue conocido previamente por el Gobernador del Estado desde junio del mismo año, de lo que se desprende que la Entidad Federativa Estado de México —actora en la controversia—, tuvo conocimiento del oficio impugnado desde junio del citado año a través de su Gobernador, que es justamente uno de sus órganos competentes para ello. Resulta lógico que fuera el Poder Ejecutivo Local el órgano competente para conocer el oficio impugnado, pues como se advierte del capítulo de hechos antecedentes del caso, fue justamente él quien generó la emisión del mismo.

De este modo, el acto impugnado empezó a generar sus efectos respecto de la Entidad Federativa actora a partir del momento en que la propia entidad tuvo conocimiento del mismo a través de cualquiera de sus órganos, que en este caso fue el Gobernador del Estado. Sería sumamente difícil suponer que este acto autogenerado por el Gobernador del Estado, comenzó a surtir sus efectos respecto de la Entidad Federativa hasta el momento en que el órgano específico que tiene la representación del Estado para actuar lo conozca.

En consecuencia, desde el momento en que el oficio impugnado fue conocido por el Gobernador del Estado de México, empezó a correr el plazo para la presentación de la demanda de la Entidad Federativa actora, porque a ella le es imputable el oficio impugnado, es decir, es a la entidad federativa a la que en todo caso le causará agravio o afectación el acto impugnado y no al Gobernador o al Congreso Locales en su calidad de poderes.

En esta tesitura y partiendo de la base de que la fecha en la que la Entidad Federativa conoció el oficio impugnado fue en junio de dos mil tres —independientemente de que dicho conocimiento haya sido por conducto del Gobernador del Estado que es uno de sus órganos competentes para ello—, es evidente que la demanda de

controversia presentada hasta enero de dos mil cuatro por conducto del Congreso Local en representación de la Entidad Federativa es totalmente extemporánea, pues resulta claro que durante ese lapso transcurrió en exceso el plazo de treinta días para la promoción de la demanda previsto en la fracción I del artículo 21 de la Ley Reglamentaria de la materia.¹⁰

Consideramos que la sentencia de la mayoría al tomar como fecha cierta del conocimiento del oficio impugnado el tres de diciembre de dos mil tres —momento en que el Poder Legislativo Local en su calidad de representante de la entidad conoció el mismo—, genera una segunda oportunidad para la promoción de la controversia constitucional, lo cual evidentemente provoca la posibilidad de estudiar un asunto respecto del cual la acción procesal ya había caducado.

En efecto, como ha quedado claro, la Entidad Federativa Estado de México —parte actora en la controversia constitucional—, tuvo conocimiento del oficio impugnado desde junio de dos mil tres, por lo que desde ese momento le empezó a correr el plazo para la promoción de la acción constitucional, cuestión que tuvo que ejercer por conducto de los funcionarios que en términos de las normas que en aquél momento la regían, estaban facultados para representarla.

Al respecto, en aquella fecha quien tenía la representación del Estado de México para acudir ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para reclamar alguna ley o acto del Gobierno Federal que constituyera un ataque a la libertad, a la soberanía del Estado, a su Constitución o a la Constitución Federal era el Poder Legislativo Local, ello de conformidad con el artículo 61, fracción IX de la Constitución Local.¹¹ Posteriormente, mediante reforma de julio de

¹⁰ "Artículo 21.- El plazo para la interposición de la demanda será: I. Tratándose de actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al en que conforme a la Ley del propio acto surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame; al en que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al en que el actor se ostente sabedor de los mismos; (...)."

¹¹ "Artículo 61.- Son facultades y obligaciones de la Legislatura: (...).

IX. Reclamar ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando alguna ley o acto del

dos mil siete, a la fracción XLII del artículo 77 de la Constitución del Estado, se otorgó como facultad al Gobernador del Estado, representar a la Entidad Federativa en las controversias constitucionales previstas en la fracción I del artículo 105 de la Constitución Federal.¹²

En el caso, el hecho de que el Gobernador del Estado en representación de la Entidad Federativa Estado de México haya promovido en aquel momento la controversia constitucional 67/2003, aun sin tener facultades en aquel momento para representar a la entidad, y en ese sentido resolverse la misma,¹³ no puede llegar al extremo de considerar como válida la fecha en la que el Congreso Local en su calidad de representante del Estado, conoció el acto impugnado para a partir de ella, contabilizar el plazo para la promoción de una nueva controversia constitucional con el pretexto de que hasta ese momento el representante de la Entidad Federativa conoció el acto impugnado.

Lo anterior es así, ya que la afectación o el agravio que en todo caso pudiera llegar a generarle el acto impugnado a la Entidad Federativa Estado de México, se actualizó desde el momento mismo que la entidad tuvo conocimiento del acto y no hasta el momento en que ese acto fue conocido por el órgano representante del Esta-

Gobierno Federal constituya un ataque a la libertad, a la soberanía del Estado, a su Constitución o a la Constitución Federal, dando vista al Gobernador;

(...)"

¹² "Artículo 77.- Son facultades y obligaciones del Gobernador del Estado:

(...).

XLII. Representar al Estado en las controversias constitucionales establecidas en la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

(...)"

¹³ Si el Gobernador del Estado de México desconocía el precepto constitucional local que en aquél entonces establecía que era el Congreso Local el órgano que contaba con la representación legal de la Entidad Federativa, en todo caso sería una situación que le generaría ciertas responsabilidades por violentar su orden jurídico interno. Sin embargo, dicho desconocimiento no lo exime de la obligación que tenía de dar a conocer a la Legislatura Local, en su carácter de representante legal del Estado, el oficio 01365. Esto, en tanto el artículo 77 de la Constitución del Estado, en su fracción II, establece como obligación del Gobernador: "II. Cuidar el cumplimiento de la presente Constitución y de las leyes, reglamentos, acuerdos y demás disposiciones que de ella emanen, expidiendo al efecto las órdenes correspondientes;

do. En todo caso, el Gobernador del Estado de México incurrió en un error al promover la controversia constitucional 67/2003 en representación de la Entidad Federativa ya que en aquel entonces éste carecía de facultades para representar al Estado, siendo que lo que debió haber hecho era informarle al representante del Estado —Congreso Local—, la existencia del oficio impugnado para que este promoviera la controversia al tener la representación legal de la Entidad Federativa.¹⁴

En términos generales, este criterio mayoritario aplicado a los casos en que tratándose de controversias constitucionales en las que las entidades federativas sean la parte actora, puede llegar a generar una falta de seguridad jurídica para la determinación de la fecha en que las entidades actoras tengan conocimiento cierto del acto que impugnen, pues en esos supuestos, la oportunidad de la demanda dependerá siempre del momento en el que los órganos que tengan la representación legal de la entidad hubieran conocido el acto, independientemente de que existiera una fecha anterior por la que ya hubiese conocido este acto alguno de los otros poderes que no cuente con la representación del Estado, aunado a que desde esta fecha el propio acto habría surtido sus efectos respecto de la Entidad Federativa. Esta postura mayoritaria genera un precedente para que en casos similares, las autoridades puedan auto-generarse oportunidades para la impugnación sin constreñirse a las reglas del procedimiento.

Finalmente, conviene dejar claro que en nuestra opinión el tema de fondo del asunto —protección al medio ambiente y

¹⁴ Si el Gobernador del Estado de México desconocía el precepto constitucional local que en aquel entonces establecía que era el Congreso Local el órgano que contaba con la representación legal de la Entidad Federativa, en todo caso sería una situación que le generaría ciertas responsabilidades por violentar su orden jurídico interno. Sin embargo, dicho desconocimiento no lo exime de la obligación que tenía de dar a conocer a la Legislatura Local, en su carácter de representante legal del Estado, el oficio

01365. Esto, en tanto el artículo 77 de la Constitución del Estado, en su fracción II, establece como obligación del Gobernador: "II. Cuidar el cumplimiento de la presente Constitución y de las leyes, reglamentos, acuerdos y demás disposiciones que de ella emanen, expidiendo al efecto las órdenes correspondientes; ..."

sobreexplotación de los sistemas de extracción y conducción de aguas subterráneas del Alto Lerma y Chiconautla, ubicados en el Estado de México y operados por el Distrito Federal—, de ninguna manera es un tema de menor importancia y por supuesto que merecería toda la atención, siempre y cuando se superaran los requisitos de procedencia para el estudio del fondo, situación que en el caso concreto, no se actualizaba.¹⁵ Consideramos que el interés que pueda generar el estudio de un tema de fondo no puede llegar al extremo de superar sin sustento real las cuestiones de procedencia.

Por las razones expuestas, no compartimos la sentencia mayoritaria pues a nuestro parecer la demanda de controversia constitucional fue interpuesta de manera extemporánea.

¹⁵ Llama la atención que durante la discusión de este tema el ministro Góngora Pimentel y la ministra Sánchez Cordero externaron su opinión en el sentido de que la controversia era extemporánea, sin embargo, consideramos que dada la importancia del tema de fondo, la cuestión de la procedencia podría superarse para analizar el tema de fondo.

Aplicación y uso de las normas internacionales por el Poder Judicial

*Jorge Ojeda Velázquez**

Jamás como hoy, nunca como en las últimas décadas había existido un consenso mundial tan amplio a favor de los derechos humanos. No obstante, en muchas partes del mundo, entre ellos México, la retórica no refleja la realidad. Existe una enorme distancia entre el dicho y el hecho, por lo cual estamos conscientes de que la aplicación de las normas internacionales sobre los derechos humanos no es simplemente una cuestión de teoría abstracta, sino que debemos encontrarle una aplicación práctica en las actividades cotidianas del Poder Judicial.

Como magistrado de un tribunal de casación federal, responsable en mi área de velar por el respeto de las garantías constitucionales de las personas privadas de su libertad, creo firmemente que el modo en que las sociedades tratan a los detenidos, procesados y sentenciados, es la demostración fehaciente de un compromiso para con los derechos humanos.

Existe una amplia variedad de instrumentos internacionales que nos pueden servir de orientación a los servidores de la administración de justicia. Estas normas que han sido aceptadas por la comunidad internacional, normalmente a través de las Naciones Unidas, vinculan a todos los países que las han ratificado o aceptado, pues

* Magistrado del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

en la parte que nos interesa, contienen referencias al tratamiento de las personas privadas de su libertad.

Sea que las conozcamos como tratados, declaraciones, convenciones o resoluciones internacionales, debemos abrirnos a su contenido y aceptarlas para enriquecer las garantías consagradas en nuestra Constitución y no aducir que son ideas ajenas a nuestra idiosincrasia. A pesar de que existen diferencias entre los pueblos del mundo y de los conflictos externos e internos que puedan ocurrir, hay derechos fundamentales del ser humano que son incuestionables, que son indivisibles y universales, como lo es también nuestro quehacer jurisdiccional, por ello, debemos extraer de nuestra alma, al juez universal que llevamos dentro. Debemos conocer estos instrumentos para decidir. Máxime, que existe la tendencia en el derecho constitucional comparado a otorgar la misma jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos, e incluso, otorgarle carácter supraconstitucional. Ello afirma la necesidad y obligatoriedad de analizarlos por su vinculación moral y política.

En 1945, cincuenta y un Estados firmaron la Carta de las Naciones Unidas que en su preámbulo reafirma "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas" y, destaca el artículo 1°, inciso 3), de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, "respeto a estos derechos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión".¹

En esa dirección, nuestro gremio jurídico tiene una gran responsabilidad en la protección de los derechos fundamentales, si tomamos en cuenta nuestro rol en esta región latinoamericana, en que las democracias se encuentran en proceso de consolidación; en que el Poder Judicial debe modernizarse y renovar las estructuras e instituciones legales, empleando de manera regular estándares in-

¹ Meléndez, Florentín. *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Aplicables a la Administración de Justicia. Estudio Constitucional Comparado*. Cámara de Diputados-Konrad Adenauer, A.C., México 2004, pág. 11.

ternacionales en materia de derechos humanos, ya que sólo con su reconocimiento y eficacia, el Estado Mexicano puede calificarse como democrático o como dicen algunos,² sólo con ese reconocimiento podría denominársele Estado de Derecho.

I.- CONOCER PARA DECIDIR, ES AHORA NUESTRA RESPONSABILIDAD QUE DEBE GUIAR NUESTRA LABOR JURISDICCIONAL.

Conocer que aun cuando nuestra Constitución Política no consagra la presunción de inocencia; empero, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 11 establece que:

"TODA PERSONA ACUSADA DE DELITO TIENE DERECHO A QUE SE PRESUMA SU INOCENCIA MIENTRAS NO SE PRUEBE SU CULPABILIDAD, CONFORME A LA LEY Y EN JUICIO PÚBLICO EN EL QUE SE LE HAYAN ASEGURADO TODAS LAS GARANTÍAS NECESARIAS PARA SU DEFENSA".

También, el juzgador debe conocer que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Detenidos, en la regla 84, párrafo 2, dispone que:

"EL ACUSADO GOZARÁ DE UNA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DEBERÁ SER TRATADO EN CONSECUENCIA".

Debe conocer y decidir que puede aplicar subsidiariamente, el artículo 8º, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual determina que:

"TODA PERSONA INCUPLADA DE DELITO TIENE DERECHO A QUE SE PRESUMA SU INOCENCIA MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA LEGALMENTE SU CULPABILIDAD..."

Al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 14, párrafo 2, resuelve que:

"TODA PERSONA ACUSADA DE UN DELITO TIENE DERECHO A QUE SE PRESUMA SU INOCENCIA MIENTRAS NO SE PRUEBE SU CULPABILIDAD CONFORME A LA LEY".

² AA.VV. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, UIA. Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Distribuciones Fontanera, México 2006, pág. 14.

Debe conocer también que en términos del artículo 38, inciso d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones judiciales emitidas, aun cuando legalmente no son vinculantes, moralmente constituyen un medio auxiliar para el conocimiento y la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dada la tendencia a una visión "antropocéntrica"³ que la globalización ha portado consigo.

Al amparo de estas dos premisas, el de presunción de inocencia y la vinculación moral de las decisiones jurídicas tomadas por la Corte Internacional de Justicia, las Cortes Constitucionales de otros países o las Cortes Regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, viene al caso comentar la recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos, tomadas por las Cortes Supremas de Justicia de las naciones Argentina y Mexicana.

a).- En la sentencia dictada el día 9 de abril del 2002 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en los autos "MIGNONE, EMILIO FERMÍN", fallos 325:524, se advierte que la parte actora (en este caso una ONG) inició acción expedita y rápida de amparo contra el estado nacional (Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia de la Nación), con el objeto de que los poderes políticos adoptasen las medidas que fueran necesarias para garantizar el ejercicio del derecho de sufragio o del derecho de elegir de las personas detenidas sin condena, en todos los establecimientos penitenciarios de la nación; en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos. Con esta finalidad la actora planteó la inconstitucionalidad del artículo 3 inciso d), del Código Electoral Nacional que excluía del padrón electoral "a los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad".

Para comprender esta sentencia, hay que tomar en cuenta lo siguiente:

³ García Ramírez, S. *Temas de la Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos, Votos Particulares*, U.I.A., U DE G., ITESO, México 2005, Prefacio, p. III y IV. Zagrebelsky, Gustavo. "El Juez Constitucional", conferencia magistral impartida en nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación el 9 de febrero de 2006.

La doctrina⁴ ha considerado como derechos políticos a todos aquellos derechos destinados a tutelar la participación o el protagonismo del individuo en la sociedad, en particular la libertad de expresión de asociación y de reunión y son considerados entre ellos el derecho a participar en las elecciones, el derecho a participar en forma directa en la gestión de la "res pública" y, por último, el derecho a acceder a funciones públicas.

Los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destacan que todos los ciudadanos gozarán de los derechos y oportunidades descritos en sus tres incisos de redacción similar, es decir:

Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos,

a) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre elección de la voluntad de los electores y,

b) Tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.

Como es de advertirse, la noción de ciudadanía empleada por estos dos instrumentos internacionales, incluye no sólo la noción de nacionalidad sino también la de mayoría de edad.

De tal manera que como lo aseveró el Justice Warren, de la Corte Suprema estadounidense, en 1964, al emitir su decisión jurisprudencial, en "Reynolds V. Sims", toda restricción de ese derecho golpea el corazón del gobierno representativo.

Así las cosas, el artículo 23, parágrafos 1 y 2, de la Convención Americana, en cuanto al goce y la restricción de estos derechos dispone:

⁴ O'donnell, daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, P.743; Albanese, Susana. "Los Derechos Políticos en el contexto de los Pactos Internacionales incorporados al Derecho Interno"; en *La Ley*, Sección Doctrina, 1987, Buenos Aires, pág.1067.

"ARTÍCULO 23.- Derechos Políticos

1.- Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos:

- a) ...
- b) Votar y ser elegidos en las elecciones periódicas.
- c) ...

2.- La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior EXCLUSIVAMENTE POR razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o natural, CONDENA POR JUEZ COMPETENTE EN PROCESO PENAL.

Por otro lado el artículo 27 de la Convención Americana relativa a la suspensión de garantías, reglamenta que:

1.- "En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente indispensable limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención..."

2.- "La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: ... 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

En esta dirección, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), afirma en su observación general 25, que los criterios generales para determinar la licitud de las restricciones al derecho a votar son la legalidad y la razonabilidad. Así mismo, la lectura del párrafo 14 in fine de esa observación expone, con toda claridad, que aquellas personas que se encuentren privadas de su libertad pero que no hayan sido condenadas aún no deberán ser privadas del ejercicio de su derecho a sufragar.

La Corte Suprema de la Nación (Argentina), siguiendo el dictamen emitido en la causa "Mignone", por el Procurador General decidió "restablecer el derecho lesionado a fin de que el Estado Ar-

gentino no incurriera en responsabilidad internacional por haber omitido adoptar las medidas necesarias para propender al pleno y efectivo goce de los derechos políticos y por negarse a remover los obstáculos, omisión que puede subsanarse a través de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad".

En efecto, el juez constitucional Boggiano, quien al emitir su voto en la causa "Mignone", afirmó que: "la respuesta dada a la pretensión de la amparista por parte de la Cámara Electoral Nacional importó una "privación de Justicia", puesto que, de esa manera se ha negado al Poder Judicial el ejercicio de su imperio constitucional con la eficacia que, por su naturaleza, le exige el orden jurídico vigente".

El contenido total de esta sentencia parte de la consideración de que:

1.- La interpretación de las cláusulas del tratado que se analiza ha de regirse por el principio de buena fe y de modo particular el principio *pro homine* receptados por los artículos 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados y por el 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

2.- Que la tolerancia del Estado Argentino a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos constituye, como en este caso particular, una lesión a la Convención Americana de los Derechos Humanos.

3.- Que el artículo 29, in fine de esta Convención Americana, afirma que no podrán limitarse derecho alguno reconocido en la Convención en mayor medida que la limitación prevista en ella. Esta restricción a la reglamentación impone concluir, en conjunto con el estado de inocencia en que se encuentra toda persona detenida preventivamente, que la restricción a la admisión del candidato accionante, del modo en que ha sido opuesto, no puede afectar de manera válida su derecho constitucional a ser elegido en los comicios.

4.- Que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la prisión preventiva debe entenderse

como una medida cautelar y no como una verdadera pena anticipada; que esta medida cautelar lesiona el principio de inocencia al convertirse la detención preventiva en la regla del proceso y no una medida de excepción.

5.- Que el adverbio de modo utilizado en la redacción del artículo 23, inciso 2, de la Convención Americana, esto es la palabra EXCLUSIVAMENTE, impone concluir que aquellos casos mencionados por la norma en los que se permite reglamentar por ley interna los derechos políticos, constituyen un "número clausus" y por su propia naturaleza, de interpretación restrictiva.

Consecuentemente, se advierte el carácter inconstitucional del texto legal bajo análisis, puesto que constituye una ampliación indebida no sólo del elenco de restricciones permitidas por el artículo 23, inciso 2, de la Convención Americana, sino por no guardar relación ni con los fines de la detención ni con las necesidades de la organización del sistema carcelario, en evidente aplicación de la cláusula de razonabilidad.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad hecha por esta Corte Suprema de Justicia, según lo expresa Cecilia C. Naddeo⁵, fue la de ordenar al gobierno nacional la adopción de aquellas medidas que fueran necesarias para garantizar el pleno goce del derecho prescripto por el artículo 23, parágrafo 1, inciso a), de la Convención Americana de Derechos Humanos, a fin que el amparista como persona detenida y sin condena tuviera el efectivo goce de ese derecho.

Obligación asumida por el Estado Argentino que modificó sus normas internas para efectivizar este derecho reconocido en su tratado internacional y comportó que el Congreso Nacional sancionara la Ley 25,858, el día 4 de diciembre de 2003. Esta norma no sólo derogó entre otros, al inciso d) del artículo 3 del Código Electoral, sino que así mismo, incorporó a esa legislación federal el artículo 3 bis, el cual reconoce en su primer párrafo "el derecho de los proce-

⁵ Ensayo aparecido en el libro *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, compiladores varios, págs. 885-900.

sados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos"; instruye además en su segundo párrafo a la Cámara Electoral Nacional, para que habilite mesas de votación en cada uno de los establecimientos de detención designando además a sus autoridades.

b).- En México la suspensión de derechos o prerrogativas se encuentra regulada por el artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, el aludido precepto suspende los derechos y prerrogativas de los ciudadanos, en los casos siguientes:

"I. ...

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

III. Durante la extinción de una pena corporal,

IV. ...

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

VI. Por sentencia ejecutoriada que imponga como pena esa suspensión".

Una de esas prerrogativas es el derecho al voto activo y pasivo que tienen los ciudadanos, cuya suspensión se realiza cuando está sujeto a una orden de aprehensión, a un auto de formal prisión o bien a una sanción privativa de libertad.

En relación a este tema, por muchos años se ha discutido si las personas sustraídas a la acción de la justicia, en prisión preventiva o cumpliendo una pena privativa de la libertad, tienen o no el derecho a otorgar su voto o ser votados en las elecciones políticas o administrativas que se celebran en nuestro país. La respuesta ha sido negativa, aduciendo varios motivos: uno muy curioso es aquel argumento cuyo razonamiento se expresa en lo peligroso que sería hacer valer el derecho de voto activo a los detenidos, porque en su concepto, rompería el equilibrio electoral, pues es lógico presumir que este tipo de personas son siempre los que se oponen al sistema

político y económico, y por tanto votarían decididamente en contra del partido en el poder. Otra dificultad que se hace revelar, es aquella material de proceder a la expresión del voto por parte de los procesados y sentenciados ante la imposibilidad de llevar las campañas electorales y las urnas al interior de un establecimiento carcelario y la respectiva integración de la mesa electoral, y sobre todo, existe la imposibilidad jurídica representada por el artículo 38 Constitucional que suspende dichos derechos.

En lo particular, creemos⁶ que todos estos problemas políticos, materiales y jurídicos pueden ser superados y que la prerrogativa del ciudadano de votar y ser votado para cualquier cargo de elección popular, concedida por el artículo 35 Constitucional, debe ser respetada aun cuando se encuentre prófugo o privado de su libertad personal, porque si bien es cierto que el artículo 38 le suspende esta garantía, sin embargo, no es comprensible cómo es que se les suspende sus derechos políticos, puesto que en su favor opera la presunción de inculpabilidad, es decir, que no se es culpable de un delito hasta en tanto no se pruebe lo contrario, y esto vendría a resolverse durante el proceso penal que culmine con una sentencia definitiva pronunciada en tal sentido; más aun, si aquella sentencia de condena no impone como pena esa suspensión, el sujeto privado de su libertad debe ejercitar esa prerrogativa. Por lo que nosotros propusimos en los años 80 que se derogaran las fracciones II, III y V del artículo 38 Constitucional y subsista únicamente la fracción VI, para aquellos delitos que impongan como pena esa suspensión, respetando así el principio de inculpabilidad y la garantía de taxatividad de la ley penal, prevista en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional.

En la práctica se traduciría en que los únicos que no podrían ejercitar el derecho de voto activo y pasivo, serían los condenados por delito de carácter político, o sea, aquellos que hubieran cometido los delitos de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos, señalados como tales en los artículos 130, 131, 132 y

⁶ Ojeda Velázquez, J. *Derecho de Ejecución de Penas*, Editorial Porrúa, 1984, págs. 64-75.

siguientes del Código Penal Federal, porque respecto de ellos, el tipo penal sí contempla como sanción esa suspensión; pero insistimos, únicamente durante el tiempo que dure la condena, porque ésta no debe ser un estigma que persiga a los exconvictos toda su vida.

En tal sentido se pronunció el legislador permanente al establecer en el artículo 46 del Código Penal Federal lo siguiente:

"Artículo 46. La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena".

Por otro lado, en relación a los derechos civiles el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis aislada número XXXII/98, estableció lo siguiente:

"PATRIA POTESTAD. SU EJERCICIO NO SE SUSPENDE POR LAS CAUSAS QUE SEÑALA EL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la relación sistemática de lo dispuesto en los artículos 34, 35, 36 y 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que los derechos o prerrogativas que se suspenden por las causas que establece el último de dichos preceptos son aquellos que se relacionan con la ciudadanía, entendida ésta como la capacidad otorgada por la ley para participar en los asuntos políticos del país, que se otorga indistintamente a los hombres y a las mujeres que posean la nacionalidad mexicana, sean mayores de 18 años y tengan un modo honesto de vivir y se suspende entre otras causas, por estar sujeto a proceso por delito que merezca pena corporal o por la vagancia por ebriedad consuetudinaria declarada en los términos que prevengan las leyes, por estar prófugo de la justicia y porque exista sentencia que imponga como pena esa suspensión; en consecuencia, esos derechos o prerrogativas ninguna relación tienen con los derechos civiles relativos al ejercicio de la patria potestad, pues

éstos derivan de la filiación y no de la calidad de ciudadano mexicano, de modo tal que las causas de suspensión de ciudadanía que establece el artículo 38 de la Constitución Política no son aplicables a la patria potestad.

Amparo Directo en Revisión 716/97. María de la Luz Ayala González y Coagraviados. 3 de febrero de 1998. Unanimidad de diez votos (ausente Humberto Román Palacios). Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Irma Rodríguez Franco".

Lo anterior es lógico suponer porque de los derechos civiles que de acuerdo al artículo 46 del Código Penal Federal suspende en general la pena de prisión, no se encuentra el de la patria potestad, a menos que el tipo penal así lo establezca, como sucede en los delitos de abuso sexual y violación agravada previstos en el artículo 266 bis, fracción II, del Código Penal Federal.

Finalmente, aun cuando la primera parte del artículo 46 del Código Penal Federal establece que: "... la pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y ..."; esta disposición debe entenderse, primeramente, en relación a su colocación orgánica en el código: forma parte del Libro Primero, relativo a las disposiciones generales aplicables a los delitos en particular. Estos están previstos en el Libro Segundo, de tal manera que solamente se impondría esa sanción cuando el delito en particular la contemple; es decir no toda pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos así como que no todas las disposiciones de los delitos culposos o tentados que se encuentran en el Libro Primero se va a aplicar a los delitos consumados, dolosos o culposos que en lo particular se encuentran previstos en el Libro Segundo de dicho código sustantivo. Por otro lado, de acuerdo con la última parte del citado artículo 46, "la suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena"; lo cual significa que la legislación secundaria es más benévola que la constitucional, por lo que debe estarse a aquella disposición secundaria y no a la última que restringe las garantías del procesado porque la Constitución es un catálogo mínimo de derechos y si existe una norma se-

cundaria que las amplía, debe estarse a lo que disponga la norma secundaria por ser más amplia y reciente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (mexicana) en contradicción de tesis 29/2007-PS, acaba de resolver que los **"DERECHOS POLÍTICOS DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

Uno de los tribunales colegiados (de Casación) sostenía que debe reconocerse la presunción de inocencia al inculcado y por lo mismo suspender sus derechos políticos hasta que cause ejecutoria la sentencia impuesta, en base al artículo 46 del Código Penal Federal y a la tesis del Tribunal Pleno A.R. 1293/2000 del 15 de agosto de 2002, bajo el rubro: **"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL"** (artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). En base, también en los artículos 23, incisos 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sostiene la presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Los restantes tribunales de casación contendientes sostuvieron que tal como lo prevé la Constitución en el artículo 38, fracciones II y V, deben suspenderse desde que se dicta orden de aprehensión y auto de formal prisión.

Tesis que resultó vencedora como se puede advertir del rubro de la jurisprudencia por contradicción anotada líneas supra.

Lamentamos que la Suprema Corte de Justicia no haya aprovechado la oportunidad jurídica para modernizar a México y evitar que incurriera en responsabilidad internacional por haber omitido adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos jurídicos

a fin que los derechos políticos de las personas en prisión preventiva o con orden de aprehensión se efectivizaran.

Lo anterior es así, pues tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fueron aprobados el primero, por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el día dieciocho del mes de diciembre del año de mil novecientos ochenta, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día nueve del mes de enero de 1981, sin oponer reserva o alguna declaración interpretativa sobre estos temas; así como que la citada convención fue aprobada por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día 18 del mes de diciembre del año 1980, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 9 del mes de enero del año de 1981, también sin reserva alguna.

En esas condiciones, si México firma tratados y no los cumple modificando su legislación interior, mejor sería que no los aprobase.

Es más loable la actitud de los Estados Unidos de Norteamérica que se niega a firmar tratados internacionales porque sabe de antemano que no los va a cumplir, que el Estado mexicano que los firma y con su olvido se niega a cumplirlos.

Esto es, si México aprobó sin reservas el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que la suspensión de derechos políticos se hará EXCLUSIVAMENTE POR CONDENA POR JUEZ COMPETENTE EN PROCESO PENAL; y, que estos derechos políticos ni aun en base a un "golpe de Estado" se autoriza se suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (artículo 27.2 de la citada convención).

¿Cómo es posible que a más de 25 años no haya modificado su Constitución Política para ponerla al día con sus compromisos internacionales adquiridos?.

La Convención de Viena sobre el Decreto de los Tratados, establece en su artículo 27.1 que:

"Un Estado parte de un tratado no podrá invocar las disposicio-

nes de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado".

Con base en el principio de buena fe, consagrado en el artículo 31.1 de la convención citada, si un Estado suscribe y ratifica, como es el caso de México, un tratado internacional especialmente si se trata de derechos humanos, como lo es la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicarlo en su territorio.

En esa tesitura, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 2, señala que: "los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas O DE OTRO CARÁCTER que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Ahora bien, consideramos que entre las medidas "de otro carácter" deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy especialmente, las decisiones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, habida cuenta que el Poder Judicial es uno de los órganos del Estado Mexicano; y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de los imputados en cuyo favor opera la presunción de inocencia, pues de otra manera México sería sujeto de una condena internacional.

Por fortuna, la Cámara de Diputados en sesión celebrada el 20 de septiembre de 2007, avaló cambios constitucionales a fin de que cualquier persona que esté en un proceso legal pueda votar y ser votado.

Las modificaciones al artículo 38 constitucional salvaguardarán los derechos políticos de quienes se encuentran encarcelados o en centros de readaptación, hasta el momento en que se determine por sentencia.

Por 346 votos a favor, 12 en contra y 2 abstenciones, la Cámara de Diputados aprobó las reformas para que la suspensión de los derechos políticos sólo sea procedente hasta que se haya dictado sentencia firme.

Sin embargo, este decreto fue frenado en el Senado por la fracción parlamentaria del PAN aduciendo que esa reforma permitiría a narcotraficantes y otros delincuentes ser postulados a cargo de elección popular y evadir su responsabilidad penal (*La Jornada*, domingo 10 de febrero de 2008, página 7). ¡Hágame favor!

II.- En cuanto a las garantías del debido proceso, el derecho internacional reconoce principios y garantías que son comunes a ambas partes en el proceso judicial, alguno de los cuales tiene carácter de garantías inderogables, o no susceptibles de suspensión o limitación en ninguna circunstancia; entre las que sobresalen, el principio de igualdad ante la ley y los tribunales de justicia; principio de legalidad; de publicidad procesal; derecho a un juez natural; derecho a la tutela jurídica efectiva; derecho a un trato humano; derecho a la celeridad judicial; y derecho a un recurso efectivo.

Respecto a este último derecho, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 8° establece que:

"TODA PERSONA TIENE DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO, ANTE TRIBUNALES NACIONALES COMPETENTES, CONTRA ACTOS QUE VIOLAN SUS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCIÓN O POR LA LEY".

Y en su artículo 10 establece:

"TODA PERSONA TIENE DERECHO, EN CONDICIONES DE PLENA IGUALDAD, A SER OÍDA PÚBLICAMENTE Y CON JUSTICIA POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL, PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES, O PARA EL EXAMEN DE CUALQUIER ACUSACIÓN CONTRA ELLA EN MATERIA PENAL".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 2, parágrafo 3, que:

CADA UNO DE LOS ESTADOS, PARTES EN EL PRESENTE PACTO SE COMPROMETE A GARANTIZAR, QUE:

A) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el

presente pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

B) La autoridad competente judicial, administrativa, o legislativa o cualquier otra autoridad competente, prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial:

C) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El Pacto también establece en su artículo 14.1 que:

TODAS LAS PERSONAS SON IGUALES ANTE LOS TRIBUNALES Y CORTES DE JUSTICIA. TODA PERSONA TENDRÁ DERECHO A SER OÍDA PÚBLICAMENTE Y CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS POR UN TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL, ESTABLECIDO POR LA LEY, EN LA SUBSTANCIACIÓN DE CUALQUIER ACUSACIÓN DE CARÁCTER PENAL FORMULADA CONTRA ELLA O PARA LA DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS U OBLIGACIONES DE CARÁCTER CIVIL.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus preceptos 8°, parágrafo 2, inciso h), y 25°, se pronuncian en los mismos términos extendiendo la garantía de audiencia "a los juicios de orden laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", resaltando aquel primer artículo el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

He ponderado este último tema porque causa preocupación que en el proyecto de Ley Federal de Justicia para Adolescentes dentro del procedimiento inicial y en la audiencia de juicio, en aras de favorecer la propia celeridad y concentración, se elimina la posibilidad de interponer el recurso de apelación en aquellas situaciones concernientes a la prueba: verbigracia contra un auto de inadmisibilidad de un medio de prueba; sobre todo si tomamos en cuenta que ni en el recurso de nulidad, se trata este tema, sino sola-

mente el de su admisión por ser superveniente y su posterior valoración; mas no su inadmisibilidad, dejando en estado de indefensión al oferente de la prueba.

Por otra parte, el artículo 87 de la aludida Ley para Adolescentes, no respeta el debido proceso legal, al instaurar bajo la figura de la suspensión condicional del proceso a prueba, la condena sin previo juicio, pues su párrafo tercero obliga al adolescente a pagar una indemnización hasta el equivalente a la reparación del daño que en su caso pudiera llegar a imponerse; y hay más dudas de su ilegalidad al condicionar la suspensión del proceso a que el adolescente admita el hecho atribuido, con lo cual se viola, inclusive, la fracción II del apartado A, del artículo 20 constitucional, al prohibir que el inculcado no puede ser obligado a declarar; como así también el artículo 40, párrafo 2, inciso b), punto IV, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual dispone que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable; y además al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 14, párrafo 3, inciso g), en relación al párrafo 4, establece:

"3.- DURANTE EL PROCESO, TODA PERSONA ACUSADA DE UN DELITO TENDRÁ DERECHO, EN PLENA IGUALDAD, A LAS SIGUIENTES GARANTÍAS MÍNIMAS:

....

G) A NO SER OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SÍ MISMO NI A CONFESARSE CULPABLE".

En la misma dirección va la reforma de marzo del 2007, propuesta por el Ejecutivo Federal a la fracción III del apartado A del artículo 20 constitucional al inducir, al adulto imputable a confesar los hechos a cambio de ciertos beneficios.

A través de esta reforma se trata de introducir en nuestro sistema jurídico vinculado al sistema romano-germánico-canónico, una institución perteneciente al *Common Law* conocida como *Plea bargaining*, una fórmula anglosajona que indica el poder del órgano de acusación para negociar el ejercicio y el contenido de la acción penal, ofreciendo al indiciado ciertos beneficios a cambio de su confesión (*Guilty plea*).

Empero, aquí también no hay que olvidar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8°, párrafo 2, inciso g), señala que **"toda persona inculpada, tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable"**.

Por lo que dada esta cláusula restrictiva, no resulta procedente su establecimiento en México, en virtud de su prohibición constitucional y en los instrumentos internacionales firmados.

III.- En el sector de Ejecución de Penas, me congratulo de que en el sector juvenil, se haya introducido por fin la figura del Juez de Ejecución por el cual habíamos estado luchando para el sector de adultos imputables desde que en 1983, salió a luz mi primer libro de *Derecho de Ejecución de Penas*, editado por Porrúa y reiterado en mi segunda obra *Derecho Punitivo; Teoría sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*, editado en 1993, por la Editorial Trillas.

Para luchar por dicha figura partimos de la idea de que las personas detenidas o encarceladas no dejan por ello de ser seres humanos, por más terrible que sea el delito por el que han sido acusados o sentenciados. Los tribunales de justicia u otros organismos judiciales que han visto sus casos ordenaron que fuesen privados de su libertad, pero no de su calidad humana.

Las personas detenidas o encarceladas conservan todos sus derechos como seres humanos, con la excepción de los que hayan perdido como consecuencia específica de la privación de su libertad.

Los funcionarios, autoridades penitenciarias y los jueces de distrito deben comprender claramente las implicaciones de este principio. Algunas cuestiones son absolutamente claras; por ejemplo, existe una prohibición total de torturar y de infligir un trato cruel, inhumano o degradante. Es necesario comprender que esta prohibición no se aplica sólo a los abusos físicos o mentales directos, sino también a la totalidad de las consideraciones de reclusión.

Veamos estos ejemplos:

1.- "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hallado que las condiciones en las que un recluso estuvo encarcelado, durante cuatro años y tres meses, en un centro de detención de

Rusia, contravenían el Artículo 3 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos. El artículo 3 prohíbe el tratamiento inhumano o degradante. El caso fue presentado por Valery Kalashnikov, recluido en Magadán entre 1995 y 2000.

El Tribunal halló que, durante el período que pasó en el centro de detención de Magadán, el Sr. Kalashnikov estuvo recluido en una celda en la que cada recluso tenía entre 0,9 y 1,9 metros cuadrados de espacio. Debido a este hacinamiento, los reclusos tenían que turnarse para dormir. La luz de la celda estaba encendida continuamente, y el ruido provocado por el gran número de reclusos era constante. Estas condiciones lo llevaron a un estado de privación del sueño. Asimismo, el Tribunal señaló la falta de ventilación adecuada, que se permitía a los reclusos fumar en la celda, que ésta estaba infestada con plagas, el estado de suciedad de la celda y de los baños, la falta de privacidad y que Valery Kalashnikov contrajo enfermedades dermatológicas e infecciones fungales. El tribunal expresó su preocupación por el hecho de que el Sr. Kalashnikov estuvo recluido en la misma celda que otras personas afectadas por sífilis y tuberculosis.

2.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que las condiciones en que un recluso fue mantenido al menos dos meses encarcelado en Grecia, contravenían el artículo 3 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos, que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes. El caso fue presentado por Donald Peers, encarcelado en la prisión de Koridallós (Grecia) como recluso preventivo tras su arresto en 1994.

El Tribunal tomó especialmente en cuenta el hecho de que el Sr. Peers debió pasar una parte considerable de cada período de 24 horas prácticamente confinado a la cama de su celda, carente de ventilación y de ventanas, que en ocasiones era insoportablemente calurosa. Asimismo, se vio obligado a hacer sus necesidades en presencia de otros reclusos, y a estar presente mientras éstos hacían lo propio. El tribunal fue de la opinión de que estas condiciones menoscabaron la dignidad humana del Sr. Peers, provocándole senti-

mientos de angustia e inferioridad capaces de humillarlo y denigrarlo, y posiblemente de quebrar su resistencia física o moral.⁷

Ahora bien, qué dicen los convenios internacionales:

a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10:

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

b) Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, principio 1:

Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos.

c) Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 1:

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

d) Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 5:

Todo individuo tiene el derecho de que se respete su dignidad inherente de ser humano y de que se reconozca su estado legal.

e) Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5 (2):

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

¿Qué se dice en México?

Escuchemos la voz de Marcos, un ex convicto mexicano: "me clasificaron a una celda de 2x4 metros, construida para 6 personas pero ahí convivíamos 15 personas. Habitábamos, juntos asesinos y ladrones; primodelincuentes con multireincidentes; el estrecho margen hacía que no durmiéramos bien . . .".

Es que acaso las personas privadas de su libertad tanto en Europa como en México, no son iguales?

¿Qué nada más allá se tiene conciencia de ser seres humanos, hechos a imagen y semejanza de Dios (Génesis 1:26) y en México no tenemos esa conciencia del ser y por ello no se interpela a la justicia?

⁷ Coyle, Andrew. *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el Personal Penitenciario*; Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Kings College London; Foreing and Commonwealth office, London 2002, págs. 31-33.

¿Qué podemos hacer por nuestros presos, sino solicitar urgentemente que el Poder Judicial a través de los Jueces de Custodia Preventiva; de Ejecución de Penas y Magistrados de Ejecución ingresen a nuestras prisiones para vigilar el respeto de los derechos humanos?

Sección Segunda
PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA

Los Tribunales Unitarios de Circuito como órganos de control constitucional

*Jorge Jacinto Aldana Rivas**

Resulta de interés jurídico establecer las facultades de los Tribunales Unitarios de Circuito como órganos de control constitucional, las características del acto reclamado, las repercusiones de esta competencia, así como los problemas jurídicos que pretende solucionar para utilizar a éstos órganos en la resolución de los juicios de amparo indirecto en materia penal, en aquellos casos de mayor incidencia para los Defensores Públicos Federales.

En virtud de ello, es necesario analizar la naturaleza del acto reclamado para que, en lugar de que conozca del mismo un Juez de Distrito, lo haga un Magistrado de Tribunal Unitario de Circuito, pero actuando en los términos previstos por la Ley de Amparo, para el propio Juez de Distrito.

Para ello, resulta adecuado recordar que la competencia de los Tribunales Unitarios del Circuito, actuando en términos de control de la legalidad, es la de un tribunal de segunda instancia, pero en control de la constitucionalidad de ciertos actos reclamados, puede actuar como juez de primera instancia en juicios de amparo indirecto, dependiendo evidentemente del acto reclamado y de la autoridad responsable.

Lo anterior obedece a que si bien es cierto que la Ley de Amparo no señala competencia a este tribunal de alzada para conocer de juicios de amparo indirecto, actuando como juez de Distrito, la

* Supervisor.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 107, fracción XII, establece claramente tal competencia, a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro:

"XII. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.

Si el Juez de Distrito o el Tribunal Unitario de Circuito no residieren en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el Juez o tribunal ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca".

La regla anterior debe interpretarse armónicamente con la fracción VII del mismo artículo 107, en la que se establece que el órgano competente de manera ordinaria, para conocer de un amparo en contra de actos emitidos por autoridad judicial es un Juez de Distrito.

La fracción VII establece:

"VII. El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia".

Entonces, la fracción XII introduce una regla de excepción a la fracción VII -que establece la jurisdicción ordinaria de los Jueces de Distrito para conocer del amparo contra actos judiciales, en lo que atañe a la materia penal, cuando en los amparos se alegue la violación de los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, además de los

Jueces Federales, pueda conocer el superior del tribunal responsable y los Tribunales Unitarios de Circuito.

Como correlativos de estos preceptos, los artículos 37 y 42, primer párrafo, de la Ley de Amparo y 29, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, dicen:

"Artículo 37. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 fracciones I, VIII y X, párrafos primero y segundo de la Constitución Federal, podrá reclamarse ante el Juez de Distrito que corresponda o ante el superior del tribunal que haya cometido la violación".

"Artículo 42. Es competente para conocer del juicio de amparo que se promueva contra actos de un Juez de Distrito, otro de la misma categoría dentro del mismo distrito, si lo hubiere, o, en su defecto, el más inmediato dentro de la jurisdicción del Tribunal Colegiado de Circuito a que pertenezca dicho Juez".

"Artículo 29. Los Tribunales Unitarios de Circuito conocerán:

"I. De los juicios de amparo promovidos contra actos de otros Tribunales Unitarios de Circuito, que no constituyan sentencias definitivas, en términos de lo previsto por la Ley de Amparo respecto de los juicios de amparo indirecto promovidos ante Juez de Distrito. En estos casos, el Tribunal Unitario competente será el más próximo a la residencia de aquel que haya emitido el acto impugnado".

Anterior a la reforma de mil novecientos noventa y cuatro, la fracción XII del artículo 107 constitucional no hacía referencia expresa a los Tribunales Unitarios de Circuito, puesto que sólo establecía:

"XII. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.

"Si el Juez de Distrito no residiere en el mismo lugar que reside la autoridad responsable, la ley determinará el Juez ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisio-

nalmente el acto reclamado en los casos y términos que la misma ley establezca".

Originalmente, en el texto de la Constitución de mil novecientos diecisiete, la regla de que se habla estuvo ubicada en la fracción IX del mismo artículo 107, e igualmente no se refirió nunca de modo expreso a los Tribunales Unitarios:

"IX. Cuando se trate de actos de autoridad distinta de la judicial, o de actos de ésta ejecutados fuera de juicio o después de concluido; o de actos en el juicio cuya ejecución sea de imposible reparación o que afecte a personas extrañas al juicio, el amparo se pedirá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción esté el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, limitándose la tramitación al informe de la autoridad, a una audiencia para la cual se citará en el mismo auto en que se mande pedir el informe y que se verificará a la mayor brevedad posible, recibándose en ella las pruebas que las partes interesadas ofrecieren, y oyéndose los alegatos, que no podrán exceder de una hora cada uno, y a la sentencia que se pronunciará en la misma audiencia. La sentencia causará ejecutoria, si los interesados no ocurrieren a la Suprema Corte dentro del término que fija la ley, y de la manera que expresa la regla VIII.

"La violación de las garantías de los artículos 16, 19 y 20 se reclamará ante el Superior Tribunal que la cometa o ante el Juez de Distrito que corresponde, pudiéndose recurrir en uno y otro casos a la Corte, contra la resolución que se dicte.

"Si el Juez de Distrito no residiere en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el Juez ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca".

Así, en el texto vigente se establece la "jurisdicción concurrente en materia de amparo".

La doctrina es unánime en cuanto a que la fracción IX original del artículo 107 tuvo como finalidad abrir el abanico de posibilidades de los justiciables para acudir ante cualquiera de dos jurisdiccio-

nes –federal o local– cuando se afectaban en su contra garantías tan valiosas como las contenidas en los artículos 16, 19 y 20, a efecto de que si los Jueces de Distrito radicaban en un lugar remoto del lugar donde residía el órgano jurisdiccional responsable, otros órganos jurisdiccionales pudieran conocer del amparo indirecto.¹

Así concebido, el sistema es comprensible. Si del amparo indirecto, el competente de ordinario es el Juez de Distrito porque éste conoce del amparo contra actos de autoridad judicial –cualquiera del orden común de los Estados y del Distrito Federal o del orden federal– la excepción introducida en la fracción IX original resultó aplicable: 1) para la jurisdicción común, y en este caso, el tribunal responsable al que se alude no es sino el Juez de primer grado y su superior el respectivo tribunal de alzada, y 2) para la federal, caso en el que el superior del responsable –un Juez de Distrito– lo es un Tribunal Unitario de Circuito, aunque no se hiciera mención expresa de éstos.

Así, en principio y por lo menos hasta la entrada en vigor de la reforma de mil novecientos noventa y cuatro a la actual fracción XII del artículo 107 constitucional, puede afirmarse que la "jurisdicción concurrente" permitía que del amparo indirecto que, de modo ordinario, debería conocer un Juez de Distrito, pudiera conocer, a elección del quejoso, el tribunal superior del órgano jurisdiccional a quien se imputara la violación de garantías, en el entendido de que estaba referida a tribunales de la jurisdicción común penal de los Estados y del Distrito Federal y los Unitarios de Circuito.

Sirve de apoyo a lo anterior, la jurisprudencia 61/2002 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, noviembre de dos mil dos, página veinticuatro:

"COMPETENCIA CONCURRENTE. EL GOBERNADO TIENE LA OPCIÓN DE PRESENTAR SU DEMANDA DE AMPARO ANTE EL JUEZ DE DISTRITO, O BIEN, ANTE EL SU-

¹ Noriega Cantú, Alfonso. *Lecciones de Amparo*, México, Sin número de edición, Editorial Porrúa, tomo I, pág. 185.

PERIOR JERÁRQUICO DE LA AUTORIDAD QUE EMITIÓ EL ACTO RECLAMADO, POR VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS DE LOS ARTÍCULOS 16, EN MATERIA PENAL, 19 Y 20, APARTADO A, FRACCIONES I, VIII Y X, PÁRRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO, DE LA CARTA MAGNA, CUANDO AMBAS AUTORIDADES RESIDAN EN EL MISMO LUGAR.— De lo dispuesto en los artículos 107, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 37 de la Ley de Amparo, que establecen la denominada competencia concurrente, al señalar que podrá reclamarse la violación a las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20, apartado A, fracciones I, VIII y X, párrafos primero y segundo, de la Ley Fundamental, ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito, se desprende que conceden al gobernado la facultad de optar, para la defensa de las mencionadas garantías, entre presentar su demanda de amparo ante el superior jerárquico de la autoridad responsable o ante el Juez de Distrito, sin que sea obstáculo para ejercer dicha opción, el hecho de que residan en el mismo lugar, pues tanto la Norma Fundamental como la Ley de Amparo facultan al gobernado para elegir el órgano al cual ha de acudir, con la única limitante de que se trate de violación a las señaladas garantías constitucionales. No es óbice para la anterior conclusión lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales que señala un supuesto distinto, consistente en la competencia auxiliar, la cual opera en los casos de urgencia de petición de amparo que ameritan la pronta intervención de la Justicia Federal, cuando en el lugar en que se ejecuten o traten de ejecutarse los actos reclamados no resida un Juez de Distrito, pues en la competencia concurrente a que se refiere el mencionado artículo 37, quien conoce es el superior de la autoridad del tribunal que cometió la violación reclamada y su intervención es exhaustiva, esto es, tiene completa competencia en cuanto al conocimiento integral del amparo, con la única limitante de que se esté en el caso de trasgresión a las garantías contenidas en los artículos 16, en materia penal, 19 y 20, apartado A, fracciones I,

VIII y X, párrafos primero y segundo, de la Constitución Federal, quedando a elección del gobernado acudir a la autoridad judicial federal, o bien, al superior jerárquico del tribunal o Juez que haya cometido la violación, en tanto que en la competencia auxiliar quien conoce de la demanda de amparo es un Juez de primera instancia, cuya injerencia está supeditada a que no resida Juez de Distrito en el lugar en el que se ejecute o trate de ejecutarse el acto, y su intervención es meramente de auxilio, esto es, se reduce a coadyuvar, mediante la preparación del juicio respectivo (recepción de la demanda y otorgamiento de la suspensión provisional del acto reclamado), a los Jueces de Distrito, en los lugares que, como ya se mencionó, éstos no tengan su residencia, por lo que su competencia es parcial.

"Contradicción de tesis 99/2001-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito y el entonces Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito (actualmente Primer Tribunal Colegiado del mismo circuito). 4 de septiembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro".

Al igual que la tesis de jurisprudencia 30/2006. Aprobada por la Primera Sala de del Alto Tribunal, en sesión de fecha diecinueve de abril de dos mil seis:

"JURISDICCIÓN CONCURRENTES. LOS TRIBUNALES UNITARIOS DE CIRCUITO TIENEN COMPETENCIA PARA CONOCER DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO CONTRA ACTOS DE JUECES DE DISTRITO CUANDO SE ALEGUE VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 16, 19 Y 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, EN MATERIA PENAL. De la interpretación exegética del artículo 107, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que al introducir a los Tribunales Unitarios de Circuito como autoridad de amparo, el Constituyente no quiso limitar su competencia a los casos

en que el responsable fuera otro Unitario, sino conservar la jurisdicción concurrente que siempre habían tenido en esa materia e impedir que los Juzgados de Distrito conocieran de los amparos promovidos contra actos de los Tribunales Unitarios. En comunión con esta intención, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación determina que los Jueces de Distrito pueden conocer de las demandas de amparo contra otros Jueces, pero no contra Tribunales Unitarios, y que éstos tienen competencia exclusiva para conocer del amparo interpuesto contra actos de otros Unitarios, así como de los demás asuntos que les encomienden las leyes, entre los que se encuentran los amparos indirectos promovidos contra resoluciones emitidas por los Jueces de Distrito dentro de los juicios en los que se aduzca violación de las garantías contenidas en los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución Federal, en materia penal.

En este orden de ideas, por disposición constitucional y legal, cuando el acto reclamado consista en una resolución dictada en proceso por un Juez de Distrito, siempre en materia penal, al que se le impute violaciones a los artículos 16, 19 y 20, en las fracciones ya señaladas, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es optativo para el quejoso combatirlo en la vía constitucional indirecta ante el Juez de Distrito que corresponda o ante el superior jerárquico de aquél a quien le imputa dicha violación, hipótesis última en la que tal superior de un Juez de Distrito actuando en materia de legalidad, lo es el Magistrado del Tribunal Unitario de Circuito, por lo que dicho tribunal resulta competente para conocer el control constitucional de dichos actos, a elección del quejoso petionario de garantías.

Para entender el problema de la competencia de control de legalidad y de constitucionalidad, se debe establecer que los Juzgados de Distrito, están facultados para actuar como órganos de control constitucional, en materia de amparo en la vía indirecta en primera instancia, y de control de legalidad, actuando como juez de proceso, cuando no se trate de juzgados especializados en amparo.

Los Tribunales Unitarios de Circuito son eminentemente órga-

nos de control de legalidad, actuando como tribunales de segunda instancia.

Sin embargo, dichos Tribunales Unitarios de Circuito tienen competencia para conocer de juicios de amparo en la vía indirecta, de acuerdo con la competencia concurrente que señalan los artículos 107, fracción XII constitucional y 37 de la Ley de Amparo, cuando se reclamen violaciones a las garantías señaladas por los artículos 16, en materia penal, 19 y 20, fracciones I, VIII y X, párrafos primero y segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y cuando este tribunal sea el superior jerárquico de aquel a quien se impute tal violación de garantías; esto es, cuando se impute esa violación de garantías a un Juez de Distrito de la jurisdicción del Tribunal Unitario, a elección del quejoso, podrá promover su demanda de garantías ante el Juez de Distrito que corresponda, o ante su superior jerárquico. Así, el Tribunal Unitario de Circuito, al ser el superior jerárquico del Juzgado de Distrito, en materia de proceso, no de amparo, es competente para conocer de la demanda de garantías en la vía indirecta en estos casos.

De igual forma, es conveniente recordar que en estos casos, el Magistrado del Tribunal Unitario de Circuito actúa como si fuera Juez de Distrito durante la tramitación del amparo indirecto, con las mismas facultades y obligaciones.

Así, por competencia jurisdiccional entendemos al: "conjunto de facultades específicas con que jurídicamente están investidas las autoridades encargadas de desempeñar la función jurisdiccional estatal abstracta".²

Bajo esta perspectiva, por competencia concurrente en el amparo, entendemos aquella que permite conocer de una materia, a dos o más jueces, a elección del actor.

Los Tribunales Unitarios de Circuito tienen la competencia señalada por el artículo 29 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y en ella, para actuar como Órgano de control de constitucionalidad cuando el acto reclamado emane de una resolu-

² Burgoa Orihuela, Ignacio. *El Juicio de Amparo*, Ed. Porrúa, México, 1985, p. 381.

ción de segunda instancia en materia de legalidad que no constituya sentencia definitiva.

De igual forma, de manera concurrente, La Constitución establece competencia a favor de los Tribunales Unitarios de Circuito para conocer de un juicio de amparo indirecto por violaciones en materia penal a los artículos 16, 19 y 20, fracciones I, VIII y X, párrafos primero y segundo, y la Ley de Amparo señala competencia a favor de los superiores de las autoridades responsables, cuando el acto reclamado se señale como violatorio de las garantías ya descritas.

Cuando tales actos reclamados son atribuidos a los Jueces de Distrito (básicamente orden de aprehensión, auto de formal prisión y negativa de concesión de libertad provisional), en términos de la competencia concurrente, puede conocer del juicio de amparo indirecto, a elección del quejoso, el Tribunal Unitario de Circuito, en cuya jurisdicción actúa el Juez de Distrito como autoridad responsable.

De igual forma, el artículo 29 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, ha derogado al artículo 42, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, toda vez que si el acto reclamado emana de un Tribunal Unitario de Circuito, actuando como tribunal de legalidad, será competente para conocer como órgano de control constitucional en amparo indirecto, el Tribunal Unitario de Circuito más cercano a su domicilio, impidiendo así, que un Juez de Distrito conozca en amparo, actos que se reclaman a un superior jerárquico suyo, en materia de proceso.

Así, se insiste, los Tribunales Unitarios de Circuito tienen competencia constitucional y legal para actuar como órgano de control constitucional.

Esta competencia concurrente, tiene su fundamento en los artículos 107, fracción XII, constitucional, 37 de la Ley de Amparo y cuando el acto reclamado se atribuya a otro Tribunal Unitario de Circuito, de acuerdo con lo previsto por el artículo 29, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Los actos que se pueden combatir mediante amparo, atribuibles a un Juez de Distrito en materia de procesos penales, previstos por

el artículo 16 constitucional (actos de molestia), son la orden de aprehensión, la ratificación de la detención, la orden de cateo y la autorización para intervenir comunicaciones privadas, siendo los actos más recurribles en el control constitucional en la vía indirecta la orden de aprehensión y el auto de formal prisión.

Así, es factible y a veces deseable, que los Defensores Públicos Federales combatan mediante amparo indirecto ante el Tribunal Unitario de Circuito, la orden de aprehensión dictada por un Juez de Distrito en contra de los defendidos; lo anterior para evitar la tardanza en la tramitación de la vía constitucional, debido a la carga que de tal materia tienen los Juzgados de Distrito, o para evitar la incompetencia a un Juzgado fuera del circuito o de la ciudad donde radiquen, cuando se señalen como responsables a todos los Jueces de Distrito del lugar, lo que en la práctica permite obtener la sentencia constitucional en menor tiempo y con menos problemas para su seguimiento.

El artículo 19 constitucional se refiere específicamente al auto de término constitucional (formal prisión y sujeción a proceso), como acto reclamable en la vía indirecta ante el superior jerárquico del Juez de Distrito, por lo que también es factible que los defensores públicos combatan tal resolución ante el Magistrado del Tribunal Unitario de Circuito, como superior jerárquico del Juez de Distrito de la adscripción. Tal situación tiene el efecto práctico de que dicho superior jerárquico dicte la sentencia en control constitucional en menos tiempo respecto de la que pudiera dictar un Juez de Distrito, debido a la carga de trabajo que en amparo tiene este último.

El artículo 20 constitucional, apartado A, en su fracción I, se refiere a la garantía de libertad provisional bajo caución, por lo que la competencia concurrente establecida en la Ley de Amparo, permite que los defensores públicos combatan la resolución que en contra de tal garantía pudiera dictar el Juez de Distrito de adscripción, ante su superior jerárquico.

Sus fracciones VIII y X, párrafos primero y segundo, se refieren a las garantías de los términos para ser juzgado y la imposibilidad de

prolongación de la prisión por cualquier causa motivo de responsabilidad civil ni la preventiva por mayor tiempo de la que fije la Ley al delito que motivare el proceso. Ante la eventual actualización de estas hipótesis, los Defensores Públicos Federales también pueden acudir en demanda de amparo indirecto ante el superior jerárquico del Juez de Distrito al que se le impute la violación

Tal combate constitucional constituye una excepción al principio de definitividad que establece el artículo 107 constitucional.

Así, del examen, entre otras, a la fracción XII de tal dispositivo, se advierte que el juicio de amparo ante Juez de Distrito procede cuando se reclaman actos que importan una violación a las garantías consagradas por los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 de la Constitución General de la República.

Sirve de base a lo anterior el criterio sustentado por la Segunda Sala de la suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 82/99-SS:

DEFINITIVIDAD. EXCEPCIONES A ESE PRINCIPIO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. De la interpretación literal y teleológica del artículo 107, fracciones III, IV, VII y XII, de la Constitución Federal, así como de los artículos 37, 73, fracciones XII, XIII y XV y 114 de la Ley de Amparo y de los criterios jurisprudenciales emitidos al respecto por los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, se deduce que no existe la obligación de acatar el principio de definitividad que rige el juicio de amparo indirecto, cuando se reclaman los siguientes actos: I. Los que afectan a personas extrañas al juicio o al procedimiento del cual emanan; II. Los que dentro de un juicio su ejecución sea de imposible reparación; III. Los administrativos respecto de los cuales, la ley que los rige, exija mayores requisitos que los que prevé la Ley de Amparo, para suspender su ejecución; IV. Los que importen una violación a las garantías consagradas en los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 de la Constitución Federal; V. Leyes, cuando se impugnan con motivo del primer acto de aplicación; VI. Los que importen peligro de la privación de la vida, deportación o destierro o cualquiera de los prohibidos por el artí-

culo 22 constitucional; VII. Actos o resoluciones respecto de los cuales, la ley que los rige no prevé la suspensión de su ejecución con la interposición de los recursos o medios de defensa ordinarios que proceden en su contra; VIII. Los que carezcan de fundamentación; IX. Aquellos en los que únicamente se reclamen violaciones directas a la Constitución Federal, como lo es la garantía de audiencia; y X. Aquellos respecto de los cuales los recursos ordinarios o medios de defensa legales, por virtud de los cuales se puede modificar, revocar o nulificar el acto reclamado, se encuentran previstos en un reglamento, y en la ley que éste regula no se contempla su existencia.

Precedentes: Contradicción de tesis 82/99-SS. Entre las sustentadas por el Primero y el Segundo Tribunales Colegiados en Materia Administrativa del Tercer Circuito. 12 de mayo del año 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero.

De lo antes expuesto, válidamente se colige que los Defensores Públicos Federales pueden optar por acudir ante los Tribunales Unitarios de Circuito, para combatir mediante el juicio de amparo en la vía indirecta, los actos reclamados a un Juez de Distrito que consideren violatorios de las garantías consagradas en los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, conforme a lo establecido por el artículo 107, fracción XII constitucional y 37 de la Ley de Amparo, en virtud de la competencia concurrente para dichos órganos, además de que en estos casos no existe la obligación de agotar los recursos ordinarios o medios de defensa legales que prevé la ley que rige el acto reclamado, previamente a la interposición del juicio de garantías.

BIBLIOGRAFÍA:

- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*, Ed. Porrúa, México, 1985.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Amparo.
- NORIEGA CANTÚ, Alfonso. *Lecciones de Amparo*, México, Sin número de edición, Editorial Porrúa, tomo I.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Disco Ius 2007.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1908-1991*, Ed. Porrúa, México, 1991.

A puntamientos sobre la estructura del delito en nuestro sistema de enjuiciamiento penal federal

Ángel Alonso Trujillo*

1. NOTA INTRODUCTORIA

Se puede afirmar con certeza, que en nuestro sistema de enjuiciamiento penal federal existen dos estructuras del delito; una se desprende del contenido de los artículos 16 y 19 de nuestra Carta Magna, en relación con los diversos 134 y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, la otra, se encuentra comprendida en los artículos 7º y 15 del Código Penal Federal; a la primera estructura corresponden el cuerpo del delito y la probable responsabilidad; a la segunda pertenecen, la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La citada en primer término es utilizada hasta el dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso; la otra, en sentencias definitivas, pues recuérdese que en éstas deberá acreditarse el delito en su integridad, según lo previsto por los artículos 4º y 95 del Código Federal de Procedimientos Penales; sin embargo, estimamos que ambas estructuras se complementan en diferentes niveles de análisis, a saber, al acreditar la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Luego entonces, lo que se pretende con los presentes apuntamientos es brindar una herramienta metodológica a la luz de la dogmática jurídico-penal contenida en los dispositivos legales

* Defensor Público Federal.

antes citados, y en esa virtud poder comprender con mayor claridad en qué nivel de análisis se deben acreditar los diferentes componentes de la estructura del delito.

2. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES

Como premisa mayor, es importante citar los preceptos constitucionales en donde se halla contenido el marco jurídico que regula lo relativo a la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ya que esto servirá para ilustrar más adelante la estructura que nuestro sistema de enjuiciamiento penal mexicano establece en el Código Federal de Procedimientos Penales sobre esta temática.

De lo anterior, se obtiene que los artículos 16 y 19 constitucionales se instituyen como la piedra angular en donde se sustenta la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, tanto para el ejercicio de la acción penal, orden de aprehensión, orden de comparecencia, auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

En lo que interesa a la materia de nuestro estudio, el artículo 16 constitucional prevé:

"Artículo 16.- (...)

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."

Este artículo, en la parte que se transcribe impone como garantía a favor del gobernado, que toda autoridad judicial tiene la obligación de examinar si en el caso concreto se encuentran acreditados los elementos del cuerpo del delito. Para cumplir con la referida obligación constitucional, es necesario que la autoridad judicial precise:

a) Cuáles son los elementos cuya actualización exige la figura delictiva correspondiente;

b) Con qué pruebas se acredita cada uno de ellos y qué valor les corresponde a éstas, de acuerdo con la ley adjetiva;

c) Cuáles son los preceptos legales aplicables al caso, y además, todas aquellas circunstancias que se tuvieron en consideración para ello, precisando la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

Es primordial precisar, que la expresión y análisis del cuerpo del delito aplica exclusivamente en las resoluciones correspondientes a las órdenes de aprehensión y comparecencia, así como en las de plazo constitucional; no así cuando se emite la sentencia definitiva, en la cual, se insiste, debe acreditarse el delito en su integridad, en términos de lo dispuesto por los artículos 4º y 95 del Código Federal de Procedimientos Penales; lo anterior se desprende del contenido del actual artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve, que establece que por cuerpo del delito se entenderá el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Sobre este tópico, se citan los siguientes criterios jurisprudenciales:

El identificado con el Número de Registro: 184,166, Jurisprudencia, Materia(s): Penal, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVII, Junio de 2003, Tesis: I.7o.P. J/1, Página: 710. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 237/2003. 13 de febrero de 2003. Unanimidad de votos, del siguiente rubro y texto:

"CUERPO DEL DELITO. SU ANÁLISIS, EN MATERIA FEDERAL, DEBE HACERSE EXCLUSIVAMENTE EN LAS RESOLUCIONES RELATIVAS A LA ORDEN DE APREHENSIÓN, COMPARECENCIA O DE PLAZO CONSTITUCIONAL, PERO NO EN TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS DEFINITIVAS. Conforme al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales reformado el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y nueve, el análisis del cuerpo del delito se debe hacer exclusivamente en las resoluciones correspondientes a las órdenes de aprehensión y

comparecencia, así como en las de plazo constitucional, no así cuando se emite la sentencia definitiva, en la cual debe acreditarse el delito en su integridad, en términos de lo dispuesto por los artículos 4º y 95 del referido código."

También el identificado en Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XII, Septiembre de 2000, Tesis: III.2o.P.67 P, Página: 735, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 160/2000. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos, del siguiente rubro y texto:

"CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el

anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas."

En relación a las circunstancias agravantes del delito, deben precisarse también en el mandamiento de orden de aprehensión, tal y como se desprende de la jurisprudencia visible en Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Abril de 1998, Tesis: 1a./J. 18/98, Página:155. Contradicción de tesis 23/97. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. 25 de febrero de 1998. Unanimidad de cuatro votos, del siguiente rubro y texto:

"ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO, DE ACUERDO CON LA REFORMA AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES. El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de

libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado". Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir una orden de aprehensión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, los datos que acreditan los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado de la orden de captura, como consecuencia del ejercicio de la acción penal realizada por el Ministerio Público, surte el efecto procesal de poner a disposición del Juez al indiciado en relación con determinado delito; por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas o calificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la consignación."

Por otra parte, el artículo 19 de nuestra ley fundamental en lo conducente puntualiza:

"Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado."

Este artículo establece que todo auto de formal prisión debe reunir ciertos requisitos de forma y fondo. El elemento formal se surte cuando se fija con toda precisión, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito, así como la enunciación del ilícito atribuido al indiciado y los preceptos legales aplicables al caso; en cambio, para reunir la segunda de las exigencias, es necesario que los motivos expresados sean suficientes para provocar la actividad oficial, esto es, que los datos contenidos en la averiguación previa, sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.

De la misma forma que para el libramiento de la orden de aprehensión, en el auto de formal prisión deben incluirse las calificativas o modificativas, tal y como lo dispone el criterio identificado en Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVII, Febrero de 2003, Tesis: I.7o.P.26 P, Página:1010. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 1957/2002. 16 de enero de 2003. Mayoría de votos, identificado bajo el siguiente rubro y texto:

"CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Antes de la reforma constitucional de septiembre de mil novecientos noventa y tres, para el dictado del auto de plazo constitucional se exigían, entre otros requisitos, el acreditamiento del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado y el primero se constituía por los elementos materiales o externos de la figura típica. Sin embargo, a través de la citada reforma al artículo 19 constitucional se sustituyó el concepto "cuerpo del delito" por el de "tipo penal", es decir, se cambió de un concepto con una connotación reducida por otro de contenido distinto y más extenso que el sustituido que, en consecuencia, resultaba más garantista para el inculpado. A partir de la aludida reforma de septiembre de mil novecientos noventa y tres, en el dictado del auto de plazo constitucional, el estudio relativo no debía limitarse al análisis del cuerpo del delito (elementos objetivos), sino que debería referirse a todos los elementos del tipo (elementos objetivos, normativos y subjetivos). Como consecuencia, en el dictado de dichas resoluciones debían precisarse las calificativas o modalidades del delito por ser éstas partes integrantes del tipo. Sin embargo, por decreto de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve, publicado el ocho del mismo mes y año, y en

vigor al día siguiente de la publicación, hubo otra reforma al artículo 19 constitucional, en donde se sustituyó de nueva cuenta el concepto de "elementos del tipo" por el de "cuerpo del delito". Consecuentemente, también se tuvieron que ajustar las legislaciones ordinarias de las entidades federativas; así, por decreto de veintiséis de abril de mil novecientos noventa y nueve, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el tres de mayo del mismo año, se reformó el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establece los requisitos para el dictado del auto de formal prisión y el diverso 122 del mismo ordenamiento, que indica con qué clases de elementos del tipo se constituirá el cuerpo del delito. Ahora bien, la doctrina ha clasificado a los tipos penales en básicos y complementados, que a su vez pueden ser agravados o privilegiados. Asimismo, la doctrina ha sostenido que los elementos del tipo penal en forma abstracta son los siguientes: la conducta (acción u omisión); el bien jurídico; la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; sujeto o sujetos activo y pasivo; nexo causal; objeto material; los medios utilizados o las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión (modalidades de la conducta o calificativas); voluntad dolosa o culposa. Todos estos elementos a su vez los clasifica en objetivos, normativos y subjetivos. Los elementos objetivos son aquellos que pueden ser advertidos con la sola aplicación de los sentidos; los elementos normativos requieren de un determinado juicio de valor y los elementos subjetivos son aquellos que no se pueden apreciar con los sentidos por encontrarse en el interior de la persona humana, en su pensamiento y en su sentimiento y, por ello, su comprobación resulta complicada. Así, las calificativas o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o modalidades de la conducta, son factores que también atenuan o agravan (atenuantes o agravantes) la responsabilidad del autor del delito incidiendo en la medición cuantitativa de la pena. Es decir, son las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión que califican la conducta, las calificativas propiamente dichas. Por tanto, cuando en la legislación se establezca que el cuerpo del deli-

to se constituya con elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos (elemento constitutivo esencial descrito en la ley, distinto al dolo y a la culpa), de conformidad con el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, las calificativas o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben incluirse en el auto de plazo constitucional."

Del análisis de los artículos 16 y 19 de nuestra Carta Magna, se puede concluir que para que el inculcado tenga certeza jurídica del proceso que se le habrá de seguir, la autoridad judicial al librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, no debe limitar su actividad al estudio de los aspectos relacionados con el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sino que debe analizar las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas, con independencia de que estas últimas deben ser objeto de prueba durante el proceso criminal correspondiente, en cuya sentencia se defina, en su caso, el grado de responsabilidad del procesado, en virtud de que es justamente en dicho proceso donde se brinda al inculcado el legítimo derecho de defensa, es decir, de ofrecer las pruebas y formular las alegaciones que a su derecho convengan.

Es importante señalar también, que tanto para la orden de aprehensión como para el auto de formal prisión, no basta con tener por acreditados los elementos objetivos y normativos de la entidad delictiva de que se trate, pues consideramos que los elementos subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa, evidentemente que deben quedar acreditados desde el mandamiento de captura y el dictado de formal prisión, por lo que no debe esperar el juzgador a emitir la sentencia definitiva para que esos elementos sean materia de acreditación, esto con la finalidad de brindar la debida certeza jurídica al inculcado.

3. ASPECTOS PROCESALES

Como premisa menor, corresponde citar los dispositivos legales comprendidos en el Código Federal de Procedimientos Penales que establecen los requisitos para tener por acreditado el cuerpo del delito

y la probable responsabilidad del indiciado; sobre esta temática los artículos 168 y 134, prevén:

"Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley."

"Artículo 134.- En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

(...)."

De la interpretación sistemática de los numerales antes citados, se obtiene que el concepto de cuerpo del delito que recoge nuestro Código Federal de Procedimientos Penales se integra de elementos objetivos, normativos en caso de que la descripción típica lo requiera, y subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa, también si la descripción típica lo requiere. En este orden de ideas, estos elementos, como ya se apuntó, consideramos que por virtud de un principio de seguridad jurídica deberán quedar acreditados desde la orden de aprehensión, y por supuesto que también al dictar auto de formal prisión o de sujeción a proceso, no obstante que el actual artículo 134 de nuestro Código Adjetivo, señale que los elementos subjetivos serán analizados por el juzgador después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pues es inconcuso que todo juzgador que se diga respetuoso de un Estado de Derecho de corte garantista, deberá atender a las garantías de legalidad y seguridad jurídica previstas tanto en el artículo 19, párrafo tercero, y 16, párrafo segundo, en relación con la garantía de exacta aplicación de la ley, prevista por el artículo 14, párrafo tercero, todos de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹

¹ Recuérdese que los artículos 16 y 19 de nuestra Carta Magna fueron reformados el 3 de septiembre de 1993, en donde se cambió, de cuerpo del delito a elementos del tipo penal; a esta reforma le siguió la de 10 de enero de 1994, relativa al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en la cual se estableció la estructura del tipo penal complejo, la cual brindaba mayor seguridad jurídica; sin embargo, el 8 de marzo de 1999 se vuelve a reformar la Constitución y se regresa a la expresión "cuerpo del delito", siendo robustecida esta reforma, por la que se hizo a los artículos 134 y 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, en donde se puso de relieve que para librar orden de aprehensión y dictar auto de formal prisión bastaba con tener por acreditados los elementos objetivos y normativos; los subjetivos específicos, debían analizarse hasta después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. No obstante lo anterior, en la práctica judicial es posible observar que la mayoría de los Jueces y Magistrados siguen aplicando en sus resoluciones judiciales la sistemática del antiguo artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que evidentemente brinda mayor seguridad jurídica; sin embargo, en la etapa de averiguación previa, los Agentes del Ministerio Público (siguiendo una posición ortodoxa), en la mayoría de las consignaciones acreditan únicamente los elementos objetivos y normativos. En este orden de ideas y con la finalidad de mostrar la antigua estructura del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales vigente a partir de 1994, se transcribe éste en su integridad:

"Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

Sobre este tema el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado en la tesis visible en Novena Época. Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Julio de 2002. Tesis: XIV.3o.7 P. Página: 1336. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 83/2002. 29 de mayo de 2002. Unanimidad de votos, identificada bajo el siguiente rubro y texto:

"MODIFICATIVAS Y CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL DICTADO DE UNA ORDEN DE APREHENSIÓN Y DE UNA FORMAL PRISIÓN, A LA LUZ DE LA REFORMA DE TREINTA DE MARZO DE DOS MIL A LOS CÓDIGOS PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN. *De una recta interpretación de los artículos 4o., 7o., 8o. y 9o. del Código Penal del Estado de Yucatán, así como de los numerales 255 y 287 del Código de Procedimientos en Materia Penal de esa entidad, vigentes, se colige que la actividad probatoria en las diversas fases del proceso estará encaminada a la demostración del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado. Ahora bien, el concepto clásico que la jurisprudencia mexicana ha establecido con respecto del cuerpo del delito se sustenta en la interpretación de normas cuyo contenido ha variado en el devenir histórico y son diversas a las que en la actualidad nutren a nuestro sistema penal, por ende, ya no cobra relevancia su aplicabilidad. En la legislación vigente, para estudiar una determinada figura delictiva, es necesario examinar tanto los aspectos positivos del injusto (conducta, tipicidad, antijuridicidad,*

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere. a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y; h) las demás circunstancias que la ley prevea. Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señala la ley."

imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad) como los negativos (ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, falta de condiciones objetivas y excusas absolutorias), pues éstos aparecen dispersos en la actual codificación penal. En este sentido, se aprecia que no contamos con un sistema armónico de leyes que en concreto nos guíen por un sistema en específico, sino que nos encontramos con una legislación con tintes causalistas y finalistas, pues si bien se regresó al concepto del cuerpo del delito, alude aún a tipo penal, como se aprecia de los artículos 4o. y 8o. del código sustantivo local. Se dice lo anterior, porque de considerar al cuerpo del delito desde su generalización objetiva, yace un peligro para la seguridad jurídica, en la medida en que ella implica una prescindencia de las diferencias subjetivas que podrían dar lugar a cláusulas generales que derogarían la función garantista de la ley penal acogida por la Constitución. Por ende, al resultar el dolo y la culpa elementos subjetivos del hecho, y sus modificativas y calificativas, las modalidades de tales conductas, se impone su acreditación junto con los demás elementos que integran la descripción típica, desde el momento en que el Ministerio Público decide ejercitar la acción penal ante los órganos jurisdiccionales. Ello es en virtud de que, de la misma manera que el legislador está obligado a no dejar indefinido el carácter doloso o culposo de la conducta que amenaza con pena, el Juez penal debe incluir el carácter doloso o culposo y las modificativas y calificativas de las conductas sometidas a su juicio, dentro de los aspectos que son alcanzados por el principio de legalidad en una orden de aprehensión o en un auto de formal prisión. Además de que, de no hacerlo así, el juzgador violaría el principio de contradicción probatoria, dejando al indiciado en un estado de indefensión al no poder combatir durante la instrucción –por desconocerlas- las modificativas o calificativas de su conducta, que en sentencia definitiva repercutirán en la dosimetría de la pena."

Establecido nuestro marco jurídico, corresponde conocer ahora cuál es la estructura dogmática que se desprende de los dispositivos legales antes citados, tanto para los elementos del delito como para el cuerpo del delito y responsabilidad penal; en tal virtud, se pasa a exponer lo siguiente:

4. ESTRUCTURA DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

En primer lugar, es importante puntualizar que según lo previsto por el párrafo primero del artículo 7º del Código Penal Federal, por delito deberá entenderse el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Así, pasamos ahora a exponer la estructura sustantiva del delito.

A).- ELEMENTOS DEL DELITO:

En atención a la teoría heptatómica, la cual considera que dentro de la estructura del delito se encuentran contenidos siete elementos; éstos en su aspecto positivo, son los siguientes:

1.- ASPECTO POSITIVO:

- a).- Conducta (acción u omisión).
- b).- Tipicidad.
- c).- Antijuridicidad.
- d).- Imputabilidad.
- e).- Culpabilidad.
- f).- Condiciones objetivas de punibilidad.
- g).- Punibilidad.

2.- ASPECTO NEGATIVO:

- a).- Ausencia de voluntad.
- b).- Atipicidad.
- c).- Causas de justificación.
- d).- Inimputabilidad.
- e).- Causas de exclusión de la culpabilidad.
- f).- Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.
- g).- Excusa absolutoria.

Es importante señalar que los elementos del delito en su aspecto positivo y negativo, se encuentran perfectamente previstos en el artículo 15 del Código Penal Federal, de donde se deduce con claridad la dogmática jurídico-penal mexicana, tal y como se aprecia a continuación:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

- I.- El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente;
- II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos

que integran la descripción típica del delito de que se trate;

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a).- Que el bien jurídico sea disponible;

b).- Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c).- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista la necesidad de defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a la de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo;

VI.- La acción o la omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de este Código;

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a).- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b).- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito."

En efecto de la fracción I se desprende el supuesto de ausencia de voluntad; en la fracción II, la atipicidad del comportamiento; a nivel de la tipicidad aplica a nuestro juicio, el supuesto de error de tipo, previsto en el inciso a) de la fracción VIII del numeral que se comenta; en la fracción III, IV, V y VI se prevén las causas de justificación que anulan la antijuridicidad de la conducta, como son, el consentimiento del titular del bien jurídico, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante y el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, respectivamente; la fracción VII, establece el supuesto de inimputabilidad; como causas de exclusión de la culpabilidad se encuentran, el supuesto previsto en la fracción VIII,

inciso b), relativo al error de prohibición; la fracción IX que prevé la no exigibilidad de otra conducta, y la X que regula el caso fortuito.²

Esto sería lo que se constituye como el aspecto negativo del delito, pero haciendo un esfuerzo de razonar a *contrario sensu*, se llega a la conclusión de que también en este artículo se encuentran previstos los elementos del delito en su aspecto positivo, a saber, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

5. ESTRUCTURA DEL CUERPO DEL DELITO Y PROBABLE RESPONSABILIDAD

Establecido lo anterior, es menester conocer ahora el contenido de los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, según la actual estructura del artículo 134 y 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, de donde se obtiene lo siguiente:

A).- CUERPO DEL DELITO:

Los elementos del cuerpo del delito se pueden dividir de mane-

² El Artículo 15, fracción X, del Código Penal Federal, establece la figura del caso fortuito como excluyente del delito, en los siguientes términos: "Artículo 15.- El delito se excluye cuando: X. El resultado típico se produce por caso fortuito." Nótese que nuestro Código Penal Federal vigente omite señalar qué debe entenderse por caso fortuito; sin embargo, debe puntualizarse que en la redacción anterior a la actual, se establecía en la misma fracción, que el caso fortuito consistía en: "X. Causar daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas." Bajo este contexto, si bien el criterio mayoritario establece que el caso fortuito excluye la culpabilidad, dado que no hay dolo ni culpa, consideramos que ello dependerá del lugar sistemático en donde se encuentren esos elementos subjetivos, pues recuérdese que tanto para el finalismo como para el funcionalismo éstos se ubican en el tipo penal. Luego entonces, sostenemos que de la estructura del delito adoptada por nuestro sistema de enjuiciamiento penal federal, el dolo y la culpa se ubican dentro de la culpabilidad, por ello el caso fortuito excluye este elemento del delito; sin embargo, también se puede afirmar que al no haber una acción u omisión dolosa o culposa, lo que se excluye es la conducta. En esto radica la complejidad en la interpretación que se haga de la excluyente del delito que se comenta, pues no se soslaya que con la reforma de marzo de 1999, que sustituyó la expresión "elementos del tipo", por la de "cuerpo del delito", no hubo un avance en nuestro Derecho Penal, sino un retroceso, pues de identificarnos con un tipo penal complejo característico del sistema finalista, ahora nos identificamos con el sistema neoclásico, o causalismo valorativo al encontrarse nuevamente el dolo y la culpa en la culpabilidad. Sobre esta temática consúltese: Alonso Trujillo, Ángel, CUERPO DEL DELITO, AVANCE O RETROCESO EN NUESTRO SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO, Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho, UNAM, México, 2002.

ra genérica en objetivos y subjetivos, en los primeros se hallan contenidos los elementos normativos; en los segundos, los elementos subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa, tal y como se observa a continuación:

1.- Elementos objetivos:

- a).- La existencia de la correspondiente acción u omisión
- b).- La lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido
- c).- Calidad específica en el sujeto activo
- d).- Calidad específica en el sujeto pasivo
- e).- El objeto material
- f).- Los medios utilizados
- g).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión
- h).- El resultado
- i).- El nexo de causalidad
- j).- Los elementos normativos
- k).- Las demás circunstancias que la ley prevea (modificativas o calificativas).

2.- Elementos subjetivos:

- a).- Elementos subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa.³

B).- PROBABLE RESPONSABILIDAD:

³ Es evidente, que la estructura actual del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, ha modificado la nomenclatura establecida antes de la reforma procesal de 18 de mayo de 1999, a saber, la adoptada por el legislador el 10 de enero de 1994, inspirada en la reforma constitucional a los artículos 16 y 19, de 3 de septiembre de 1993, mediante la cual se utilizó la expresión *elementos del tipo penal*, hoy *elementos del cuerpo del delito* según reforma constitucional de 8 de marzo de 1999, lo que pone de relieve que por cuerpo del delito deberá entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera; lo cual, nos lleva a considerar que parecería que los elementos del cuerpo del delito se constituyen únicamente por elementos objetivos o externos, es decir, los que son susceptibles de ser apreciados a través de los sentidos, así como los normativos, que tienen una connotación de índole jurídica o cultural; sin embargo, también podemos decir, que dentro de la actual estructura del cuerpo del delito se hallan contenidos los elementos subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa, pues del contenido del actual artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales así se pone de relieve, pues este numeral señala que los elementos subjetivos específicos serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, según corresponda; luego, podemos concluir que la estructura del cuerpo del delito, se constituye por elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa, pues éstos (dolo y culpa), como ya se dijo, forman parte de la culpabilidad.

Con relación a la probable responsabilidad, se deben acreditar los siguientes elementos:

a).- La forma de intervención del sujeto activo (autoría y participación).

En atención a lo anterior, debemos recurrir al contenido del artículo 13 del Código Penal Federal, el cual prevé:

"Artículo 13.- Son autores o partícipes:

I.- Los que acuerdan o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro en su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

(...)."

En estas condiciones y dado el contenido del artículo antes citado, deberá acreditarse, según sea el caso, alguna de las siguientes hipótesis:

I.- Autor intelectual

II.- Autor material directo

III.- Coautoría

IV.- Autor mediato

V.- Instigador o inductor

VI.- Cómplice o auxiliador

VII.- Encubridor

VIII.- Complicidad correspectiva o autoría indeterminada.

b).- También se acreditará la comisión dolosa o culposa del delito (dolo y culpa).

Al respecto, el artículo 8º y 9º del Código Penal Federal, prevén:

"Artículo 8º. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden ser realizadas dolosa o culposamente".

"Artículo 9º. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

En este orden de ideas, deberán acreditarse, según sea el caso:

Dolo: (dolo directo o dolo eventual).

Culpa: (culpa con representación o culpa sin representación).

El dolo directo se representa cuando la intención del sujeto activo es perseguir directamente el resultado típico y abarca todas las consecuencias que, aunque no las busque, el sujeto prevé que se producirán con seguridad. El dolo directo se compone de dos elementos: el intelectual y el volitivo. El primero parte de que el conocimiento es el presupuesto de la voluntad, toda vez que no puede quererse lo que no se conoce, por lo que para establecer que el sujeto activo quería o aceptaba la realización de un hecho previsto como delito, es necesaria la constancia de la existencia de un conocimiento previo; esto es, el sujeto activo debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica, de manera que ese conocimiento gira en torno a los elementos objetivos y normativos del tipo, no así respecto de los subjetivos. Por otro lado, el elemento volitivo supone que la existencia del dolo requiere no sólo el conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo sino también querer realizarlos. Es por ello que la dirección del sujeto activo hacia la consecución de un resultado típico, sirve para determinar la existencia del dolo. Así pues, se integran en el dolo directo el conocimiento de la situación y la voluntad de realizarla. En el dolo eventual, el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual realización. El sujeto no quiere el resultado, pero en caso de que éste se produzca lo acepta.

En relación a la culpa, de acuerdo con su conformación normativa, es importante dejar claro que ésta se estructura por una acción caracterizada por la violación a un deber de cuidado que se debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales del autor (culpa inconsciente); o bien por la violación de un deber de cuidado que se previó confiando en que no se produciría dadas las circunstancias y condiciones personales del autor (culpa consciente); un resultado típico que no se previó, no obstante ser previsible, o bien un resultado típico que sí se previó confiando en que no se produciría y un nexo causal que vincula ambos extremos. Cabe precisar que la causalidad que se exige en el delito culposo, por derivar de la propia descripción legal, es de naturaleza normativa; sin que se deba equiparar a un mero proceso de causa y efecto, sino denotar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado que se produjo.

c).- Que no se acredite a favor del inculpaado alguna causa de justificación o licitud. (Excluyentes del delito, relativas a las fracciones III, IV, V y VI, del artículo 15 del Código Penal Federal).

- 1.- Consentimiento del titular del bien jurídico.
- 2.- Legítima defensa.
- 3.- Estado de necesidad justificante.
- 4.- Cumplimiento de un deber.
- 5.- Ejercicio de un derecho.

d).- Que no se acredite a favor del inculpaado alguna excluyente de culpabilidad. (Excluyentes del delito, previstas en las fracciones VII, VIII, IX y X, del artículo 15 del Código Penal Federal).

- 1.- Inimputabilidad.
- 2.- Error de prohibición (vencible e invencible).⁴
- 3.- La no exigibilidad de otro comportamiento.
- 4.- Caso fortuito.

⁴ Es importante señalar que del contenido del artículo 15, fracción VIII, del Código Penal Federal, se avizora una falta de técnica jurídica y un desconocimiento de la dogmática jurídico-penal por parte del legislador de 1999, al ubicar al error de tipo y al error de prohibición como excluyentes de la culpabilidad, pues, evidentemente, que ello trae consecuencias jurídicas insoslayables. En primer lugar, no tomó en consideración la evolución de

6. CONCLUSIONES

Se puede concluir que el delito en nuestro sistema de enjuiciamiento penal federal se estructura de la siguiente forma:

En el primer nivel de análisis se acredita la conducta, luego la tipicidad, en la cual se encuentran los elementos objetivos, norma-

las ideas penales en relación a la ubicación sistemática del dolo y la culpa, fundamentalmente las aportaciones a la sistemática de la acción final hechas por Alexander Graf zu Dohna, quien estableció que si la culpabilidad era valoración del objeto, no podía contener al dolo y a la culpa, por lo que zu Dohna extrae estos elementos de la culpabilidad para reubicarlos sistemáticamente en el tipo penal, por ello habla de que la culpabilidad es valoración del objeto y el tipo penal su objeto de valoración. Luego, si el legislador de 1999 volvió a establecer que el dolo y la culpa son parte de la culpabilidad, ya no se puede hablar entonces de un objeto de valoración de los llamados elementos subjetivos del injusto (dolo y culpa) y si además, recordamos que el error de tipo invencible anula el dolo y la culpa y el error de tipo vencible anula únicamente el dolo, dejando subsistente la culpa, para el caso de que la entidad delictiva admita esa forma de realización, es evidente que el error de tipo tiene una función de atipicidad de la conducta, por eso se llama error de tipo, pero si dichos elementos subjetivos ya no se encuentran en el tipo, sino en la culpabilidad; bajo este contexto, se podría pensar que ya no existe en nuestra sistemática el error de tipo; sin embargo, consideramos que sigue vigente dicha figura, pero debe estudiarse a nivel de la tipicidad, y no en la culpabilidad como erróneamente lo prevé el legislador, pues esto trae como consecuencia un retroceso histórico característico de los sistemas clásico y neoclásico, los cuales toman en consideración la teoría del dolo, o dolo malo, según el cual éste exigía, como forma de la culpabilidad, tanto el conocimiento de los elementos del tipo, la voluntad de su realización y la conciencia de la antijuridicidad. Para esta teoría, el tratamiento del error debería ser el mismo en todos los casos, es decir, excluir la culpabilidad si el error era invencible; excluir el dolo, pero castigar por imprudencia, si era vencible. Para la teoría del dolo, el error, tanto si era error de tipo como si era de prohibición recibía el mismo tratamiento. Más adelante la teoría de la culpabilidad, consecuencia de la teoría final de la acción, partía de la relevancia del error tanto si se refería al tipo, como si se refería a la prohibición; pero al establecer el dolo, como "dolo natural", en el tipo y el conocimiento de la antijuridicidad en la culpabilidad, atribuyó a ambas clases de error distinta trascendencia práctica y sistemática. En consecuencia el error de tipo invencible excluye el dolo y la culpa, y, si es vencible, fundamenta en su caso una sanción por delito culposo; el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y si es vencible sólo la atenúa, pero no afecta en nada el tipo de injusto como erróneamente lo establece el legislador de 1999. Sobre esta temática consúltese a Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, 2ª ed., Temis, Colombia, 2001, pp.122-127.

Finalmente, en la práctica judicial hemos observado que en algunas ocasiones, los Jueces y Magistrados federales analizan el error de tipo y el error de prohibición a nivel de la culpabilidad; en otras ocasiones omiten estudiar totalmente el error de tipo, es decir, no lo estudian ni en la tipicidad, ni en la culpabilidad, simplemente no hacen ningún pronunciamiento legal al respecto, únicamente hablan del error de prohibición; y otras veces, que son las menos, analizan correctamente el error de tipo a nivel de la tipicidad, y posteriormente estudian el error de prohibición en la culpabilidad. Lo anterior patentiza la falta de unificación de criterios, lo que deviene en falta de seguridad jurídica para los enjuiciados, y por supuesto que también se pone de relieve un desconocimiento de la dogmática jurídico penal al igual que los señores legisladores.

tivos y subjetivos específicos; estos elementos en su conjunto se identifican con la connotación de cuerpo del delito, pues se compone también de los mismos elementos.

En el segundo nivel analítico se estudia la antijuridicidad, tomándose en cuenta que no se actualice alguna causa de justificación o licitud del comportamiento.

Finalmente, en el último escaño se acredita la culpabilidad, en la cual se analiza la imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta; aquí deberá observarse que no se actualice alguna excluyente de culpabilidad.

Para la probable o plena responsabilidad, deberá acreditarse la forma de intervención del sujeto activo, el dolo y la culpa, así como que no se actualice alguna causa de justificación, o excluyente de culpabilidad.

7. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- Muñoz, Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, 2ª ed., Temis, Colombia, 2001, pp. 122-127.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código Penal Federal.

OTROS

- IUS 2007 actualizado a diciembre de 2007, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Posesión de cartuchos para armas del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; análisis conforme al principio de taxatividad abstracta

José Guadalupe Arias Ortega*

El artículo 13, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que:

"ART. 13. NADIE PUEDE SER JUZGADO POR LEYES PRIVATIVAS NI POR TRIBUNALES ESPECIALES...."

Dicho precepto, al margen de lo que el maestro Jorge Ojeda Velázquez ha considerado en el sentido de que "la construcción nominal JUZGADO POR LEYES PRIVATIVAS, refleja en realidad una aberración jurídica",¹ porque el constituyente originario al dictar dicho párrafo en sentido figurado enlazó el participio pasado del verbo juzgar al de tribunales especiales; lo cierto es que el precepto constitucional de referencia significa que en nuestro país a ninguna persona le deben ser aplicadas leyes particulares ni ser juzgado por tribunales especiales; además la disposición constitucional en cita responde a una exigencia atinente a que el Poder Legislativo tampoco debe emitir leyes penales de carácter privativo.

En efecto, del análisis histórico del artículo 13, párrafo primero de la Constitución, surge como premisa esencial el que el legislador posee el monopolio en la creación de leyes penales y por ende de sus respectivas consecuencias o sanciones.

* Defensor Público Federal.

¹ Ojeda Velázquez, Jorge. *Derecho Constitucional Penal*; Edit. Porrúa, Tomo I, p. 29, México, 2005.

Así, de manera implícita el artículo 13 de la Constitución, contiene el principio de legalidad *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*, lo que significa que nadie puede ser castigado por un hecho que no se encuentre previsto como delito al momento de su realización, ni con penas que no estén determinadas por éste; de esa forma el ámbito de lo penal está reservado a la propia ley, como única fuente para determinar delitos e imponer sanciones por su comisión.

De lo anterior es conveniente cuestionarnos: ¿en efecto corresponde al Poder Legislativo la determinación de los delitos y sus consecuencias? ¿La reserva de la ley penal, está sujeta a su exacta elaboración?

Para responder a la primera de las preguntas, debemos atender lo establecido por el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone:

"ART. 73. EL CONGRESO TIENE FACULTAD:

XXI. Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse".

La razón por la que se le ha conferido al Poder Legislativo la determinación de los delitos y sus correspondientes sanciones, deriva del fenómeno histórico político mexicano, en el que el Poder Ejecutivo, cuando se le ha concedido, ha abusado de las facultades extraordinarias para legislar en materia penal, y porque el Congreso de la Unión al estar formado por los representantes del pueblo, son los autores materiales de la voluntad popular y por ende en su génesis, los mas respetuosos de los valores de justicia y libertad popular.

Ningún obstáculo constituye la facultad reglamentaria excepcional otorgada constitucionalmente al Poder Ejecutivo, para los casos previstos en los artículos 49, 29 y 131, de dicha Carta Magna; esto es así porque precisamente se trata de facultades extraordinarias, respecto de las cuales en lo atinente a la determinación de los delitos, el Poder Ejecutivo podrá reglamentar o expedir leyes en las que se suspendan determinado número de garantías de manera temporal y fijar, en su caso, los delitos y las sanciones correspondientes

a ellos, tal y como aconteció en la Ley de Prevenciones Generales relativa a la suspensión de garantías establecida por decreto de 1º de junio de 1942, expedida en virtud del decreto mediante el que se aprobó la suspensión de las garantías individuales, contenidas entre otros en los artículos 14, 16, 19, 20, 21, 22 y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; particularmente el artículo 12 de dicha ley de Prevenciones Generales determinó la restricción de las garantías de legalidad y seguridad jurídica, respecto a los delitos del orden federal.

Sin embargo, como se dijo, el monopolio para definir los delitos en materia federal y su castigo corresponde al Congreso de la Unión conforme al artículo 73 fracción XXI de la Carta Magna.

Para responder la segunda de las interrogantes es preciso señalar que el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

"ARTÍCULO 14...

"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".

Del análisis del precepto constitucional indicado se advierte que contiene dos hipótesis o supuestos normativos a saber: **la aplicación exacta de la ley al hecho que se trate**, o bien conocido como garantía de taxatividad concreta; y la segunda que se refiere a la prohibición de imponer pena alguna si no está expresa y debidamente prevista en la norma jurídica que se va a aplicar.

Sin embargo, existe otro tipo de taxatividad que es la que se conoce como **"abstracta**, que se hace consistir en la exacta elaboración de la ley, la cual por su origen esta íntimamente ligada al principio de reserva absoluta de la ley".²

La taxatividad abstracta tiene como implicación fundamental el que el legislador, como único detentador y hacedor de las leyes

² ídem; página 178.

penales y su consecuencia jurídica, al momento de que cree la norma penal debe determinar con precisión cuáles son los elementos que la conforman y cuáles son las consecuencias de su infracción, para que el destinatario de la norma conozca con precisión, qué conductas son penalmente relevantes o consideradas como delitos, para así determinar su actuar a lo que es lícito (fin último de las normas jurídicas).

En efecto, la creación de las normas jurídico-penales por el legislador, atiende a los impulsos de la sociedad que representa, es así como se estructuran las conductas que socialmente son reprobables y que merecen la represión del Estado para conminar a su enmienda por éste y los demás integrantes de la sociedad; por ello, es indispensable que las normas jurídico-penales sean claras, que establezcan con precisión los elementos que las conforman y que determinen con claridad las consecuencias de su infracción; cuando el legislador omite atender esa voluntad popular y crea normas imprecisas, se afecta el principio de legalidad de **NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGGE**.

De esa forma podemos concluir al respecto que la garantía de taxatividad abstracta, no es otra cosa que la exacta elaboración de la ley, el establecimiento de las reglas claras de convivencia entre los individuos integrantes de la sociedad, la creación de disposiciones legales que sean entendibles por sus destinatarios, que no sean confusas ni contradictorias, porque de serlo, estarán destinadas a su incumplimiento e infracción.

Sobre el particular, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis jurisprudencial IX/95,³ bajo el rubro y texto:

"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

³ Semanario Judicial y su Gaceta, tomo I, mayo 1999, novena época, foja 82.

a los meros actos de aplicación, sino que abarca 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 proceso. 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".

De la misma forma lo sostuvo la Primera Sala del más alto Tribunal del país en la jurisprudencia 10/2006, visible en la página 84 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, marzo del 2006, novena época, con rubro y texto siguientes:

"EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR. El significado y alcance de dicha garantía constitucional 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 trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa".

Precisado entonces, que al legislador le corresponde la obliga-

ción de realizar normas jurídico-penales de manera clara y precisa, para que los gobernados puedan conocer los alcances de la prohibición y estén en la posibilidad de amoldar su actuar hacia lo que es lícito, resulta conveniente ahora analizar si el artículo 83 Quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos es claro en cuanto a su conformación idiomática y en su estructuración jurídica, de tal forma que permita a los gobernados conocer los verdaderos alcances de dicho delito y la correspondiente sanción por su infracción; entonces conviene preguntarnos: ¿el artículo 83 Quat, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, conforme a su actual redacción resulta violatorio de la garantía de taxatividad de la ley, establecida en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional?

Para responder la pregunta que se plantea, no debemos desconocer que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1/2003, formada por contradicción de tesis, analizó el tema relacionado con la punición de dicho delito, al sostener que **"la posesión de cartuchos para armas de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea es punible en términos de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos"**; ⁴ jurisprudencia cuyo contenido literal es el siguiente:

"CARTUCHOS PARA ARMAS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU POSESIÓN ES PUNIBLE EN TÉRMINOS DE LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS. De la interpretación sistemática de los artículos 9o., 10, 10 Bis, 11, 50, 77, fracciones I y IV, y 83 Quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, se desprende que el legislador excluyó a los particulares la posibilidad de poseer o portar armas reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, así como los cartuchos correspondientes para aquéllas, por lo que la posesión de éstos sí puede ser objeto de las penas que prevé el último numeral citado. Esto es así, porque

⁴ Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, tomo XVII, febrero de 2003, Novena Época, página. 96.

si bien en la ley no se señaló cantidad alguna para la posesión de los cartuchos correspondientes a las armas de uso exclusivo, ello fue, precisamente, porque las diversas conductas de posesión o portación de este tipo de armas se consideran constitutivas de delito cuando se llevan a cabo por quien no pertenece a los institutos armados, por lo que si no existe autorización a este respecto, tampoco puede haberla para poseer los cartuchos correspondientes. No es óbice a lo anterior, el que la fracción I del referido numeral 83 Quat se refiera a la expresión "cantidades mayores a las permitidas", pues ello no debe entenderse en forma gramatical, sino de manera sistemática, esto es, si se parte de la premisa de que el legislador expresamente prohíbe la posesión o portación de armas reservadas para el uso exclusivo de las instituciones castrenses a los particulares, es evidente que la posesión de los cartuchos, que resultan accesorios a dichas armas, también está prohibida y, por ende, la tenencia de cualquier cantidad de ellos resulta punible, además de que tal expresión se refiere a cartuchos pertenecientes a armas permitidas a los particulares en términos del artículo 50 de la ley referida. Estimar lo contrario llevaría a la conclusión errónea de que existe autorización para contar con cartuchos para armas que están expresamente prohibidas para los particulares".

La jurisprudencia precisada, dirimió la materia de contradicción derivada de las tesis sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito; en cuya ejecutoria se delimitó en el considerando séptimo, que la **materia de contradicción consistía en: "resolver si la posesión de cartuchos para armas de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, es o no punible, en términos de la ley respectiva..."**; esto porque mientras uno de los tribunales contendientes consideraba que la conducta de posesión de cartuchos para armas reservadas era atípica por no precisarse la cantidad de cartuchos que podría un particular poseer, el otro tribunal consideraba que cualquier cantidad de éstos era punible. Así, conforme al contenido de la jurisprudencia por contradicción de referencia, se advierte que

atendiendo a la materia de contradicción se concluyó que el delito de posesión de cartuchos para armas de fuego y explosivos, es punible en términos de los artículos 9o., 10, 10 Bis, 11, 50, 77, fracciones I y IV, y 83 Quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; sin embargo, el análisis de dicho precepto no tuvo los alcances (porque no fue materia de la contradicción de tesis) de determinar si la actual redacción del artículo 83 Quat, de la citada ley especial es o no violatorio del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Efectivamente, la jurisprudencia de referencia no estudió ni se pronunció sobre la constitucionalidad o no del precepto legal invocado, sino sólo se realizó una interpretación sistemática y "por mayoría de razón", de la legislación especial citada, para concluir que sí se encuentra penada la conducta de poseer cartuchos para armas reservadas para las fuerzas castrenses sin realizar mayor estudio respecto de la constitucionalidad o no, del precepto legal invocado; de tal forma que al no haberse tratado la materia de controversia que ahora nos cuestionamos, dicha jurisprudencia resulta inaplicable para determinar la constitucionalidad o no del precepto legal que prevé el delito de posesión de cartuchos para armas del uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea.

De esa forma, para determinar si el precepto legal es o no violatorio de la garantía de taxatividad abstracta de la norma, es conveniente transcribir dicho texto legal, cuyo contenido literal es:

"Artículo 83 Quat. Al que posea cartuchos en cantidades mayores a las permitidas, se le sancionará:

"I. ...

"II. Con prisión de dos a seis años y de veinticinco a cien días multa, si son para las armas que están comprendidas en los restantes incisos del artículo 11 de esta Ley".

Se dijo, que el principio de Taxatividad al que se somete el análisis del precepto 83 Quat citado, es el referente a la TAXATIVIDAD conocida como "ABSTRACTA", que "se hace consistir en la exacta elaboración de la ley, la cual por su origen está íntimamente ligada al

principio de reserva absoluta de la ley". El cual incumbe exclusivamente al legislador, de acuerdo con el artículo 73, fracción XXI, Constitucional, a quien le compete la facultad absoluta de elaborar los delitos y fijar sanciones. Por ello el legislador al momento de crear la norma jurídico-penal, debe precisar con claridad los elementos que conforman la figura típica en cuanto a sus elementos, a fin de que resulte taxativamente establecido aquello que es penalmente ilícito, y aquello que es penalmente lícito. Incluso sólo mediante la elaboración exacta de la norma jurídico-penal, es como se respeta el principio de seguridad jurídica que le asiste a todo gobernado para conocer aquello que es penalmente relevante, a fin de determinar hacia donde dirige su propio comportamiento.

Al hacer el análisis de la actual redacción del actual artículo 83 Quat, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, se advierte que éste no colma las exigencias constitucionales de claridad, precisión y exactitud, que toda norma jurídico-penal debe contener (taxatividad abstracta).

Lo anterior es así, porque en el contenido y redacción de dicho precepto, se establece como complemento circunstancial de la oración, la expresión "en cantidades mayores a las permitidas", referido el verbo núcleo del tipo "poseer", cartuchos para armas reservadas (objeto).

El análisis de la expresión "en cantidades mayores a las permitidas", debe ser tratado conforme a su significación idiomática o interpretación literal, porque la utilización de las expresiones en los textos legales, es lo que en principio le da significación a las mismas, y es sólo así como el destinatario de la norma estará en posibilidad de conocer la materia de prohibición, no debemos caer en el absurdo de exigirle a los integrantes de una Nación como la Mexicana, que realicen un análisis por "mayoría de razón" o "analógico" de los preceptos legales, porque al requerirlo así, se atentaría contra el principio de taxatividad abstracta, y lo que es más grave aún, el destinatario de la norma desconocería en realidad la prohibición de que es objeto.

No obstante la significación idiomática de la expresión "en cantidades mayores a las permitidas", también de su estudio sistemático con el ordenamiento especial en materia de armas de fuego y explosivos, se pone de manifiesto lo inconstitucional de su redacción.

En efecto, la expresión que se trata, genera confusión para los gobernados, porque no existe en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, ninguna disposición que determine cuál es el límite máximo de cartuchos para armas de fuego del uso exclusivo de las fuerzas armadas mexicanas que un gobernado puede poseer; sin que baste para colmar tan grave imprecisión, el que se infiera que si la posesión y portación de armas de fuego del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, se encuentra vedada para quienes no pertenezcan a las fuerzas armadas del país, entonces también lo está la posesión de cualquier cantidad de cartuchos para ese tipo de armas de uso reservado; porque de ser así, ninguna justificación fáctica y jurídica, tendría el que el Constituyente hubiera impuesto la obligación para el legislador de realizar normas punitivas claras y precisas, para que los gobernados sepan cuál es el límite de su actuar, frente a lo que es o no considerado como delito; de tal forma que si el legislador en la redacción del artículo 83 Quat, estableció la expresión "en cantidades mayores a las permitidas", abrigó la posibilidad de poseer alguna cantidad de cartuchos, sin que sea suficiente considerar que si la portación y posesión de armas de esa clase está prohibida, también lo está la posesión de cartuchos, porque conforme a la teoría del bien jurídico protegido, no es lo mismo poseer dos o mas cartuchos, que un arma de fuego del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, por más que esa clase de cartuchos lo sean para armas reservadas para dichas fuerzas castrenses.

Incluso, no es válido considerar que se pueda equiparar o aplicar el principio de mayoría de razón a la posesión de cartuchos para armas reservadas, respecto de la posesión o portación de las armas de fuego, porque si el artículo 83 Quat, estableció textual-

mente la expresión "en cantidades mayores a las permitidas", y no determinó con claridad la cantidad permitida de cartuchos, así como tampoco estableció expresamente la prohibición de poseer cualquier cantidad de cartuchos para armas reservadas para la milicia, no existe justificación jurídica para estimar que "la posesión de cualquier cantidad de cartuchos es punible; pues sostenerlo así tal y como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, genera la eventual condena a quien, por ejemplo posea uno o dos cartuchos de una pistola .9" milímetros como "llavero", y éste lo posea a la vista de todos; lo que desde luego socialmente sería reprochable condenar a alguien por ese comportamiento, puesto que ningún riesgo a la seguridad y paz pública genera esa conducta; sin embargo, éstos son los riesgos que se corren por no precisar en cuanto a sus componentes, el delito de posesión de cartuchos que se trata establecido en el artículo 83 Quat, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, puesto que su deficiente redacción ha ocasionado una interpretación excesiva, que desde luego no concuerda con la naturaleza del objeto de tutela en el delito de posesión de cartuchos "para armas reservadas".

De esa forma, al no determinarse en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos la cantidad de cartuchos que se pueden poseer por los particulares ni prohibir expresamente la posesión de cartuchos para armas reservadas para las fuerzas castrenses; entonces, se trata de una norma imprecisa e incongruente con el cúmulo de los preceptos que conforman la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, lo cual genera inseguridad jurídica para los gobernados, pues sería difícil exigirle a los gobernados que supieran que cualquier cantidad de cartuchos para esa clase de armas está prohibido poseer en nuestro país, esto, porque como se dijo la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, no lo explica claramente, sino que fue el esfuerzo razonado de los Órganos del Poder Judicial de la Federación quienes determinaron que tal comportamiento sí estaba sancionado por la Ley especial de referen-

cia; de tal forma que tal intervención del máximo Tribunal de la Nación, sólo pone de manifiesto que la Ley en su artículo 83 Quat, no es clara ni precisa en cuanto a la regulación de la conducta prohibida y por ende resulta violatorio del artículo 14 Constitucional.

Así, el legislador inobservó la garantía de taxatividad abstracta, contenida en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, y por ende el artículo 83 Quat, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, es violatorio de dicho precepto. Pues como se ha dicho, en el precepto legal cuya inconstitucionalidad se analiza, ni en algún otro de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, se hace especial referencia a cuál es la cantidad de cartuchos para armas de fuego del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea que esta permitido poseer, ni tampoco se establece en dicho cuerpo normativo, de forma clara y sin lugar a confusiones, que esté prohibido poseer cualquier cantidad de esa clase de cartuchos; entonces conforme al principio de legalidad de **NULO CRIMEN, NULLA POENA, SINE LEGE**, traducido en que "lo que no esta expresamente prohibido en la ley, está permitido para el gobernado"; es como se concluye que conforme a la actual redacción del artículo 83 Quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, está permitido poseer cartuchos para armas de fuego "reservadas", y si bien no existe la determinación de tal permisión, ello no es atribuible al gobernado, sino al legislador, quien por falta de técnica legislativa, descuido o voluntad, no precisó la conducta prohibida.

De esa forma, tampoco es válido sostener que conforme a la propia Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos es posible la imposición de pena por el delito de posesión de cartuchos para armas de fuego del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea mexicanas, conforme lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia por contradicción 1/2003, lo anterior porque atento al principio de **PROHIBICIÓN ANALÓGICA EN MATERIA PENAL**, contenido en el párrafo

tercero del artículo 14 Constitucional, se prohíbe aplicar pena alguna que no esté decretada por **una ley exactamente aplicable al caso que se trata**, y si como en el caso, la norma jurídico-penal no establece con exactitud la conducta sujeta de represión penal, entonces no es dable, jurídicamente, aplicar alguna pena, por analogía, similitud o mayoría de razón.

Así, debe concluirse que al no ser claro ni preciso en cuanto a sus componentes típicos, así como por generar inseguridad jurídica para los destinatarios de la norma jurídico-penal; el delito de posesión de cartuchos para armas del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea mexicanas, previsto en el artículo 83, Quat, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, es violatorio de la garantía de taxatividad abstracta contenida en el párrafo tercero del artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que impone al legislador la obligación de realizar leyes claras y precisas, para que los destinatarios de ellas conozcan el verdadero contenido y alcances de la prohibición, a fin de que puedan ajustar su actuar hacia lo lícito.

El vacío legal en la justicia federal para adolescentes

*Jesús Óscar Blanco Medina**

El 12 de Diciembre de 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 18 Constitucional, en los siguientes términos: "... **Artículo Único.-** Se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue: **Artículo 18...**

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 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.

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

* Defensor Público Federal.

que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

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.**

TRANSITORIOS

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...".

Bajo ese marco de referencia, debe estimarse que la citada reforma publicada el día 12 de diciembre de 2005 en el Diario Oficial de la Federación, de conformidad al primer punto transitorio, entró en vigor en el ámbito federal a los tres meses siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, es decir, entró en vigor a partir del 12 de marzo de 2006, y por ende a partir de esa fecha, esa reforma es aplicable, es decir, constituye ley vigente, positiva y obligatoria para todo el país, en tanto que el artículo primero transitorio es claro al determinar la entrada en vigencia de la reforma realizada al artículo 18 Constitucional: "...**PRIMERO.** El presente Decreto entrará en vigor a los **tres meses siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federación...**". Lo anterior, implica que a partir de esta fecha todas las disposiciones legales se-

cundarias que no estén acordes, o contravengan el contenido del artículo 18 Constitucional, dejan de tener aplicación, en atención al principio de supremacía constitucional, previsto en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, que en lo conducente dice: "... Los jueces de cada Estado **se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en la Constituciones o leyes de los Estados...**", por lo tanto a partir de esa fecha cobró imperio y es obligatoria la reforma del artículo 18 Constitucional, con la salvedad de que a los Estados de la Federación y el Distrito Federal se les concedieron seis meses a partir de la entrada en vigor del citado Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos especializados que se requieren para la aplicación del mismo, es decir, que tenían hasta el día 12 de septiembre de 2006 para tal efecto, tiempo que a la fecha ya se cumplió en exceso. Pero si nos enfocamos al ámbito federal, que es el que nos interesa, por ejercer nuestra función en el mismo, reiteramos que de conformidad a lo dispuesto por el artículo primero transitorio del artículo 18 Constitucional, el contenido de esa reforma legal tiene vigencia a partir del 12 de marzo de 2006, después de haber transcurrido el lapso de tres meses desde su publicación en el Diario Oficial de la Federación. Por lo tanto, queda claro que a la Federación la reforma constitucional sólo le concedió un lapso breve de tres meses para la creación de la ley y los órganos especializados para menores, porque a partir del 12 de marzo de 2006, se proyectó la entrada en vigencia de la citada norma constitucional, sin que se advierta del análisis de los citados artículos transitorios que a la Federación se le haya concedido algún otro plazo especial para la creación de la ley y órganos federales especiales para adolescentes, puesto que el artículo primero transitorio es muy claro sobre el particular, y por ese motivo, se sostiene que si la Federación a la fecha no ha emitido la citada Ley Federal Especial, ni creado los órganos federales especiales para menores, por problemas de carácter político y legislativo, ello obviamente son actos imputables a la Federación, y no a los adolescentes. **Por ello, se concluye que actualmente y en virtud de**

la reciente reforma al artículo 18 Constitucional, a los adolescentes se les debe juzgar con una ley y órganos especiales, y si no existen, se presenta un vacío legal sobre este tópico, por ello no es posible jurídicamente someter a un procedimiento y sancionar a éstos, porque si no hay ley, menos delito ni pena que imponer.

Ahora bien, no pasa desapercibido que el artículo 500 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que en los lugares donde existan tribunales locales para menores, éstos serán competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de 18 años, sin embargo, debe dejarse muy claro que el citado artículo también dice que **aplicando las disposiciones de las leyes federales respectivas**. De igual forma, tampoco pasa desapercibido que existe la tesis jurisprudencial VIII.5º6P, de la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, de abril de 2007, página 1671, cuyo título dice: " **COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CONDUCTAS TIPIFICADAS COMO DELITOS FEDERALES COMETIDOS POR PERSONAS QUE TENGAN ENTRE 12 AÑOS CUMPLIDOS Y MENOS DE 18. CORRESPONDE A LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA ESPECIALIZADOS EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE COAHUILA**, tesis emitida por el Quinto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Competencia 24/2006 suscitada entre el Juzgado de Primera Instancia Especializado en la Impartición de Justicia para Adolescentes, residente en Piedras Negras, Coahuila, y Consejo de Menores dependiente de la Secretaría de Gobernación, Residente en el Distrito Federal. 1 de Febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Antonio Pescador Cano. Secretario Alfonso Fuentesvilla Cabello.

Tampoco pasa desapercibido que existe la diversa tesis jurisprudencial NÚMERO XXIV.18.P, visible en el Semanario Judicial del mes de Junio de 2007, página 1040, de la Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, cuyo título es el siguiente: **COMPETENCIA. EN EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA**

PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE TEPIC RADICALA. RESPECTO A LOS PROCEDIMIENTOS RELACIONADOS CON CONDUCTAS INFRACTORAS DE MENORES DE DIECIOCHO AÑOS, TIPIFICADAS COMO DELITOS POR LAS LEYES FEDERALES, EN TANTO LA FEDERACIÓN, A TRAVÉS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, NO EXPIDA LA LEY FEDERAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES...".

No obstante lo anterior, es importante dejar en claro que el artículo 500 del Código Federal de Procedimientos Penales, si bien es cierto que dispone que en los lugares donde existan Tribunales Locales para Menores (sobre este punto, se estima importante considerar que en el tiempo en que se emitió ese artículo no existían tribunales judiciales para adolescentes, por ello podemos pensar fundadamente que no se refería a tribunales, sino a Consejos Tutelares para Menores, a órganos administrativos, por ese motivo se estima que este artículo no es aplicable en este caso), éstos serán competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales federales, también lo es, que es este artículo es muy claro al precisar que los Tribunales locales para menores lo harán **aplicando las disposiciones de las leyes federales, es decir, el derecho aplicable debe de ser de carácter federal** (por lo tanto no sólo es una cuestión de competencia, sino también de fondo en cuanto a la ley aplicable), por lo tanto es obvio que no se puede aplicar la ley local, tomando en este caso como mera referencia por pertenecer el suscrito a esta entidad federativa, a la **LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE SINALOA**, porque se trata de una ley local, solamente aplicable por delitos del fuero común; incluso, debe estimarse que esta ley es clara al establecer su competencia, al precisar en su artículo 2 literalmente: "...Artículo 2. Son sujetos de esta Ley: Las personas de entre 12 años cumplidos y 18 años no cumplidos de edad, denominados adolescentes, a quienes se atribuya o compruebe la realización de una conducta tipificada como **delito en las leyes estatales...**". Y por otra parte, si analizamos

a nivel federal, se advertirá que aún no se expide la Ley Federal de Justicia Para Adolescentes, por lo tanto es evidente que aún no existe ley federal especializada para juzgar a los adolescentes como lo ordena el artículo 18 Constitucional, vigente a partir del 12 de marzo de 2006, y si bien es cierto que existe la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común, y para toda la Republica en Materia Federal, sin embargo debe estimarse que esa legislación no es aplicable por las siguientes razones:

1.- En principio, debe precisarse que la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, a partir del 12 de marzo de 2006, fue rebasada, anulada, incluso superada jurídicamente por la entrada en vigencia del artículo 18 Constitucional en esa fecha, precisamente en atención a la supremacía constitucional establecida por el artículo 133 de nuestra Carta Magna, y por lo tanto la aplicación de esta normatividad desde esta óptica resulta inconstitucional, puesto que atendiendo a la jerarquía de las normas debe prevalecer sin duda lo dispuesto por el artículo 18 Constitucional. Por lo tanto, una vez que entró en vigor el artículo 18 Constitucional quedó tácitamente sin efecto la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la Republica en Materia Federal, al haber fenecido el término concedido por la citada reforma para crear la ley y órganos especiales. Ilustra sobre el particular la opinión del senador Guillermo Enrique Marcos Tamborrel Suárez, al presentar la iniciativa con proyecto de decreto en materia de justicia para adolescentes, exponiendo en la consideración quinta lo siguiente: "... QUINTO.- Por lo anterior, es preciso dar pie al sistema de justicia para adolescentes que ha sido establecido por el artículo 18 Constitucional, pues el cumplimiento e implementación de tales medidas **son impostergables en razón de haber transcurrido el plazo previsto para ello de acuerdo al primer transitorio del decreto contemplado en la consideración segunda del presente docu-**

mento...". Desde esa óptica, es incuestionable que la autoridad federal sólo contaba con tres meses para emitir la ley y órganos especializados para menores, es decir, del intervalo de tiempo comprendido del 12 de diciembre de 2005 al 12 de marzo de 2006, porque de no hacerlo, como aconteció, se iba a producir el vacío legal que actualmente existe en materia federal.

2.-Por otra parte, sin conceder, aun cuando tuviéramos por cierto que la norma aplicable al caso sería la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal, debe estimarse que existe imposibilidad material para aplicar esa norma legal, porque en principio debe considerarse que actualmente no existe la figura del Consejo Tutelar para Menores en el Estado de Sinaloa (lo que acontece también en otros estados) porque a partir del 12 de septiembre de 2007, fecha en que entró en vigencia la LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE SINALOA, abrogó la ley anterior, al establecer en sus puntos transitorios: "...ARTÍCULO SEGUNDO.- A partir de la iniciación de la vigencia de este Decreto, se abroga la ley Orgánica del Consejo Tutelar para Menores del Estado de Sinaloa y su Reglamento, así como las normas que se opongan al mismo...". Y por otra parte, debe estimarse que en nuestra entidad lo que actualmente existe es la figura jurídica del Juez de Justicia para Adolescentes con sede en esta ciudad, sin embargo, debe estimarse que esta autoridad no está legitimada para juzgar adolescentes basándose en la citada Ley Federal, porque en principio debe estimarse que la figura del Juez para Menores no existe en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal, por ello esa ley no autoriza, ni faculta, menos justifica y norma la actuación del Juez para adolescentes, porque en concreto para esa ley no existe la mencionada autoridad. De igual manera hemos de precisar que los procedimientos, principios, y órganos son muy distintos los que establece la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito

Federal, en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal, por ello se sostiene que no tiene porque aplicársele a los adolescentes la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal, cuando hayan infringido la Ley Penal Federal, porque ese ordenamiento legal se basa en un sistema tutelar, que contraría el espíritu del Artículo 18 constitucional, por ello debe de prevalecer en este caso el principio de supremacía constitucional, sobre este punto nos da la razón la tesis jurisprudencial VIII.5º6P, de la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, de abril de 2007, página 1671, cuyo titulo dice: **"COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CONDUCTAS TIPIFICADAS COMO DELITOS FEDERALES COMETIDOS POR PERSONAS QUE TENGAN ENTRE 12 AÑOS CUMPLIDOS Y MENOS DE 18. CORRESPONDE A LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA ESPECIALIZADOS EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE COAHUILA**, tesis emitida por el Quinto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Competencia 24/2006 suscitada entre el Juzgado de Primera Instancia Especializado en la Impartición de Justicia para Adolescentes, residente en Piedras Negras, Coahuila, y Consejo de Menores dependiente de la Secretaría de Gobernación, Residente en el Distrito Federal. 1 de Febrero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Antonio Pescador Cano. Secretario Alfonso Fuentesvilla Cabello. **Tesis que en lo conducente en su texto dice literalmente:** "... Lo anterior es así, toda vez que a partir de la entrada en vigor de la reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (12 de marzo de 2006), publicada en el Diario oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005, **el Consejo de menores, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, creado en términos del ordinal 4 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia**

Federal, dejó de tener competencia para conocer de ellas..."

Bajo ese marco de referencia, es incuestionable que no existe ley aplicable a los adolescentes que infrinjan Leyes Penales Federales, y con base en el principio de estricto derecho y de legalidad contenidos en los artículos 14 y 16 Constitucional, procede que se decrete la libertad de éstos porque al no existir ley aplicable no existe delito ni pena, debiendo estimarse que este principio constitucional beneficia a los adolescentes que realicen una conducta tipificada como delito por las leyes penales federales porque el artículo 18 Constitucional ordena la creación de un sistema de justicia para adolescentes integral, con órganos especializados, en el que **se garanticen los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo**, lo que se relaciona con el artículo 1 Constitucional, que establece que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, por lo tanto, en atención al principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, y de estricto derecho contenido en el artículo 14 Constitucional, debe prevalecer en favor de éstos la citada garantía constitucional. Ilustra sobre el particular la opinión del doctrinario Gustavo Malo Camacho, en su obra titulada *Derecho Penal Mexicano*, editorial Porrúa, cuarta edición, página 586, en lo conducente dice: "...Que se reconoce en el principio: "nullum crimen, nulla poena sine lege", principio que trasciende al campo de la pena, en el similar sentido de que no hay pena sin ley que la prevenga. El alcance del principio de legalidad aparece establecido en el artículo 14 Constitucional, especialmente en el párrafo tercero, que expresamente refiere: "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

3- No pasa desapercibido que en el Distrito Federal aún existe la figura del Consejo Tutelar, sin embargo, debe estimarse que ese órgano no es competente para conocer de los presentes hechos, en principio por razón del territorio, ya que los hechos posibles a reali-

zarse se actualizarían en esta entidad u otra diversa, y por otra parte, debe estimarse que esa institución es obsoleta, está desfasada y no corresponde a la nueva realidad jurídica que vive nuestro país, por ello que no tiene razón de ser y sustento jurídico a la luz del artículo 18 Constitucional.

Por lo tanto, procede que se decrete la libertad de los adolescentes que realicen una conducta tipificada como delito por las leyes penales federales, por no existir ley aplicable y por ende tampoco existe delito, ni pena a imponer, en observancia a lo que dispone el artículo 14 Constitucional.

LA CALIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD DEL DELITO

Además, de los argumentos ya emitidos existe otra razón para se decrete la libertad de los adolescentes que realicen una conducta tipificada como delito por las leyes penales federales, porque debe de considerarse que el artículo 18 Constitucional, establece que el internamiento se utilizará sólo **como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda**, y que podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de 14 años de edad, **por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves**, y debe estimarse que la gravedad de un delito, tratándose de adolescentes, debe estar determinada necesariamente por la ley especial aplicable; sin embargo, debe estimarse que aún no se ha emitido la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, por lo tanto aún no está determinado o establecido qué delitos cometidos por adolescentes deben considerarse como graves, consiguientemente todos los delitos federales deben estimarse como no graves, considerando el principio que instruye que siempre debe estarse a lo que más le beneficie al reo, máxime si se estima, en este caso la ley que se toma como referencia, que los delitos del orden federal no están contemplados en el artículo 128 del la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Sinaloa (lo que acontece en otras legislaciones locales), que precisa cuáles delitos deben considerarse como graves para el Fuero Común. Incluso, debe considerarse que si estimamos la ley aplicable para ma-

yores, aun así habríamos de estimar que en muchos casos el delito atribuible a los menores no es grave. Y por consiguiente no merece prisión preventiva de conformidad a lo dispuesto por el artículo 18 Constitucional reformado, que claramente instruye que tratándose de menores el internamiento sólo se utilizará como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de 14 años de edad, por la comisión de conductas antisociales **calificadas como graves**, lo que se relaciona con el primer párrafo del citado artículo constitucional que establece que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva; por ello, debe concluirse que en el supuesto de que el activo es un adolescente a quien se le atribuye una conducta no grave, no ha lugar a la pena corporal, por ello no procede la retención del mismo para someterlo a prisión preventiva. Consiguientemente, en atención al principio de igualdad jurídica que consagra el artículo 1º Constitucional, al determinar que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, disposición que se relaciona con el artículo 18 Constitucional, que en lo conducente dice: "...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...". Cabe precisar que la reforma al artículo 18 Constitucional da cumplimiento al Tratado Internacional Sobre los Derechos del Niño, suscrito por nuestro país el 26 de enero de 1990, y aprobado por el Senado de la República el 19 de junio de 1990, mismo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio de 1990, con vigencia a partir del 21 de octubre de 1990, y a la fecha continua vigente como parte de nuestra Carta Magna, en atención al principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la Constitución Política Nacional, que en lo conducente dice: "Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y **tratados**, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en la Constituciones o leyes de los Esta-

dos...". También se relaciona el Tratado que Observa las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia para Menores (reglas de Beijing), que en el artículo 37 dispone : "... Que los Estados Partes Velarán, porque : ...b)...Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. **La detención, el encarcelamiento o prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará solo como medida de último recurso y durante el periodo mas breve que proceda...**". Lo anterior se relaciona con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, y Niños y Adolescentes, de observancia federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, que en su artículo 45 literalmente dice: "... A fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo anterior, las normas establecerán las bases para asegurar a niñas, niños y adolescentes, lo siguiente: ...B.- **Que no sean privados de su libertad de manera ilegal o arbitraria. La detención o privación de la libertad del adolescente se llevará a cabo de conformidad con la ley y respetando las garantías de audiencia, defensa y procesales que reconoce la Constitución.** B).- Que la privación de la libertad sea aplicada **siempre y cuando se haya comprobado que se infringió gravemente la ley Penal y como último recurso**, durante el periodo más breve posible , atendiendo al principio del interés superior de la infancia... G).- En las leyes penales se diferenciarán las medidas de tratamiento e internamiento para aquellos casos que se infrinja le ley penal, cuando se trate de **delitos graves** o de delincuencia organizada para los mismos adolescentes, ante lo cual se podrán prolongar o aumentar las medidas de tratamiento y en último caso, optar por la internación...". A manera ilustrativa cabe mencionar lo dispuesto por el artículo 10 fracción II de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Sinaloa, que literalmente señala que los adolescentes tienen derecho a la libertad y que cualquier medida que implique una restricción a este derecho, **deberá aplicarse en forma excepcional como último recurso** y durante el tiempo más breve que proceda, de conformidad con lo previsto por esta ley, cualquier restricción indebida en el

derecho de un adolescente a salir por su propia voluntad de un establecimiento público o privado será considerada como una forma de privación de la libertad. Lo anterior se relaciona con el artículo 28 de la mencionada ley que determina que **la detención provisional o internamiento de adolescentes deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales** debiéndose aplicar medidas cautelares y definitivas menos gravosas, siempre que sea posible, también tiene aplicación lo dispuesto por el artículo 76 fracción III del citado ordenamiento legal, donde se establece que la medida de internamiento se impondrá de manera excepcional. **Por lo tanto, al no ser grave el delito atribuido a los adolescentes que infrinjan leyes penales federales procede que se decrete su libertad dado que la conducta atribuida no da lugar a prisión preventiva.**

LA INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE PROCURACIÓN FEDERAL PARA CONOCER DE ESTOS HECHOS

Por otra parte, estimo que los Agentes del Ministerio Público Federación que actualmente desempeñan sus funciones no son competentes para conocer de hechos relacionados con adolescentes, porque el artículo 18 Constitucional básicamente crea un sistema de Justicia integral para adolescentes, que estará a cargo de instituciones, tribunales y **autoridades especializados** en la **procuración** e impartición de justicia para adolescentes. También resulta aplicable lo que dispone la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas y Niños y Adolescentes, que en su artículo 45 en lo conducente dice: "...A fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo anterior, las normas establecerán las bases para asegurar a niñas, niños y adolescentes, lo siguiente: ... E).- Que de conformidad con el inciso que antecede, se promoverán códigos o leyes en los que se establecerán procedimientos y crearán instituciones y **autoridades especializadas** para el tratamiento de quienes se alegue han infringido las leyes penales. Entre esas acciones **se establecerán Ministerios Públicos y Jueces Especializados...**". Por lo tanto, es in-

cuestionable que los actuales Agentes del Ministerio Público de la Federación no son competentes para conocer de los presentes hechos por no ser órganos de procuración especializados, máxime si se estima que aún no se ha expedido y publicado la Ley Federal de Justicia para Adolescentes, y por lo tanto, con apego a la misma aún no se ha creado o no existe la figura del Ministerio Público Federal Especializado para Menores, que nazca propiamente de esa ley, que le dé sustento y vida jurídica a esa figura, dicho de otra forma, actualmente no existe esa figura jurídica, emanada de la ley, quien debe crear un Ministerio Público Federal Especializado para menores, y por lo tanto debe concluirse que los actuales Agentes del Ministerio Público Federales no son competentes en razón de la materia para conocer de los hechos relacionados con menores de edad, debiendo estimarse que las facultades con que cuenta la Representación Social Federal, únicamente se circunscriben a mayores de edad. Sin que sea válido afirmar que existe un Ministerio Público especializado para adolescentes en el Fuero Común, porque debe estimarse que éste, de acuerdo a la normatividad que lo rige, sólo está facultado para integrar averiguaciones relacionadas con delitos del Fuero Común, y lo mismo sucede con el Juez para Menores del mismo fuero, que sólo está facultado por la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Sinaloa, para conocer de hechos relacionados con delitos del fuero común cometidos por menores. Por ello, debe quedar muy clara la división que hace nuestra Carta Magna de los fueros federal y común en la procuración e impartición de justicia, que establece la Constitución precisamente en los artículos 40 y 41, y además, en atención al principio de legalidad y estricto derecho contenidos en los artículos 14 y 16 Constitucional, no tiene porque someterse a los menores a la jurisdicción de esas autoridades, debiendo prevalecer también el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 Constitucional, y por ende, al no existir autoridad competente para juzgar a los menores que infringen leyes penales federales, debe decretarse su libertad. Sobre el particular nos ilustra el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial de la Federación, que dice qué delitos son del orden federal. En efecto, Gustavo Malo Camacho, en su obra *Derecho Penal Mexicano*, editorial Porrúa, cuarta edición, al abordar lo relativo al tema de la Aplicación de la Ley Penal en orden a la Materia, nos dice que debido a que el Estado Mexicano se encuentra políticamente conformado como Estado Federal, integrado por 31 estados libres y soberanos en cuanto a su régimen interior, además de un Distrito Federal, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Constitución del país, se origina una doble jurisdicción, la federal y la del fuero común. La primera, es decir, la jurisdicción federal, se encuentra regulada en el artículo 73 de dicha Ley Suprema, por lo que en la medida en que las áreas objeto de regulación no aparezcan recogidas en el artículo constitucional señalado, deberá entenderse que corresponden a la competencia estatal y del Distrito Federal, de acuerdo a lo establecido en dicho pacto y con fundamento en dichos preceptos constitucionales, además del artículo 124. Por ello existen ordenamientos penales adjetivos y sustantivos de jurisdicción federal y otros tantos para la aplicación de los Estados de la República y lo que en el lenguaje forense viene a identificarse, como la legislación del orden federal y la legislación del orden común. Ahora bien la jurisdicción de uno y otro, se advierte además, acorde a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, donde expresamente se hace alusión a los delitos del orden federal, sin soslayar a su vez el contenido del artículo 6° del Código Penal Federal, que se refiere a "Leyes Penales Especiales", que contienen un tipo delictivo y la sanción penal correspondiente, sea de manera directa o por vía de remisión al Código Penal, cuando reza: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una Ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del libro segundo".

Ilustra sobre el particular la siguiente tesis jurisprudencial:

AUTORIDADES INCOMPETENTES. SUS ACTOS NO

PRODUCEN EFECTO ALGUNO. T. A. CXCVI/2001. Inconformidad 292/2001. Víctor Hugo Bravo Pérez. 5 de octubre de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Oliva Escudero Contreras.

Por las razones expuestas, se concluye que a nivel federal, en tratándose de adolescentes, debe decretarse su libertad, por no existir ley ni instituciones especializadas, sumado a que todos los delitos atribuidos deben de considerarse como no graves, precisamente por no existir una ley especial que califique esta circunstancia.

La ausencia de facultad legal de los jueces para trabar embargos en los bienes de los demandados en los procesos mercantiles

*William Leonel Cachón Rosales**

Este trabajo, tiene como objetivo el que la comunidad jurídica, en el caso que comparta el criterio del suscrito, proceda a través de los medios ordinarios y extraordinarios de impugnación previstos en las Leyes, a establecer una certeza jurídica del tema abordado y que ésta sea en concomitancia con lo establecido en la Ley Mercantil.

Pues bien, una vez precisado lo anterior, cabe señalar, que en los procesos mercantiles, es práctica común en los Tribunales, tanto Federales como de los Estados, que los jueces sustituyan en la facultad encomendada por la ley a los actuarios o ejecutores, para trabar embargos en bienes de los demandados.

En efecto, esto ocurre, en los casos en que al llevarse a cabo la diligencia de notificación, requerimiento de pago al deudor, emplazamiento y embargo, el acreedor o su representante, al no encontrar bienes propiedad del deudor, al llevarse a cabo la diligencia de marras, se reservan el derecho para hacerlo durante el proceso e incluso después de ejecutoriada la sentencia.

Pues bien, con posterioridad resulta común que el acreedor o su representante, le soliciten al juez del conocimiento que decrete el embargo sobre alguno o alguno de los bienes del demandado; sien-

* Asesor Jurídico Federal.

do el caso, que los juzgadores en forma ilegal en el proveído que al efecto de emite, tienen por trabado formal embargo sobre los bienes señalados, sin ordenar que se practique la diligencia respectiva por el ejecutor del Tribunal, lo que evidentemente contraviene los dispositivos legales previstos en el Código de Comercio.

Sin lugar a dudas, el proceder de los juzgadores no es acorde a los cánones legales, toda vez que la ley refiere en forma clara y precisa la forma y términos como se llevaban a cabo los embargos; en efecto, precisamente para la práctica de los embargos, el Código de Comercio, en sus preceptos del 1392 al 1395, dice:

"Artículo 1392. Presentada por el actor su demanda acompañada del título ejecutivo, se proveerá auto, con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda, los gastos y costas, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste."

"Artículo 1393. No encontrándose al deudor a la primera busca en el inmueble señalado por el actor, pero cerciorado de ser el domicilio de aquél, se le dejará citatorio fijándole hora hábil, dentro de un lapso comprendido entre las seis y las setenta y dos horas posteriores, y si no aguarda, se practicará la diligencia de embargo con los parientes, empleados o domésticos del interesado, o cualquier otra persona que viva en el domicilio señalado, siguiéndose las reglas de la ley procesal local, respecto de los embargos."

"Artículo 1394. La diligencia de embargo se iniciará con el requerimiento de pago al deudor, su representante o la persona con la que se entienda, de las indicadas en el artículo anterior; de no hacerse el pago, se requerirá al demandado, su representante o la persona con quien se entiende la diligencia, para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, apercibiéndolo que de no hacerlo, el derecho para señalar bienes pasará al actor. A continuación se emplazará al demandado."

En todos los casos se le entregará a dicho demandado cédula en la que se contengan la orden de embargo decretada en su contra,

dejándole copia de la diligencia practicada, corriéndole traslado con la copia de demanda, de los documentos base de la acción y demás que se ordenan por el artículo 1061.

La diligencia de embargo no se suspenderá por ningún motivo, sino que se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al deudor sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio.

El juez, en ningún caso, suspenderá su jurisdicción para dejar de resolver todo lo concerniente al embargo, su inscripción en el Registro Público que corresponda, desembargo, rendición de cuentas por el depositario respecto de los gastos de administración y de las demás medidas urgentes, provisionales o no, relativas a los actos anteriores."

"Artículo 1395. En el embargo de bienes se seguirá este orden: I. Las mercancías; II. Los créditos de fácil y pronto cobro, a satisfacción del acreedor; III. Los demás muebles del deudor; IV. Los inmuebles; V. Las demás acciones y derechos que tenga el demandado.-Cualquiera dificultad suscitada en el orden que deba seguirse, no impedirá el embargo. El ejecutor la allanará, prefiriendo lo que prudentemente crea más realizable, a reserva de lo que determine el Juez."

De la lectura del articulado transcrito con antelación, se deducen las formalidades que la ley mercantil establece para el desahogo de las diligencias de embargo, las cuales exigen que sean conducidas por el actuario, en cumplimiento de un auto dictado por el Juez mandando requerir de pago al deudor, su representante o la persona con la que se entienda la diligencia y, de no hacerlo, también se le requiera para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, bajo el apercibimiento de que, de no hacerlo, el derecho para señalar bienes pasará al actor, situación que lleva implícita la plena identificación del bien a embargar mediante su individualización concreta, de tal manera que no se embarguen bienes distintos a los señalados para la traba; culminando la diligencia con la designación por parte del ejecutante del depositario, administrador o interventor de los bienes embargados y levantándose al final el acta de la diligencia de embargo, es decir, que en los térmi-

nos referidos con antelación, sin lugar a dudas, a quien la ley faculta para decretar el embargo es al actuario, con las formalidades referidas en los articulados señalados con antelación, y no al juez.

Pues bien, lo referido con antelación son las formalidades que la ley mercantil establece para el desahogo de las diligencias de embargo, las que se encaminan a dar al particular una garantía de seguridad jurídica, consistente en que las consecuencias y efectos legales derivados de esa diligencia se den una vez que se haya cumplido con las mismas, que permitan establecer la certeza de una diligencia de embargo.

Como se puede apreciar, en concomitancia con el principio de seguridad jurídica se exige que los requisitos que debe contener toda actuación judicial deben estar expresados en la ley para evitar que esta cuestión quede abierta a la interpretación subjetiva del ejecutor. Con ello se da seguridad y certeza jurídica a las partes que intervienen en los juicios, de manera tal que estén en aptitud de prevenir su posible aplicación, ya sea en favor o en contra de sus pretensiones jurídicas y, a su vez, se respeta la garantía constitucional relativa a que en los juicios deben observarse las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Las formalidades de las diligencias de embargo no pueden sustraerse de la aplicación de tan elementales principios de derecho, pues estimar lo contrario significaría, amén de interpretar la ley en donde por su claridad no es permitido hacerlo, autorizar en un sistema de derecho, como el nuestro, en el que rigen a título de garantías individuales la seguridad jurídica y la legalidad, entre otras, el que pudiera afectarse la esfera jurídica de las personas por la exigencia de requisitos no exigidos expresamente por la ley.

En este orden de ideas, trabar embargo significa dar cumplimiento al auto de exequendo que ordena embargar bienes a fin de garantizar el adeudo que motivó el ejercicio de la acción respectiva; esto es así, porque el embargo es una ejecución forzosa ordenada por el Estado, a través del órgano jurisdiccional respectivo, para

hacer cumplir al demandado coactivamente una obligación contraída y de cuya prueba lo es un título ejecutivo, el cual se identifica con la afectación sobre un bien o un conjunto de bienes, en cuanto los somete a las resultas de un proceso pendiente, por tratarse en el caso de una medida cautelar decretada judicialmente para asegurar de antemano el resultado de ese juicio, y que consiste en la indisponibilidad relativa de determinados bienes.

Siendo incluso, el caso de que esa afectación se puede llevar, en primer término, respecto de bienes muebles, mediante el secuestro o depósito del bien sobre el que recae, en los que por regla general el nombramiento de depositario se otorga al propio demandado, quien conservará el bien con ese carácter; y, en segundo lugar, en el caso de bienes inmuebles, el gravamen se actualiza mediante el simple señalamiento en diligencia judicial y la anotación de dicho embargo en el Registro Público de la Propiedad.

Por consiguiente, en el caso a estudio, sin lugar a dudas, los juzgadores, tanto federales como locales, transgreden la norma legal, ya que la orden que emiten de tener por trabado el embargo sobre bienes propiedad del demandado, no se siguen las formalidades previstas por la ley, toda vez, que el embargo referido, no lo traba el funcionario a quien la ley faculta para tal efecto, sino lo hace el juzgador en contravención al orden legal referido líneas arriba; siendo incluso, que no puede decirse en modo alguno en defensa de tal ilegalidad que si bien la terminología utilizada por el diligenciero, que ‘traba formal embargo’ sobre los bienes designados, no es una formalidad legal, ya que debe tenerse en cuenta que en todo caso la facultad de trabar el embargo sobre los bienes del demandado, es única y exclusiva del actuario, ya que no debe olvidarse que el procedimiento mercantil se rige por el Código de Comercio que constituye una ley de orden público, y contra su observancia no puede alegarse costumbre o práctica en contrario, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 del Código Civil, Federal.

En efecto, como se ha hecho alusión en párrafos precedentes,

los juzgadores, tanto federales como locales, en forma equivocada dejan de considerar que en la diligencia de embargo, la Ley Mercantil, en sus articulados del 1392 a 1395 establecen las formalidades que el desahogo de las diligencias de embargo, las cuales exigen que sean conducidas por el actuario, en cumplimiento de un auto dictado por el Juez mandando requerir de pago al deudor, su representante o la persona con la que se entienda la diligencia y, de no hacerlo, también se le requiera para que señale bienes suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, bajo el apercibimiento de que, de no hacerlo, el derecho para señalar bienes pasará al actor, situación que lleva implícita la plena identificación del bien a embargar mediante su individualización concreta, de tal manera que no se embarguen bienes distintos a los señalados para la traba; culminando la diligencia con la designación por parte del ejecutante del depositario, administrador o interventor de los bienes embargados y levantándose al final el acta de la diligencia de embargo.

Éstas son las formalidades que la ley mercantil establece para el desahogo de las diligencias de embargo, las que se encaminan a dar al particular una garantía de seguridad jurídica, consistente en que las consecuencias y efectos legales derivados de esa diligencia se den una vez que se hayan cumplido con las mismas, que permitan establecer la certeza de una diligencia de embargo.

Ahora bien, como se ha insistido en este estudio, el principio de seguridad jurídica exige que los requisitos que debe contener toda actuación judicial deben estar expresados en la ley para evitar que esta cuestión quede abierta a la interpretación subjetiva del resolutor. Con ello se da seguridad y certeza jurídica a las partes que intervienen en los juicios, de manera tal que estén en aptitud de prevenir su posible aplicación, ya sea en favor o en contra de sus pretensiones jurídicas y, a su vez, se respeta la garantía constitucional relativa a que en los juicios deben observarse las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Las formalidades de las diligencias de embargo no pueden sus-

traerse de la aplicación de tan elementales principios de derecho, pues estimar lo contrario significaría, amén de interpretar la ley en donde por su claridad no es permitido hacerlo, autorizar en un sistema de derecho, como el nuestro, en el que rigen a título de garantías individuales la seguridad jurídica y la legalidad, entre otras, el que pudiera afectarse la esfera jurídica de las personas por la exigencia de requisitos no exigidos expresamente por la ley.

Incluso, cabe señalar, que en torno a como debe llevarse a cabo la diligencia de embargo, aparece descrito en la jurisprudencia 1a./J. 48/2002 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el tomo XVI, Octubre de 2002 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Página: 42, que en lo interesa dice:

"DILIGENCIA DE EMBARGO EN JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. LA DECLARATORIA QUE EN LA PRÁCTICA REALIZA EL ACTUARIO, RELATIVA A QUE SOBRE LOS BIENES DESIGNADOS SE TRABA FORMAL EMBARGO U OTRA SIMILAR, NO CONSTITUYE UN REQUISITO DE LOS EXIGIDOS POR LA LEGISLACIÓN MERCANTIL PARA LA VALIDEZ DE AQUÉLLA. De lo dispuesto en los artículos 1392 a 1395 del Código de Comercio, se deduce que las formalidades para el desahogo de la diligencia de embargo en un juicio ejecutivo mercantil, consisten en que ésta deberá ser conducida por el actuario, en cumplimiento de un auto dictado por el Juez, en el que mande requerir de pago al deudor, a su representante o a la persona con la que se entienda la diligencia, y que en caso de no efectuarlo, también se le requiera para que señale bienes suficientes a fin de garantizar las prestaciones reclamadas, con el apercibimiento que, de no hacerlo, aquel derecho para señalar bienes pasará al actor, situación que lleva implícita la plena identificación del bien a embargar, mediante su individualización concreta; además, la diligencia culminará con la designación por parte del ejecutante del depositario, administrador o interventor de los bienes embargados, y con el levantamiento del acta respectiva. Atento lo anterior, se concluye

que la validez y eficacia de la referida diligencia de embargo únicamente depende de que se lleve a cabo con estricto apego a lo previsto en los preceptos citados, por lo que la declaratoria expresa en el acta respectiva, de que se traba formal embargo u otra similar, sobre los bienes designados, que generalmente acostumbran asentar los actuarios judiciales, si bien se produce en una etapa muy importante de la diligencia, esto es, entre el momento en que el actuario judicial describe los bienes señalados para la traba y la designación del depositario, administrador o interventor respectivo, no constituye un requisito de forma de los exigidos por la ley, para tener por realizado el embargo.

Contradicción de tesis 90/2001-PS. Entre las sustentadas por el Quinto y Décimo Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. 19 de junio de 2002. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Javier Carreño Caballero.

Tesis de jurisprudencia 48/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de tres de julio de dos mil dos, por unanimidad de cinco votos de los señores ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas."

O sea, como lo describe la jurisprudencia señalada con antelación, se deduce, que el Órgano Supremo de Justicia de la Nación, en una recta interpretación de los numerales 1392 a 1395 del Código de Comercio, concluye que las formalidades para el desahogo de la diligencia de embargo en un juicio ejecutivo mercantil, consisten en que ésta deberá ser conducida por el actuario, en cumplimiento de un auto dictado por el Juez, o sea, que no puede decirse en modo alguno que dicha diligencia pueda ser ordenada y conducida por el juez, en aras de un principio que refiere que: "Quien puede lo más, puede lo menos", ya que indefectiblemente ante tal supuesto, se estaría violentando el procedimiento mercantil que se rige por el Código de Comercio que constituye una ley de orden público.

De lo antes transcrito, se colige que en la diligencia de embargo en los juicios ejecutivos mercantiles, deben observar las reglas establecidas en el Código de Comercio, ya que de no llevarse a cabo estas formalidades, se deja en estado de indefensión a la parte demandada en esta clase de juicios.

Incluso, cabe acotar, que de no darse la diligencia de embargo en los términos previstos por la Ley Mercantil, se estaría impidiendo el derecho que tiene el demandado para acudir ante la Justicia de la Unión en busca de la protección Constitucional para cuestionar la validez de la diligencia de embargo en el juicio mercantil, con el fin de analizar el acta respectiva, lo que no podría hacerse en el caso de que sea el juzgador el que determine el embargo a través de un acuerdo dictado en el proceso, toda vez, que como se ha reiterado, el Código de Comercio establece una serie de formalidades para el desahogo de la diligencia de embargo en un juicio ejecutivo mercantil como son: ésta debe ser conducida por el actuario, en cumplimiento de un auto dictado por el Juez, en el que se mande requerir de pago al deudor, a su representante o a la persona con la que se entienda la diligencia y, en caso de no efectuarlo, se le requiera para que señale bienes suficientes a fin de garantizar las prestaciones reclamadas y se emplace al demandado. La diligencia terminará con la designación por parte del ejecutante del depositario y con el levantamiento del acta respectiva, criterio apoyado en la jurisprudencia pronunciada por la Jurisprudencia 1a./J. 10/2005 de la Novena Época, pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el tomo XXI, abril de 2005, Página: 344 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que dice:

"JUICIO DE AMPARO. DILIGENCIA DE EMBARGO EN EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. NO PROCEDE EL SOBRESEIMIENTO CUANDO ÉSTA CONSTITUYE EL ACTO RECLAMADO. El Código de Comercio establece una serie de formalidades para el desahogo de la diligencia de embargo en un juicio ejecutivo mercantil como son: ésta debe ser conducida por el ac-

tuario, en cumplimiento de un auto dictado por el Juez, en el que se mande requerir de pago al deudor, a su representante o a la persona con la que se entienda la diligencia y, en caso de no efectuarlo, se le requiera para que señale bienes suficientes a fin de garantizar las prestaciones reclamadas y se emplace al demandado. La diligencia terminará con la designación por parte del ejecutante del depositario y con el levantamiento del acta respectiva. Por su parte, el artículo 1394 del mismo Código de Comercio establece que el emplazamiento al demandado debe hacerse con las formalidades que ordenan los códigos adjetivos locales. La diligencia de embargo en los juicios ejecutivos mercantiles debe observar las reglas establecidas en el Código de Comercio y en las leyes procesales locales, ya que de no cumplirse con estas formalidades, se deja en estado de indefensión a la parte demandada en esta clase de juicios. Por tales motivos, no puede tenerse como consentido el acto cuando se reclama la diligencia de embargo, ya que éste es precisamente el acto reclamado, pues no se está de acuerdo con la misma y no se puede tener la certeza de que a la persona o personas que se les practicó tuvieron conocimiento en fecha cierta de dicho acto, ya que si los quejosos alegan que la misma fue ilegal, es una cuestión que debe resolverse de fondo y el Juez en la audiencia constitucional debe allegarse de los medios de prueba ofrecidos para tal efecto. Sobreseer en el juicio con apoyo en la fracción XII, del artículo 73, de la ley de la materia por los motivos expuestos, va en contra de la técnica del juicio de amparo ya que dicha figura procesal impide el estudio del fondo del asunto. Cuando se cuestiona la validez de la diligencia de embargo en el juicio mercantil, esta circunstancia permite analizar el acta respectiva, lo que ya no trae como consecuencia sobreseer en el juicio de amparo, sino en su caso otorgarlo o negarlo, de lo contrario se dejaría en estado de indefensión a la quejosa al no poderse valorar las pruebas que ofreció para desvirtuar la legalidad del acta en el juicio de garantías, lo que resulta contrario a la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 constitucional.

Contradicción de tesis 117/2004-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. 1o. de diciembre de 2004. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame.

Tesis de jurisprudencia 10/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiséis de enero de dos mil cinco."

Por consiguiente, de lo anteriormente esgrimido, puede concluirse que en los casos, que se dan con suma frecuencia, en que los Jueces, ya sea federales o locales, emitan acuerdos en los que traben directamente el embargo de bienes propiedad del demandado, constituye una violación de las formalidades esenciales del procedimiento y, por ende, de los artículos 14 y 16 constitucionales, lo que debe conducir a que los afectados por tan erróneas decisiones, interpongan el recurso de apelación en términos de lo previsto por los numerales 1336, 1338, 1340 y 1341 en relación con el 1203 del Código de Comercio, para efecto, que en los casos de los Tribunales Federales conozcan los Tribunales Unitarios de Circuito y en el caso de los Juzgados de los Estados, conozcan los Tribunales Superiores de cada Entidad Federativa, y en el supuesto que tales Órganos Judiciales confirmen tan ilegal criterio, lo procedente sería el Juicio de Amparo Directo ante el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, con el fin de que las autoridades de amparo, determinen la violación de las formalidades esenciales del procedimiento previstas en los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna y en la que en pro de una certeza jurídica, se determine que en términos de lo dispuesto en los artículos 1392 a 1395 del Código de Comercio, las formalidades para el desahogo de la diligencia de embargo en un juicio ejecutivo mercantil, deban ser conducidas por el actuario y no por cualquier otro funcionario del Tribunal.

La libertad provisional bajo caución ante los delitos calificados como graves perpetrados en forma culposa

*Mónica Carvajal Aceves**

La sociedad tiene el derecho de perseguir a los responsables de un delito y de adoptar las medidas que juzgue convenientes para su propia conservación, el individuo (parte integrante de la misma sociedad), debe gozar de la protección de las leyes, principalmente en los actos que afecten a su libertad personal.

Entonces, existe un conflicto de intereses que la ley no puede soslayar, a saber, el de la sociedad que persigue al delincuente y busca se le sancione, y el del inculcado, que como sujeto procesal, merece disfrutar de las garantías que la propia ley le otorga, sobre todo, si se parte del hecho de que tal sujeto no ha sido declarado culpable de la comisión de ningún ilícito, y mientras ello no suceda, existe la presunción de inocencia en su favor.

Este aseguramiento precautorio se justifica, tratándose de delitos de suma gravedad, ante la evidencia de que toda persona que tiene conocimiento de que se sigue una averiguación criminal en su contra, propenda a ocultarse o a huir para que no se le detenga. Por tanto, con el fin de impedir las demoras y posibles contingencias en el curso del proceso, se le encarcela con carácter preventivo hasta el pronunciamiento del fallo.

* Defensora Pública Federal.

Como contrapartida, para evitar al individuo las molestias que trae consigo la prisión preventiva, se ha establecido, en las hipótesis correspondientes, como garantía del inculpado que inmediatamente que lo solicite debe ser puesto en libertad provisional, sin más condiciones que la constitución de una caución pecuniaria, tomando en consideración sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le atribuya.

Ahora bien, la libertad es un derecho natural del hombre, que le es inherente a su propia naturaleza desde el momento en que nace por tanto la Ley solo la reconoce, no la concede.

Cuando la libertad personal sufre restricciones, se puede restituir el goce de ese derecho en los términos que la Ley dispone; pero su naturaleza será diferente y su ejercicio estará condicionado a las limitantes que se señalen por el Órgano Público que la brinde. Es el derecho otorgado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a toda persona sujeta a un procedimiento penal para que previa satisfacción de los requisitos especificados en la Ley pueda obtener el goce de su libertad.

La libertad provisional bajo caución es el acto cautelar por el que se produce un estado de libertad vinculada a los fines del procedimiento penal, en virtud de una declaración de voluntad judicial.

Libertad provisional bajo caución es una institución con la que se procura armonizar, en forma equitativa, los intereses de la sociedad los derechos del procesado los intereses patrimoniales del ofendido y la buena marcha del procedimiento.

Bajo el nombre de libertad provisional o libertad bajo caución se entiende la libertad que con carácter temporal se concede a un detenido por el tiempo que dure la tramitación del proceso, previa satisfacción de determinadas condiciones estatuidas en la Ley Procesal Penal.

La reciente práctica constitucional en México y, en concreto, a partir de la Constitución Política de 1917, nos enseña que la concesión de la prerrogativa de la libertad provisional bajo caución, ha pasado a ser una cuestión ampliamente debatida en nuestra política

criminal. Ciertamente, este aspecto básico del proceso penal y para el inculpado, permaneció estático en el texto constitucional de ese año hasta las reformas y adiciones que se hicieron del artículo 20 de la Constitución, en la parte relativa a dicho beneficio.

Las cambiantes modalidades que se le han impuesto a este beneficio para su otorgamiento, entre término medio aritmético, delito grave, delito no grave y, aun la posibilidad de oposición del Ministerio Público para que no la concedan los jueces penales, originan un debate por el que el tema de dicha libertad –a través de las doctrinas constitucionales, penal y procesal penal– se enrarece, dando pauta a una problemática de falta de interpretación común en torno a los criterios federales y de los estados.

Los antecedentes de la libertad bajo caución datan, como gran parte de las instituciones jurídicas, del Antiguo Derecho Romano en donde se les concedían a los ciudadanos dotándolos de una amplia liberalidad que se restringieron o se suprimieron al advenimiento de los sistemas Inquisitorio y mixto.

La Ley de las Doce Tablas estableció que en determinados casos las personas con posibilidad económica, otorgaran una caución a favor de los pobres para obtener su libertad provisional.

El pensamiento humanista de César Beccaria acentuó la importancia de la libertad caucional como garantía para el procesado y al mismo tiempo para el proceso mismo, respecto a su marcha normal. En el movimiento revolucionario francés de 1793 se restringió la detención preventiva, ampliando la concesión de la libertad provisional en condiciones más liberales.

El Código Brumario y la Ley de Thermidor, Año IV, la extendió a toda persona cualquiera que fuese la naturaleza del delito negándola a los vagos, maleantes y gentes sin domicilio.

En el Artículo 296 de la Constitución de la Monarquía Española de Cádiz se hablaba de la libertad caucional.

Hablando de nuestro país, el primer antecedente se instituyó en la Constitución de 1857 en el Artículo 20 fracción I cuyo texto es el siguiente: En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado

las siguientes garantías: 1.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza, que fijará el Juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute siempre que dicho delito merezca ser castigado con una pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de 5 años de prisión y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla bajo la responsabilidad del Juez en su aceptación.

En la Ley Procesal de 1894 se amplió hasta siete años la concesión de la libertad caucional y se dispuso que al revocarse dicha libertad por desacato del beneficiario en cumplir las condiciones señaladas por la Ley para que se le concediese no tenía derecho a disfrutar del beneficio ni en la misma causa ni en otra.

Actualmente, nuestra Constitución General de la República, en su artículo 20, establece las garantías del inculcado en todo proceso penal, entre otras, la de que goce de la libertad provisional bajo caución (fracción I), en los siguientes términos:

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

"...

"I. 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. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. ..."

Dicho precepto legal, a través de los años como ya se dijo, ha sufrido varias modificaciones en su texto, pues originalmente en el mismo se establecía que todo acusado tenía derecho a ser puesto en

libertad bajo fianza, inmediatamente que lo solicitara, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le imputara, siempre que éste no mereciera ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la fianza fijada hasta de diez mil pesos a disposición de la autoridad u otorga caución hipotecaria personal bastante para asegurarlo.

Posteriormente, dicho numeral, en la fracción apuntada, fue reformado estableciéndose que para la procedencia de dicho beneficio, el delito imputado no debería ser castigado con pena cuyo término medio aritmético excediera de cinco años de prisión, incrementándose la fianza o garantía de diez a doscientos cincuenta mil pesos.

Luego, el propio artículo en la fracción en cuestión fue reformado nuevamente y, en la parte que interesa, se estableció que el delito imputado y sus modalidades no debería ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético fuese mayor de cinco años de prisión, para tener derecho a ese beneficio, incrementándose, además, la garantía o caución de doscientos cincuenta mil pesos a la cantidad equivalente a la percepción durante dos años de salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Con posterioridad, el citado artículo en la fracción de referencia, fue reformado nuevamente, cambiándose las reglas de procedencia del beneficio en cuestión, puesto que en esta reforma se estableció que todo inculcado tendría derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantizara el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniaras que en su caso pudieran imponérsele y no se tratare de delitos que, por su gravedad, la ley expresamente prohibiera conceder el beneficio, estableciéndose que el monto y la forma de caución que se fijara deberían ser asequibles para el inculcado.

Finalmente, el artículo en cuestión, en la fracción apuntada, fue reformado nuevamente, cambiándose los requisitos de procedencia del beneficio de referencia, ya que en esa reforma se estableció, entre otras cosas, que todo inculcado tendría derecho a ser

puesto en libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se tratare de delitos que, por su gravedad, la ley expresamente prohibiera conceder ese beneficio.

De las exposiciones de motivos que tuvo en consideración el Constituyente Permanente para reformar una y otra vez el artículo y fracción en cuestión, se advierte que la primera de ellas fue motivada en cuanto a que el delito imputado no fuese sancionado con pena cuyo término medio aritmético excediera de cinco años de prisión; por su parte la siguiente reforma fue motivada porque, según se expuso, para la concesión del beneficio de referencia, debía tomarse en cuenta el delito efectivamente cometido, según resultara de las constancias del procedimiento y no sólo el llamado tipo básico o fundamental; la siguiente reforma fue motivada, según se asentó en la exposición de motivos respectiva, para otorgar de manera más amplia el derecho de gozar de la libertad provisional bajo caución, remitiéndose a la legislación secundaria para que ésta precisara qué tipos delictivos, por su gravedad, no tenían derecho al beneficio de la libertad caucional; finalmente la última reforma significativa, fue motivada para establecer una regulación más amplia y completa sobre el beneficio en cuestión, estableciéndose que debía tomarse en cuenta la naturaleza y características del delito imputado y sus modalidades, naturaleza y extensión del daño causado o cualquier otro elemento que justificara la negativa de la libertad provisional susceptible de ser valorado por el Juez.

Por tanto, de una interpretación histórica, sistemática e integral del precepto legal en la fracción en cuestión, en lo que corresponde a la libertad provisional bajo caución, se debe considerar que para resolver sobre la procedencia o improcedencia de dicho beneficio, debe tomarse en cuenta que el delito atribuido al inculcado, incluyendo sus modalidades, no esté considerado como grave por la ley, así como la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, los daños y perjuicios causados al ofendido y la sanción pecuniaria que en su caso puede imponerse al inculcado.

Argumentos que sirvieron de base para que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al resolver por unanimidad de cuatro votos la contradicción de tesis 91/2000-PS, entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, haya sustentado tesis la tesis de rubro y texto siguientes: "LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. PARA RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA, DEBE TOMARSE EN CUENTA QUE EL DELITO O DELITOS, INCLUYENDO SUS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS, POR LOS CUALES SE DICTÓ EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN RESPECTIVO, NO ESTÉN CONSIDERADOS COMO GRAVES POR LA LEY. Si se toma en consideración, por un lado, que conforme a la interpretación histórica, sistemática e integral del artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (actualmente 20, apartado A, fracción I), para resolver sobre la procedencia o improcedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución, el delito atribuido al inculcado, incluyendo sus modificativas o calificativas, no debe ser considerado como grave por la ley y, por otro, que el numeral 19 de la propia Carta Magna establece que en el auto de formal prisión deben expresarse tanto el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, como los datos que arroje la averiguación previa, y que todo proceso debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, así como que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, página 197, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL.', QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES

DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.", sostuvo que el dictado del auto de formal prisión surte el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso al inculcado, por lo que deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos incluyendo, en su caso, las modificativas o calificativas que de los hechos materia de la consignación se adviertan por el juzgador, resulta inconcuso que para resolver sobre la procedencia o improcedencia del citado beneficio, no es dable atender sólo a lo dispuesto por el artículo 20, fracción I, constitucional señalado, sino que debe administrarse o relacionarse con las demás garantías constitucionales consagradas en la propia Carta Magna, específicamente con la tutelada por el diverso numeral 19; por ello es necesario tomar en cuenta que el delito o delitos, incluyendo sus modificativas o calificativas, por los cuales se dictó el auto de formal prisión, no estén considerados como graves por la ley, ya que de lo contrario se estarían tomando en cuenta hechos o datos ajenos a los que son materia del proceso."

Misma que fue acorde a lo también sustentado por dicha Sala al resolver por unanimidad de cuatro votos la contradicción de tesis 42/96, con el rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL.", QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES."

En dicha tesis, lo que toralmente se establece es que el auto de formal prisión surtía el efecto procesal de establecer por qué delito o delitos habría de seguirse proceso al inculcado y que, por ello, en el mismo debían incluirse las modalidades o calificativas que de los hechos materia de la consignación se advirtieran por el juzgador, ya que de lo contrario, es decir, de no atender al delito o delitos, incluyendo sus modalidades y calificativas, por los cuales se dictó el auto

de bien preso, se estarían tomando en cuenta hechos o datos ajenos a los que fuesen materia del proceso penal.

Bajo el anterior contexto, la suscrita, en mi carácter de defensora pública federal adscrita hace algún tiempo en Ciudad Valles, San Luis Potosí, me correspondió llevar la defensa ante el Juzgado de Distrito de dicha localidad, de una persona acusada del delito de EVASIÓN DE DETENIDO; por tal motivo, solicité a su favor el beneficio de la libertad provisional bajo caución, toda vez que a criterio de la infrascrita, consideré que el delito por el que se le dictó auto de formal prisión, siendo el previsto y sancionado por el numeral 150, en relación con el 60 y 9º párrafo segundo del Código Penal Federal, no se encontraba catalogado como grave, petición que me fue negada y desafortunadamente confirmada vía amparo.

El argumento que sostuve y sostengo es el que a continuación se expone:

En principio dejé establecido el contenido del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el apartado que nos ocupa:

"Artículo 194.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

"I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

.....

9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;

.....

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave."

(lo subrayado es propio)

Por su parte, los artículos 9º párrafo segundo, 60 y 150 del Código Penal Federal, por el que se dictó auto de formal prisión a mi defendido, señalan:

"Artículo 9o.-

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud

de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

"Artículo 60.- En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.

[...]."

"Artículo 150.- Se aplicarán de seis meses a nueve años de prisión al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado. Si el detenido o procesado estuviese inculcado por delito o delitos contra la salud, a la persona que favoreciere su evasión se le impondrán de siete a quince años de prisión, o bien, en tratándose de la evasión de un condenado, se aumentarán hasta veinte años de prisión. Si quien propicie la evasión fuese servidor público, se le incrementará la pena en una tercera parte de las penas señaladas en este artículo, según corresponda. Además será destituido de su empleo y se le inhabilitará para obtener otro durante un período de ocho a doce años."

La suscrita consideró que fue indebido que el juez de la causa haya negado el beneficio de libertad bajo caución, pues debió atender que en nuestra legislación penal federal se ha adoptado el sistema doctrinario denominado *numerus clausus*, siendo que en el párrafo segundo del artículo 60 del Código punitivo federal antes transcrito, se indican aquellos delitos que pueden cometerse de manera culposa, dentro de los cuales, se encuentra el delito de EVASIÓN DE PRESOS, previsto en el artículo 150 del mismo ordena-

miento legal; de tal suerte que dicho delito puede cometerse ya sea en forma dolosa o culposa. Es así que el auto por el que se declaró por bien preso a mi defendido, fue por un delito culposo; luego entonces, fue indebido que el juez de la causa, haya negado el beneficio de libertad bajo caución, pues para ello debió atender al texto expreso de la ley.

En efecto, de acuerdo a la descripción típica contenida en el artículo 150 del Código Penal Federal, los elementos que integran la figura de EVASIÓN DE DETENIDO resultan ser:

- a).- Que una persona se encuentre detenida; y,
- b).- Que otra persona favorezca a dicho detenido para que se sustraiga de la privación de su libertad en que se encuentra.

Mientras que los elementos que integran la figura de EVASIÓN DE DETENIDO, prevista en el artículo 150 en relación con el 60 y 9º párrafo segundo, del Código Penal Federal, son:

- a).- La existencia de algún detenido.
- b).- Que el sujeto activo, siendo servidor público, al faltar a un deber de cuidado, favorezca a dicho detenido para que se sustraiga de la privación de su libertad en que se encuentra.

Ahora bien, doctrinalmente el dolo y la culpa son elementos subjetivos del delito. Constitucionalmente, en términos del segundo párrafo del artículo 19 constitucional, en el auto de formal prisión deben acreditarse plenamente los elementos objetivos del tipo penal, y de manera probable, los demás, entre los que están los subjetivos. Jurisprudencialmente: la autoridad judicial, al dictar un auto de formal prisión, no debe limitarse al acreditamiento del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad, sino también, por seguridad jurídica del inculpado, debe señalar las modalidades modificativas o calificativas del mismo, aunque el acreditamiento pleno de éstas se verifique en el desarrollo del proceso criminal correspondiente.

Por su parte, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el párrafo 3º del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableció que la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe

a los meros actos de aplicación, sino que abarca también la propia ley que se aplica, la cual debe estar redactada de tal forma que los términos empleados para especificar los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos.

De ahí que la suscrita sostenga que fue incorrecto el proceder tanto del juez de la causa como del juez de garantías, por inexacta aplicación de la ley, y con ello violatorio en perjuicio de mi defendido de sus garantías individuales contenidas en el artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al negarle el beneficio de la libertad provisional bajo caución a que tenía derecho, bajo el argumento de que el delito por el que se le había dictado a mi defendido el auto de formal prisión era considerado por el artículo 194 del código procesal penal federal como grave, y del cual no se excluye el grado culposo porque tal dispositivo no hace distinción alguna sobre los delitos dolosos y culposos.

Argumento que no se comparte, ya que en materia penal debe atenderse al contenido literal de los preceptos, debido a que no es aplicable la analogía, y por que además, debió haber atendido de conformidad con las jurisprudencias antes aludidas, que las modificativas o calificativas del delito en cuestión, no estuvieran también consideradas como graves en el propio numeral; razón por la que si en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, no se establece el delito de evasión de detenido imprudencial o culposo como delito grave, fue indebido que el órgano jurisdiccional haya estimado improcedente conceder el beneficio de libertad bajo caución solicitada, pues se insiste, debe atenderse al texto expreso de la ley, ya que donde la ley no distingue no debemos distinguir, pues ya que si la intención del legislador fue considerar el delito de evasión de detenido y la evasión de detenido imprudencial, como delito grave, así lo habría dispuesto, empero en tal dispositivo sólo se hace mención al delito previsto y sancionado por el 150 del Código Penal Federal y no al previsto y sancionado por el artículo 150 en relación con el 60, del mismo cuerpo de leyes; luego entonces, no puede jurídicamente estable-

cerse la figura jurídica de evasión de detenido imprudencial, como la misma que contempla el citado artículo 194 como delito grave.

Para mayor abundamiento, se hace alusión a que en congruencia con la reforma a la fracción I del artículo 20 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993, en la que se establece como requisito para otorgar al inculpado la libertad provisional bajo caución que "no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio", el legislador estableció el catálogo de aquellas "conductas delictivas que, por la peligrosidad social que representan y la alarma y repudio colectivo que provocan, deben ser consideradas como delitos graves cuya presunta comisión no permita obtener la libertad bajo caución", es decir, el elemento básico que el legislador tuvo en cuenta para elaborar el catálogo de delitos graves, fue el grado de peligro que para la sociedad representa la conducta delictiva del agente, peligrosidad que obviamente está vinculada con la importancia que tienen para el individuo y para el grupo social en su conjunto, los bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento. Sin embargo, la intención del legislador al clasificar ciertas conductas ilícitas como graves, lo hizo para que cuando alguien, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley, ejecutando actos tendientes a su realización, provocando con su actuar un daño grave a la sociedad, no pudiera evadir la acción de la justicia al traer como consecuencia el que se le negara el beneficio de la libertad provisional.

Por lo que atendiendo al texto del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, se advierte que la intención del legislador de clasificar ciertas conductas ilícitas como graves, quedó plasmado en dicho numeral, pues éste incluye el delito de evasión de detenido en la forma dolosa o intencional, ya que de la descripción típica contenida en el numeral 50 del Código Penal Federal, se infiere que la esencia delictiva de tal ilícito es la acción de auxiliar la evasión de algún detenido, en virtud de que considera responsa-

ble de ese antijurídico al que la favoreciere, lo cual debe ser de manera voluntaria mediante actos encaminados a ese fin, por actitudes positivas intencionales.

Empero, en el caso concreto, la conducta delictiva por la que se le había dictado a mi representado auto de formal prisión, comprendía la realización de hechos que aun ajenos a todo propósito volitivo, podían conducir a una situación que permitiera con toda facilidad, el derecho de algo que no se pretende, pero que ayudaría a favorecer ese desarrollo; dado que quien está obligado a vigilar que el detenido no se evada, realiza la conducta prevista en la ley en virtud de su falta de cuidado, toda vez que de haberse encontrado el evadido, sometido a la debida vigilancia no se habría encontrado en condiciones propicias para huir.

En consecuencia, si la "manifestación de una grave peligrosidad social" y la "peligrosidad del delincuente", fueron los elementos fundamentales que el legislador tomó en cuenta al elaborar el catálogo de delitos graves, por reforma de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, es claro que, al ser manifiesta que la conducta delictiva que se le imputaba a mi representado, no revestía tales características, resultando como consecuencia lógico-jurídica de una estricta interpretación teleológica de la norma, que si el delito de evasión de detenido es calificado como grave por la ley, dicha gravedad se refiere única y exclusivamente al delito cometido en forma dolosa.

De tal manera que si de las constancias que integraban el sumario del proceso penal instaurado en contra de mi defendido, se apreciaba que era por su presunta responsabilidad en la comisión del delito de evasión de detenido imprudencial, ilícito previsto en los artículos 150 en relación con el 60 y 9º párrafo segundo, ambos del Código Penal Federal; era inconcuso que el mismo no es el que prevé el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, y por tanto, aquel delito está excluido de la negativa a la concesión del beneficio de la libertad provisional bajo caución conforme al artículo 20 constitucional; pues aun cuando el citado precepto in-

cluya el delito de evasión de detenido entre los que deben calificarse como graves para la exclusión del beneficio de referencia, se refiere únicamente a aquel que se comete en forma dolosa; en virtud de que, para extender dicho supuesto a la evasión de detenido imprudencial, es necesario que estuviera considerada como grave también en el Código adjetivo de la materia, pues se insiste, en materia penal no es posible imponer por analogía pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

Al respecto, cabe mencionar que para considerar como grave la tentativa punible de los ilícitos calificados como tales, y por ende, negar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, se hizo necesario reformar el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, para que en su último párrafo, quedara en los siguientes términos: ‘La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se califica como delito grave’, reforma publicada en el Diario Oficial del ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Antes de esa reforma, el precitado artículo no consideraba como delito grave a la tentativa punible de los ilícitos calificados como tales, lo que dio pie a que algunos jueces concedieran la libertad provisional bajo caución bajo el argumento de que el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, no contemplaba como delito grave el perpetrado en grado de tentativa, ya que en el primero existe la consumación del delito, mientras que en el segundo existe un grado de ejecución abierta e inmediata de un delito que no llega a su total consumación. Sin embargo, otros jueces, negaban dicho beneficio, bajo el razonamiento de que la tentativa de un delito se castiga porque se realizaron actos tendientes a ejecutar el delito que puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma jurídica, el cual no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; y el numeral que clasifica a los delitos graves del código adjetivo penal federal, no excluye en forma alguna el grado de tentativa a que se llegue en ejecución de los mismos. Una vez hecha la reforma al artículo 194,

del Código Federal de Procedimientos Penales, no queda duda alguna de que la tentativa punible de los ilícitos calificados como tales, también se considera grave y por ende, impide se otorgue el beneficio de la libertad provisional bajo caución.

Partiendo de esa premisa, la suscrita considera que el delito de evasión de detenido a que se refiere el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, es aquel perpetrado única y exclusivamente en forma dolosa, y que por lo tanto, se califica como grave aun cometido en forma tentada; excluyéndose así que el mismo delito cometido en forma culposa adquiriera el carácter de delito grave, pues éste no podría cometerse en grado de tentativa, ya que ésta implica la ejecución de un delito que se detiene en un punto del iter criminis antes de alcanzar su plena consumación, la cual no se logra por causas ajenas a la voluntad del agente; lo anterior patentiza que en el delito tentado es manifiesta la ejecución dolosa de los actos tendientes a su consumación, lo cual no acontece en tratándose de delitos cometidos en forma culposa.

Es así que la actuación típicamente antijurídica del activo y el inminente peligro en que se pone al bien jurídico protegido, aunque no se materialice el resultado típico, son manifestaciones inequívocas de la gravedad de la conducta del agente y de la peligrosidad que éste representa para la sociedad; por tanto, si el tipo penal de que se trate es calificado como grave por la ley, también debe calificarse su comisión en grado de tentativa; sin embargo, dicha calificativa no debe extenderse, por igualdad de razón, a su comisión culposa, pues su acción es ajena a todo propósito volitivo, es decir, el agente no tiene la intención de producir el daño causado, lo que impide otorgarle dicha calificativa.

Resulta ilustrativo de lo anterior la siguiente tesis:

No. Registro: 188,183

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XIV, Diciembre de 2001

Tesis: X.3o.26 P

Página: 1754

"LIBERTAD CAUCIONAL. PROCEDE OTORGARLA, TRATÁNDOSE DE DELITOS CULPOSOS AGRAVADOS, AL RESULTAR AJENOS A LAS CALIFICATIVAS DE LOS ILÍCITOS DOLOSOS A QUE SE REFIERE EL INCISO A), FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 145 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE TABASCO. *De una interpretación correcta del artículo 145, fracción I, inciso a), del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tabasco en vigor, se desprende que las calificativas a que alude dicho precepto y que hacen que algunos delitos sean considerados como graves para la concesión del beneficio de la libertad provisional bajo caución, es en relación con delitos dolosos, es decir, aquellos en los que el agente tiene la intención de producir el daño causado, al que se refiere el segundo párrafo del artículo 10 del Código Penal vigente para el Estado de Tabasco, ya que el artículo 125 del cuerpo de leyes invocado, señala que en los delitos de homicidio y lesiones cometidos por culpa con motivo del tránsito de vehículos del servicio público, escolar o de personal, la sanción se agravará en una mitad más de la prevista para el delito culposo, es decir, esas agravantes no se encuentran inmersas en lo establecido por el artículo 145, fracción I, inciso a), del código adjetivo de la materia, pues las calificativas a que alude el diverso numeral son las establecidas en los artículos 112 (homicidio calificado), 121 (lesiones calificadas), 123 (homicidio y lesiones calificadas), 203 (cuando se impone sanción en delitos calificados) y 304 (cuando concurren calificativas federales), del Código Penal para el Estado de Tabasco en vigor, siendo diferentes de las agravantes previstas en el artículo 125 del cuerpo de leyes invocado.*"

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 274/2001. 27 de agosto de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Leonardo Rodríguez Bastar. Secretaria: Isabel María Colomé Marín.

Nota: Por ejecutoria de fecha 10 de septiembre de 2003, la Primera Sala declaró sin materia la contradicción de tesis 127/2002-PS en que participó el presente criterio.

Finalmente y volviendo al asunto que me motivó a escribir estas líneas, como era de esperarse, el juez de la causa no compartió mis argumentos, negó la libertad provisional bajo caución a mi defendido, y seguido el proceso, dictó en su contra sentencia condenatoria, y por absurdo que pareciera, al final de cuentas, y después de haber estado privado de su libertad por casi un año ante la negativa de otorgarle la libertad bajo caución, actualmente se encuentra en libertad condicional, al habersele concedido dicho beneficio, al no exceder la pena impuesta de cuatro años de prisión.



L a readaptación social del reo

"Somos esclavos de las leyes para poder ser libres."
Marco Tulio Cicerón

*Jorge Alberto Cerón Cardaña**

¿Realmente existe la readaptación social de las personas que han estado privadas de su libertad?

México, es un país rico en cultura, tradiciones, costumbres, festividades, gastronomía, y muchas cosas más que podemos observar a lo largo y ancho de su territorio, en el cual constan hermosas playas, grandes bosques y un ecosistema rico, tanto en su fauna como en la flora, recursos que no se han cuidado y su destrucción da lugar a la comisión de delitos.

Ha costado mucho el tener una democracia, y de creer en nuestras instituciones políticas, la historia de nuestro país plasmada en muchos tomos que nos narran con precisión todos los acontecimientos vividos; entre ello quiero resaltar lo que nos ocupa: detenciones arbitrarias, expedientes fabricados, jornadas laborales inusitadas, salario denigrante, escasa instrucción académica, lo que en numerosas ocasiones es el pretexto para delinquir.

Centros de reclusión como San Juan de Ulúa, en Veracruz; y el de Lecumberri, conocido como el Palacio Negro, en el Distrito

* Defensor Público Federal.

Federal, son ya una simple estadística negativa de la forma en que eran tratados los prisioneros en este país, personas que preferían morir a cumplir las condenas de prisión impuestas.

El Poder Judicial de la Federación, y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, entre otras instituciones, han sido pilares en los avances que tiene el sistema penal mexicano, para lograr una impartición de justicia pronta y expedita, y velar porque los reos compurguen sus penas de prisión de una manera más humana.

Me voy a permitir transcribir el numeral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que ha sido motivo de interpretación por los Tribunales de la Federación, para establecer los parámetros y el significado de la prisión, ya sea preventiva o definitiva. También la Ley Sobre Normas Mínimas de Readaptación Social.

Art. 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

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

ARTICULO 6o.- El tratamiento será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales, sus usos y costumbres tratándose de internos indígenas, así como la ubicación de su domicilio, a fin de que puedan compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a aquél.

Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuestales, **se clasificará a los reos en instituciones especializadas**, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas.

El sitio en que se desarrolle la prisión preventiva será distinto del que se destine para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Las mujeres quedarán reclusas en lugares separados de los destinados a los hombres. Los menores infractores serán internados, en su caso, en instituciones diversas de las asignadas a los adultos.

En la construcción de nuevos establecimientos de custodia y ejecución de sanciones y en el remozamiento o la adaptación de los existentes, la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social tendrá las funciones de orientación técnica y las facultades de aprobación de proyectos a que se refieren los convenios.

ARTICULO 7o.- El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente.

Se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de la que aquél dependa.

El Estado Mexicano se encuentra en deuda con sus gobernados y más aún con las personas privadas de su libertad, la intención de la política criminal por parte del Ejecutivo y la intención de los legisladores es por demás plausible y gratificante en la norma, pero en la realidad nos percatamos de que es una ilusión de buenas intenciones.

México es un país en donde no se escucha de la mayoría de los gobernados tener ideales, vemos con mucha preocupación el estar ocupando los últimos lugares en educación, y al ser ésta la base para readaptar a las personas que han delinquido, se puede concluir con toda certeza que es una utopía esperar que se dé cumplimiento al mandato constitucional.

Bertrand Russell, distinguió la educación del carácter y la educación de la inteligencia, que en sentido estricto debe llamarse instrucción, como la organización de la conducta del individuo; hay un proverbio árabe que dice: "un mediano bienestar tranquilo es preferible a la opulencia llena de preocupaciones". México, al ser un país en donde vive una mayoría de población indígena pobre, y otra que no siendo indígena tampoco cuenta con los servicios básicos, orilla a su población a rayar en la mediocridad.

Nos encontramos en un país en donde predominan los hombres sin personalidad, la personalidad individual comienza en el punto preciso donde cada uno se diferencia de los demás; en muchos hombres ese punto es simplemente imaginario. Por ese motivo, al clasificar los caracteres humanos, se ha comprendido la necesidad de separar a los que carecen de rasgos característicos: productos adventicios del medio, de las circunstancias, de la educación que se les suministra, de las personas que los tutelan, de las cosas que los rodean. Indiferentes ha llamado Ribot a los que viven sin que se advierta su existencia. La sociedad piensa y quiere por ellos. No tienen voz, sino eco. No hay líneas definidas ni en su propia sombra, que es apenas una penumbra.

Cruzan el mundo a hurtadillas, temerosos de que alguien pueda reprocharles esa osadía de existir en vano, como contrabandistas de la vida.

Y lo son. Aunque los hombres carecemos de misión trascendental sobre la tierra, en cuya superficie vivimos tan naturalmente como la rosa y el gusano, nuestra vida no es digna de ser vivida sino cuando la ennoblece algún ideal: los más altos placeres son inherentes a proponerse una perfección y perseguirla. Las existencias vegetativas no tienen biografía: en la historia de su sociedad sólo vive el que deja rastros en las cosas o en los espíritus. La vida vale por el uso que de ella hacemos, por las obras que realizamos. No ha vivido más el que cuenta más años, sino el que ha sentido mejor un ideal, las canas denuncian la vejez, pero no dicen cuánta juventud la precedió. La medida social del hombre está en la duración de sus

obras: la inmortalidad es el privilegio de quienes las hacen sobrevivientes a los siglos y por ellas se mide.

El sistema jurídico mexicano, presenta una mezcla heterógena de conceptos, para no caer en el error de llamar indistintamente pena, tanto a las sanciones contenidas en la norma jurídico penal como en aquélla aplicada por el Juez, y sobre todo aquélla sanción ejecutada dentro de las prisiones.

La que nos ocupa es la que acontece dentro de las prisiones; se ha sostenido que una sociedad se rige por las normas sociales, legales y culturales que la rodean, las personas que la habitamos sabemos que existe un marco legal, desde que nacemos, se nos educa respecto a que un comportamiento contrario a las normas, nos hará merecedores de un castigo; lo mismo sucede en la escuela y al entrar en contacto con la sociedad nos vemos rodeados de infinidad de normas cuya violación trae consigo el correspondiente castigo.

El segundo párrafo del artículo 18 Constitucional ha asignado a la ejecución de la pena privativa de la libertad personal la finalidad de readaptar socialmente al delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Éste es un tratamiento individualizado, el cual desde luego no es cumplido si sabemos por todos los reportajes que se han efectuado de los CERESOS, que existe una sobrepoblación, no se cuenta con áreas de procesados y sentenciados, conviven internos que están presos por no poder dar manutención a su familia o haber capturado una especie acuática declarada en veda, con personas que han cometido homicidio, narcotráfico, violación o cualquier delito de los considerados graves.

Básicamente, los medios para lograrla son aquéllos enumerados en el aludido precepto magno y los que la criminología clínica aconseja. De la misma manera en que los médicos tratan a los enfermos, así los técnicos penitenciarios, a través de un tratamiento individualizado, desean sanar al hombre delincuente de esa rara enfermedad llamada delito.

Enorme es el valor que se atribuye a estos medios, en torno a los cuales gira prácticamente todo el tratamiento penitenciario moder-

no: al **trabajo** se le reconoce el mérito de combatir el ocio, de sacudir al detenido del aburrimiento físico y moral, de templar su cuerpo en la disciplina y apoyarlo espiritualmente, al hacerlo sentirse en cualquier medio útil. A la **educación** se le da el mérito de combatir la ignorancia, que a menudo es la causa de los errores, y de elevar el espíritu a fin de que el hombre ya no esté sujeto a su instinto, sino a su libre albedrío. Las **actividades culturales, recreativas y deportivas** tienen el mérito de mejorar el nivel cultural y las condiciones físico-psíquicas de los detenidos, además de apagar esa carga de agresividad que generalmente se acumula en los sujetos sometidos a un régimen restrictivo de la libertad personal. A las **actividades religiosas** se les reconoce el mérito de confortar al preso, de infundirle resignación cristiana, de apoyarlo moralmente, de hacerle reevaluar el significado del bien y de hacerle nacer el deseo de sentirse en paz consigo mismo y con la sociedad. A los **coloquios epistolares y telefónicos** concedidos al detenido para que se comunique con el mundo exterior, se le reconoce la función de no aislar a estas personas de la sociedad de donde originalmente provienen, para así conservar, fortalecer y en su caso, restablecer las relaciones familiares, de amistad y de compañerismo que han dejado afuera y que en esos momentos cruciales de su vida tanto los necesita. A la **vista íntima** se le reconoce el doble del mérito de lograr tanto la salud psíquica del detenido como el de reinstaurar las relaciones conyugales. Las **psicoterapias individuales y de grupo** tienen el mérito de descubrir las causas de la inadaptación y las formas de ayuda para superarlas y adquirir una nueva conciencia moral que le haga percibir la anormalidad de su comportamiento pasado, le haga aceptar aquellos valores y esquemas que primero rechazaba y, sobre todo, le haga desear vivir correctamente en la sociedad.

Las normas penales han endurecido las penas de prisión a imponer, y los sitios de reclusión son exactamente un lugar en donde están cumpliendo su condena, sin que exista realmente la finalidad de la readaptación, pues no se cuenta con el personal especializado, ni con las instalaciones adecuadas para volver a encauzar al hombre

dentro de la sociedad que lo vio delinquir; lo antes mencionado es lo ideal para tratar de encauzar a una persona en sociedad; sin embargo, sabemos que existen reos que no trabajan, no tienen visita conyugal, no acuden a la escuela, no profesan ninguna religión y no participan en ninguna de las actividades organizadas en el reclusorio, además de que están detenidos en un lugar aislado por su peligrosidad.

Existen un número elevado de criterios sostenidos por los tribunales de la Federación, en torno a la situación que viven los internos del CERESOS y CEFERESOS, pues es evidente que existen reos que son de alta peligrosidad, y así los han clasificado.

Rubro: CENTROS FEDERALES DE READAPTACIÓN SOCIAL, LA MEDIDA DE CONTAR EN LOS, CON ÁREAS ESPECIALES DE UBICACIÓN DE INTERNOS, NO PUEDE CONSIDERARSE EN SÍ MISMA COMO DE SEGREGACIÓN O AISLAMIENTO.

Texto: Si desde su ingreso al Centro Federal de Readaptación Social el quejoso ha permanecido en el área de "tratamientos especiales", dicha estancia, lejos de considerarse una "decisión arbitraria y unilateral" de las autoridades de ese centro, obedece al resultado de los estudios en las diversas disciplinas y áreas que se precisan en el acta de designación de estancia reclamada, exámenes mediante los cuales se determina periódicamente la peligrosidad y avance readaptatorio del quejoso y, si en el caso, acorde con las motivaciones que sustentan tal acto, aquél ha revelado una capacidad de expansión criminógena, con conocimiento de los sistemas y procedimientos de seguridad que operaban en el centro penitenciario de su procedencia, esas características lo hacen un sujeto potencialmente de alto riesgo para la seguridad de la institución; por consiguiente, su permanencia en aquella sección atiende a la inconveniencia, por el momento, de que conviva con el resto de la comunidad del centro de reclusión de mérito.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

La readaptación social de los reos es una tarea titánica, si partimos de una base falsa; es decir, se han hecho numerosas reformas legales para que se cuente con una defensa adecuada, una justicia pronta y expedita, contar próximamente con juicios orales; señalar a los testigos que tienen la obligación de declarar en torno a los hechos, con el fin de llegar a la verdad histórica y legal del caso puesto a disposición del Órgano Jurisdiccional.

Señalo que partimos de una base falsa, pues nunca sabremos si el reo se conduce con verdad: no tiene la obligación de declarar en ningún sentido, así lo señala la garantía constitucional que lo ampara en su artículo 20; y se ha sostenido en todos los ámbitos que una persona puede recibir la ayuda necesaria, cuando se conduce con verdad, por lo que para poder readaptarla a la sociedad, se dificulta si oculta su verdadera identidad.

Podemos decir que existen hombres que ya han perdido la dignidad, la flebedad y la ignorancia favorecen la domesticación de los caracteres mediocres adaptándolos a la vida mansa; el coraje y la cultura exaltan la personalidad de los excelentes, floreciéndola de dignidad. El lacayo pide; el digno merece. Aquél solicita del favor lo que éste espera del mérito. Ser digno significa no pedir lo que se merece, ni aceptar lo inmerecido. Mientras los serviles trepan entre las malezas del favoritismo, los austeros ascienden por las escalinatas de sus virtudes. O no ascienden por ninguna.

La dignidad estimula toda perfección del hombre; la vanidad acicatea cualquier éxito de la sombra. El digno ha escrito un lema en su blasón: lo que tiene por precio una partícula de honor, es caro. El pan sopado en la adulación, que engorda al servil, envenena al digno. Prefiere éste perder un derecho a obtener un favor; mil años le serán más leves que medrar indignamente. Cualquier herida es transitoria y puede dolerle una hora, la más leve domesticidad le remorderá toda la vida.

Una pasión de los mediocres es la envidia, es una adoración de los hombres por las sombras, del mérito por la mediocridad. Es el grillete que arrastran los fracasados. Es un venenoso humor que mana

de las heridas abiertas por el desengaño de la insignificancia propia.

Es la más innoble de las torpes lacras que afean los caracteres vulgares. El que envidia se rebaja sin saberlo, se confiesa subalterno, esta pasión es el estigma psicológico de una humillante inferioridad, sentida, reconocida. No basta ser inferior para envidiar, pues todo hombre lo es de alguien en algún sentido; es necesario sufrir del bien ajeno, de la dicha ajena, de cualquiera culminación ajena. En ese sufrimiento está el núcleo moral de la envidia: muerde el corazón como un ácido, lo carcome como una polilla, lo corroe como la herrumbre al metal.

Todos los vicios que corrompen al hombre para poder llevar una vida digna, pueden tener su origen en la incapacidad del Estado, de proveer educación, vivienda, salud, trabajo, y así evitar una migración espantosa, que únicamente deja hogares disfuncionales, el adoptar culturales ajenas y perjudiciales, y caer en el consumismo, que nos puede llevar a la envidia, por el deseo de cosas ajenas, orillándonos a la comisión de delitos y al resentimiento social.

Existe indiferencia de nuestras autoridades de atacar el fondo del problema, pero he visto pocos casos en mi ejercicio profesional, que un reo acepte su error, declarando la verdad de los hechos y solicite ayuda para poder incursionar de nuevo en sociedad, se derrocharían menos recursos económicos, humanos y de tiempo, al utilizar maestros, sicólogos y demás personal, para tratar de encauzar a una persona a llevar una vida acorde a las normas de nuestra sociedad, con base en el respeto y la educación.

La mentira sólo genera inseguridad y desconfianza en nuestra capacidad de ser aceptados tal como somos, podemos caer en la tentación de adornar aquí y allá nuestra historia y nuestras habilidades de forma que causemos una impresión favorable en las demás personas.

Mentir es un recurso fácil de valer sin tener que pasar por esfuerzos ni penurias, aunque el precio que se corre es la posibilidad de ser descubierto. En esto sucede algo similar a la persona que lanza rumores falsos para disminuir a las personas que envidia: puede ser descubierto y la conducta desvelada, ir en su contra desprestigiándolo ante a los que quería influir.

Mientras que la persona sincera no tiene que vigilar la versión que da de sus anécdotas y los episodios vividos, porque los transcribe al dictado de su memoria, el mentiroso debe controlar qué versión da de su historia, para que resulte coherente con la escuchada por cada persona ante la que ha presumido.

El hábito de mentir se puede transformar en un trastorno de la personalidad que podríamos llamar ‘seudología fantástica’ que es una compulsión a imaginar una vida, unos acontecimientos y una historia en base a causar una impresión de admiración en los *espectadores*.

Este afán por impresionar está basado en la imperiosa necesidad de resultar valiosos e geniales por medios tramposos, ya que por los naturales de la simpatía y espontaneidad dudamos poder conseguirlos.

El mentiroso fantasioso coge el atajo de robar atención y aprecio por la vía del fácil engaño (las palabras son cómodos sustitutos de los hechos) en vez de por su Ser-sincero, tal vez mucho más modesto de lo que su ambición soporta.

No se conforma con ser una persona cualquiera –tal vez se vería a sí misma con excesivo desarraigo–, sino que desea ser siempre una personalidad de primera magnitud, de esas que los demás admiramos embelesados y envidiosos.

El problema del pseudólogo es que para mentir tanto y que no se note ha de hacer lo mismo que un actor que representa un personaje y quiere resultar creíble: esforzarse tanto, como si uno fuera esa persona inventada, que realmente uno se confunda y olvide de quien es realmente.

La cura del mentiroso es sustituir la mentira por la búsqueda de la excelencia. Reconociendo su necesidad de brillo y atracción dedicarse con firmeza a mejorar sus méritos verdaderos (profesionales, de cultura, relaciones interesantes, etc.) con suficiente persistencia (porque si ha caído en la mentira es por impaciencia) y seguridad (garantizando con pruebas evidentes las suposiciones).

Jugar limpio, ser naturales, es el mejor camino para ser aceptados por los demás. Lo primero es que nos acepten aun siendo hu-

mildes y mediocres. Una vez conseguida esta aceptación básica entonces se pueden intentar el asalto al mérito, que ya no será un mérito agresivo (de esos que aunque la persona valga mucho nos da igual porque nos cae antipática) sino un afán de darnos más, de buscar una mayor cualidad, de jugar más fuerte, una activa entrega para participar, colaborar, sugerir y animar la vida familiar, los equipos de trabajo, los grupos de amigos o la excelencia profesional.

Creo, con toda seguridad, que sin duda alguna la verdad es la solución al problema que padecen los reos para readaptarse y vivir de nuevo en sociedad; pero, ¿qué es la verdad? Esta pregunta es objeto de debate entre teólogos, filósofos y lógicos. Cuando la definición se cumple como verdadera, se suele decir que se ha cumplido de forma satisfactoria, colmando las expectativas del individuo, a tal grado que, al poner en práctica dicho conocimiento, produce cierto grado de felicidad o sensación de plenitud al ser consciente de los efectos prácticos de su trabajo.

El hombre busca la verdad mediante el ejercicio de las facultades racionales, en un grado más o menos acertado.

En lógica, una proposición es toda aquella afirmación o negación a la que se le puede asignar un grado de certeza. Al ser procesada por las facultades racionales, ejecutadas por las facultades físicas y puestas a prueba según al criterio de la persona, ésta puede tomar un valor verdadero o falso (*véase valor de verdad*). Así podremos tener proposiciones certeramente falsas y/o certeramente verdaderas, dependiendo de las conclusiones a las cuales nos encaminen las facultades racionales de nuestra mente y/o las herramientas fabricadas para tal fin, tales como ordenadores, ábacos o cualquier otro instrumento afín al modelo lógico/racional aceptado.

Según la teoría de la adecuación, la verdad es la adecuación (no la identificación) entre las cosas y el entendimiento. Y tanto más verdadera será mi comprensión, cuanto más semejante sea a las cosas. Es una teoría de origen aristotélico-tomista.

Cuando alguien está de acuerdo sinceramente con una afirmación, puede o no puede reivindicar que es la verdad. Mientras que


uno puede tener un buen sentido intuitivo de lo que tiene que ser verdad, dar una definición que consiga una amplia aceptación es difícil. Una razón es que a menudo la verdad es primero indicada como un objetivo y sólo después de que la gente empiece a razonar qué verdad es realmente. La verdad es buscada en la religión, la filosofía, las matemáticas, la abogacía y la ciencia; estos campos usan diferentes métodos e intentan llegar a la verdad para servir a diferentes objetivos. No con sorpresa, el uso compartido de una sola palabra en todos estos campos provoca con facilidad confusión y conflicto. Incluso la verdad, como la bondad y la belleza, es un tema perenne para la humanidad.

Cómo poder adaptar a una persona de nuevo en sociedad, si ha cruzado el umbral del respeto, al privar de manera dolosa a una persona de su vida, o pertenecer a la delincuencia organizada, etc.; si la base de su vida ha sido desafortunada, al provenir de una familia disfuncional, en donde reina el alcoholismo, la drogadicción, etc.; y lo mas importante es que no se conduce con verdad; ¿será que estas personas realmente pudieran vivir en sociedad, en donde reina la desigualdad, la discriminación y la falta de oportunidades?

Hoy en día, es grande el reto para México en este tópico, pero voy a señalar unas palabras que dijo don Mariano Azuela Güitrón, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: nuestra Constitución cree en la readaptación social de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Derecho Constitucional Penal*.- Jorge Ojeda Velázquez.
- *El Hombre mediocre*.- José Ingenieros.
- *Mentira y autoestima*. José Luis Catalán.



La defensa adecuada se anula ante el Ministerio Público

*Amando Chávez Chávez**

PRESENTACIÓN

El servidor público, constitucionalmente, debe caracterizarse, mediante su acción, por salvaguardar la legalidad, la honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; haciendo, así, florecer la esencia de la Ley, frente y en apoyo a todos los ciudadanos; "poner en su punto la justicia distributiva y dar a cada uno lo que es suyo y entender y hacer que las buenas leyes se guarden", refería Don Quijote.

Con apoyo en las leyes, y el cumplimiento de las mismas, en la acción, la misión, el deber, ética, jurídica y socialmente, de los servidores públicos en el ámbito de la procuración e impartición de justicia, debe ser la de asegurar la paz con justicia, democracia y libertad, consolidando, así, la esencia real del "Estado de Derecho", cuyo máximo exponente lo constituyen las garantías de la exacta aplicación de la ley y de seguridad jurídica, en beneficio de sus destinatarios; caso fundamental debe ser el referente al de la "Defensa Adecuada", en el campo de lo jurídico, con apego a los principios de: "In dubio, pro reo" y de: "In dubis sententiae favoribilia reus". En relación a dicha garantía constitucional, debemos preguntarnos: si en los ámbitos de la procuración e impartición de justicia, se está

* Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública.

dando fiel y leal cumplimiento a este deber, de parte de los elementos del Ministerio Público y juzgadores, en tanto servidores públicos.

Ojalá que, después de reflexionar sobre estos sencillos y llanos comentarios, al respecto, cuando alguien se encuentre en cualquier situación, correspondiente a estos fueros del derecho, se permita emitir un juicio que aclare; si en relación con esta garantía se actúa en bien de los justiciables; si se llenan los anhelos del pueblo al respecto; o si tan sólo se trata de una metáfora.

Lo aquí señalado, sobre "La Defensa Adecuada", estará muy lejos de ser algo doctrinario y/o magistral; porque no es tal la pretensión; ya que el pueblo, el que entiende, o se interesa por las cosas de la justicia legal, o que ha sido afectado por la indebida procuración de justicia y, alguna vez, por el órgano jurisdiccional, siente y opina en el sentido de que ya no quiere que se le siga tomando el pelo con teorías enigmáticas y estrambóticas, llenas de galimatías, que le han servido lo que sirve a un humilde pordiosero que lo vistan con deslumbrante traje de luces; lo sencillo, por tanto, es, y seguirá siendo, será siempre, lo más conveniente y sensato.

Pruebas, mil. Cuando, alguna persona, a la hora de encontrarse involucrada en alguna cuestión jurídico-penal, es victimada, con engaños y extorsiones, por los "profesionales" integradores de averiguaciones previas y por elementos que, "bajo su autoridad y mando inmediato" los auxilian. Existen excepciones, que suelen darse entre los elementos del Ministerio Público, aún no influenciados por el mal ejemplo.

Lo aquí señalado, por tanto, lleva el propósito, sincero, de que estas fallas jurídicas y humanas, cesen, desde luego; en aras de hacer realidad los nobles anhelos de quienes han luchado para que dichas fallas, voluntarias e involuntarias, por error o por maldad, se erradiquen; y no se vayan a incrementar en virtud de las contradicciones de las reformas que, en justicia penal, se están consumando; a las que los propios jueces y magistrados federales proponen: "...adecuaciones, con el propósito de evitar abusos de parte de autoridades policíacas y de los encargados de la procuración de justicia"; para

que se establezca una norma que obligue al Ministerio Público Federal a solicitar medidas de cateo y arraigo "bajo protesta de decir verdad", y en caso de violación de esta propuesta: "sea sancionado severamente si se aportan datos falsos o incompletos al juzgador". Para colmo y desgracia de inculpados "con la reforma propuesta existe una tendencia a flexibilizar los requisitos para librar una orden de aprehensión, pues se considera que la acreditación de un hecho delictuoso se lleva a cabo cuando se verifique la existencia de los elementos objetivos que describe la figura típica". Por lo que dicha reforma no será garantista sino, por el contrario, mermará las posibilidades de defensa legal de cualquier inculpad; salvo que se hagan correcciones en la ley secundaria, algo que parece difícil.¹

La opinión aquí vertida, por tanto, va en respetuoso reclamo, por no haber aprovechado la oportunidad de esa reciente "Reforma Judicial", destinada a criminalizar más a los justiciables; en vez de precisar que, desde el momento en que una persona es detenida, debe ser defendida, o asesorada, por abogado con cédula profesional, independientemente de hacerlo, también, por sí misma y/o por persona de su confianza; no obstante los reiterados y añejos reclamos al respecto y el bamboleo de los órganos jurisdiccionales que no dan en considerar que así sea, evitando más aberraciones al respecto; en agravio a garantías individuales.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS, SOBRE LA DEFENSA ADECUADA

1.1.- ÉPOCA PREHISPÁNICA

Los procesos judiciales, prehispánicos fueron, en lo general, racionales y justos. El complicado aparato jurídico descansaba en la existencia de jueces honestos y probos, que ofrecían respeto a los acusados y litigantes. El cumplir funciones judiciales era causa de ennoblecimiento; los funcionarios servían con dignidad.

Los juicios se iniciaban por acusación o demanda de parte. Eran procesos sencillos: las partes se presentaban ante el Juez y exponían

¹ *La jornada*, 8 de mayo de 2008, p. 15.

sus asuntos oralmente; siendo auxiliados por un abogado llamado TEPANTLATO, quién recibía un pago por sus servicios.² La justicia se impartía todos los días, desde las primeras horas de la mañana, hasta el anochecer. Los jueces, podían ser castigados cuando retardaban los pleitos. Éstos, se resolvían antes de ochenta días, en que los jueces se reunían en la cabecera del señorío a escuchar la sentencia del TLATOANI.³

1.2.- ÉPOCA COLONIAL

Tras la conquista de México, los europeos trasladaron hacia estas tierras sus costumbres e instituciones. Destacaba su sistema jurídico, que vino a sustituir al régimen indígena. Los juicios de orden criminal que se llevaban a cabo en el Virreinato otorgaban a los acusados libertad bajo fianza, la "fianza carcelera". Sólo dada a aquellos delincuentes que no ameritaran pena corporal. El fiador, carcelero o "comentariense", tomaba a su cuidado y responsabilidad la custodia del reo.

No obstante la garantía jurídica, en ocasiones los presuntos implicados eran sometidos a abusos por parte de las autoridades. Se llegó a practicar la costumbre —de juzgados eclesiásticos y civiles— de forzar y de atormentar a los acusados, con el fin de obtener su confesión, considerada como la "reina de las pruebas". Sin embargo, los acusados podían ofrecer sus pruebas, para su defensa. Igual, podían contar con el auxilio de un abogado. Éste, para ejercer, era examinado por la audiencia, máximo organismo judicial en la Colonia. Los juicios eran breves; pero las leyes concedían a los acusados un tiempo para presentar y probar su inocencia, teniendo la oportunidad de utilizar distintos recursos legales, como la apelación ante tribunales superiores".⁴

En la legislación vigente, dictada para las colonias de América; tuvieron lugar preeminente las "*Leyes de Indias*", verdadera síntesis

² Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, *Nuestra Constitución. Historia de la Libertad y Soberanía del Pueblo Mexicano*, 1990, Cuaderno 9, pág. 121.

³ Ibid.

⁴ Idem. p. 122-123.

del derecho hispánico y las costumbres jurídicas aborígenes. Las de Castilla, tenían aplicación en la Nueva España, con carácter supletorio, porque la recopilación de 1681, así lo dispuso. En efecto, para unificar las distintas disposiciones preceptivas dictadas para los dominios en América, Carlos II en 1681, por sugerencia del Consejo, ordenó la conjunción de ellas, en un Código con el nombre de *Recopilación de Leyes de Indias*, cuyo contenido normativo versa sobre múltiples y variadas materias, en donde se observa la *permanente tendencia a proteger a la población indígena contra abusos y arbitrariedades de los españoles, criollos y mestizos*, con el designio invariable de evangelizarla; refrendándose, en ello, el testamento de Isabel la Católica. La legislación de Indias fue protectora del indio; de alguna forma antecedente histórico de nuestras actuales garantías individuales.

1.3.- EN EL DERECHO PENAL PREVIO AL VIGENTE

El prístino antecedente sobre la garantía de protección al inculpa-do, data de la Constitución de Apatzingán (22 de octubre de 1814), que en su artículo 30 señalaba: "todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado". Al proclamarse el México independiente, con Iturbide de emperador, en 1822, se suscribió el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, estableciendo en su artículo 74: "*Nunca será arrestado el que quede fiador en los casos en que la ley no prohíba admitir fianza; y este recurso quedará expedito para cualquier estado del proceso en que conste no haber lugar a la imposición de pena corporal*".

La Constitución Federal de 1824, nada mencionó sobre esta garantía; las Leyes Constitucionales de la República, de 1836, garantizaron al reo tomarle declaración preparatoria, hacer de su conocimiento la causa del procedimiento y acusador; reiterando que jamás podría utilizarse el tormento como método para la averiguación de cualquier delito.

En los siguientes dos proyectos de Constitución (1842), se afirmó que nadie podía ser declarado confeso de un delito, sino cuando

el acusado lo confesara libremente, en forma legal. Los reos podían exigir que se les prestara audiencia, se les dijera el nombre del acusador y se les diera vista de las constancias procesales; pudiendo estar presentes en los interrogatorios y hacer las preguntas que consideraran necesarias para su defensa (Art. 7º). El segundo añadió que, dentro de los procesos criminales ninguna de las constancias serían secretas para el reo; ninguna ley les quitaría el derecho de defensa, ni lo restringiría, y todos los procedimientos serían públicos después de la sumaria, a excepción de los casos "en que lo impida la decencia o la moral" (art. 13). En las Bases Orgánicas de la República Mexicana (1843), de carácter centralista, cristalizó, con el artículo 9º, como derecho de los habitantes, el que: "Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción a la confesión del hecho por el que se le juzga".

En 1856, por nula vigencia de leyes y anarquía reinante, se convocó a un Congreso Constituyente que daría forma a la Constitución de 1857. El artículo 24 del proyecto estableció propuestas, en el sentido de que todo acusado debería ser juzgado breve, públicamente y por jurado imparcial; que se le oyera en defensa por sí o por un "personero", que supiera la naturaleza del delito, la causa de la acusación y el nombre del acusador, y que se le enfrentara con los testigos en contra. El artículo 20, aprobado, otorgaba las mismas prerrogativas que el proyecto, con debate sobre conformación del jurado que debería ser imparcial y estar compuesto de vecinos honrados.

La última referencia sobre esta garantía, en el siglo XIX, se halla en el estatuto Provisional del segundo Imperio Mexicano (1864). El artículo 65 estableció los derechos que el acusado tenía frente a juicio. Prerrogativas consistentes en saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, y exigir que le fueran facilitados, al término del sumario, los datos del proceso, necesarios para preparar su defensa. Al final del Imperio, la Carta de 57, volvió a tener vigencia; hasta 1916, cuando la Revolución de 1910, orilló al país a una serie de procesos de definición y de reorganización en todos los niveles. Se convocó a un Congreso Constituyente que redactó una

nueva Constitución, en donde se plasmó tan magna garantía.

El proyecto de Carranza denotó las deficiencias de la de 1857. En efecto, la Constitución de 1857 señaló las garantías que todo acusado debe tener en juicio criminal; pero en la práctica, eran enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se seguían prácticas verdaderamente inquisitorias, que dejaban, por regla general, a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de investigadores y de jueces. Como suele suceder ahora.

Mencionaba el proyecto los abusos practicados a reos políticos, que mantenían incomunicados en lugares insalubres, forzando su confesión. Que el proceso criminal en México, con pequeñas variantes, continuaba siendo como el implantado durante la dominación española. Mencionó la inexistencia de ley que regulara, de manera clara y precisa, la duración máxima de los juicios.⁵

EL DERECHO A LA DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

Adviértase que, desde la época de los Aztecas, se venía respetando el Derecho a la defensa de los inculpados. En la Constitución del 57, se reafirmó, por su capital importancia, determinando que el acusado podía defenderse por sí mismo y por personero; y, además, se le nombrase otro defensor, que terminó por incumplirse. Es así como adviene, en la nueva Constitución, la más avanzada del universo, en 1917, el reconocimiento de este tan legítimo derecho: a la defensa.

2.1 LA REDACCIÓN ORIGINAL DE LA FRACCIÓN IX, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL, EN RELACIÓN A LA DEFENSA ADECUADA

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en su Título I, Capítulo I, consagró las garantías de que goza todo individuo en México, y en el artículo 20 especificó las del acusado en todo juicio del orden criminal, dándoles una extensión mayor, con la finalidad de salvaguardar las garantías individuales de los mexicanos, como los derechos más caros de que goza todo individuo, como

⁵ Idem. p. 123-125.

son la vida, la libertad y su integridad física y moral, protegiéndolos contra las arbitrariedades de autoridades públicas, cuando se considera que una persona ha cometido un delito y se investiga, o se le sigue un proceso penal.

En su texto original, del artículo 20 Constitucional, se establecía que, en todo proceso en el orden penal, el inculpado tenía las siguientes garantías: Fracción IX.- "Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad, en caso de no tener quién lo defienda se le presentará una lista de los defensores de oficio para que elija él o los que le convengan, si el acusado no quiere nombrar defensores, después de haber sido requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria el Juez, le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que este se halle presente en todos los actos del juicio, pero tendrá la obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite."

2.2 LAS CUATRO PRIMERAS REFORMAS A LA FRACCIÓN NOVENA DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE A PARTIR DE 1948

De entonces, a la fecha, ha tenido cinco reformas: La **Primera Reforma**.- El 02 de diciembre de 1948. Decreto: por el que declara adicionada y reformada la fracción I, del artículo 20 de la Constitución General de la República. **Contenido:** Establece la procedencia de la libertad bajo fianza.

Segunda Reforma.- El 14 de enero de 1985. Decreto: por el que se reforma la fracción I. **Contenido:** propone precisar la reforma en que deberá concederse la libertad provisional bajo caución.

Tercera Reforma.- 3 de septiembre de 1993. Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119, de dicha Constitución. Entre otras, se incorpora además la **defensa adecuada**.

Cuarta Reforma.- **Publicación:** 3 de julio de 1996. Decreto: por el que se reforman y adicionan los artículos 16 y 20 fracción I, penúltimo párrafo; 21, 22 y 73 fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Contenido:** Propone re-

gular las intervenciones de los medios de comunicación privada, para evitar la posibilidad de su uso con ciertos fines relacionados con la justicia penal; la remisión parcial o total de la pena, por la colaboración eficiente, de miembros de organizaciones criminales en la prosecución y desarticulación de éstas; el sistema de recompensas por información validada y efectiva; la colaboración anónima; la protección de testigos bajo reserva de identidad; todo ello dentro de los límites constitucionales y sujeto a una resolución de autoridad judicial, con el propósito de combatir con mayor eficacia la delincuencia organizada.

2.3 LA ÚLTIMA REFORMA A LA FRACCIÓN NOVENA DEL ARTÍCULO VEINTE CONSTITUCIONAL

Quinta Reforma.- 21 de septiembre de 2000. Decreto por el que se declara reformada, adicionada y se derogan diversas fracciones del artículo 20 de la Constitución Política Mexicana. **Artículo Primero:** Se deroga el último párrafo del artículo 20. **Artículo Segundo:** Se reforma el párrafo inicial y la fracción IV del artículo 20; se agrupa el contenido del artículo en un apartado A, y se adiciona un apartado B, relativo a la protección y/o apoyo a víctima u ofendidos.

Como se ve, la fracción IX, apartado A, del artículo 20 Constitucional, a diferencia de su texto original, solamente ha sufrido una modificación, que lo fue en la reforma de 1993, en donde se estableció la DEFENSA ADECUADA, tomando en cuenta que el texto original establecía que: "se le oír por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad, en caso de no tener quien lo defienda se le presentará una lista de los defensores de oficio para que elija él o los que le convengan, si el acusado no quiere nombrar defensores, después de haber sido requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez, le nombrará uno de oficio..."; mientras que el texto actual refiere: "... 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,...". Nótese que en ambos textos se establecía la defensa por sí o por persona de su confianza, y que el único cambio substancial que hubo fue la incorporación de la **defensa adecuada**; lo cual no implica que se tenga que restringir la designación de persona de confianza, ni la defensa por sí, ya que el espíritu del constituyente al no quitarlas, consideró necesaria la salvaguarda de libertad plena a los indiciados para decidir por quién desean ser defendidos dentro de un procedimiento penal; pero, eso sí, exigiendo, en su alcance, que quien los apoye, los asesore, sea un profesional del Derecho, ya que **una defensa adecuada** sólo la pueden ejercer los profesionales del derecho, sin óbice de que, también, los ciudadanos que lo acompañen, sean conocedores de la materia, pero que no cuentan con calidad de abogados; todo, dado el supuesto de que la Constitución faculta al Juez para designarle un defensor de oficio aun cuando el acusado no quiera o no pueda designarlo; por lo que, de igual manera, debe darse tal circunstancia; obligada, desde la averiguación, dada la redacción de las fracciones IX y X, del apartado A de dicha disposición Constitucional; y reafirmado en el **segundo párrafo del artículo 160 del Código Federal Procesal**.

Esto es así, porque así lo consideró el **legislador**, independientemente de que el inculpado o la persona de confianza fuesen o no conocedores del Derecho Penal, evitando el riesgo de que pudiese quedar en estado de indefensión, por falta de una "defensa adecuada" (si no, para qué establecía dicha figura), evitando las injusticias de los investigadores y juzgadores, no para confundir, o seguir dejando una puerta abierta a la iniquidad de quienes integran la averiguación previa. De otra forma, no hubiese tenido caso crearla e imponerla. Sólo que, lamentablemente, no se interpreta así, y por ello, se anula tal señalamiento, en la etapa de la investigación del delito, atribuible al inculpado, aduciendo que se cumple con la Constitución, al nombrar persona de confianza, en vez de abogado con cédula profesional, vulnerando flagrantemente dichas disposiciones, mediante trampas ministeriales absurdas.

En efecto, lo señalan juristas, respetables, honestos y dignos

ejercitantes de la Ciencia del Derecho Penal, en el sentido de que: "El artículo debe interpretarse de conformidad con lo que establece la fracción IX del artículo 20 constitucional; si bien es cierto que la Constitución indica que al acusado se le oirá en *defensa* por sí o por *persona de su confianza*, ello implica que la persona de su confianza sepa defender y esto sólo lo puede hacer quien tenga conocimientos jurídicos probados ante la autoridad competente, que por ello expide la correspondiente cédula profesional. La interpretación errónea de los enunciados anteriores, ha permitido una corrupción que afecta gravemente al sistema de nuestra justicia penal, lo cual vulnera principalmente al inculpado que, además de ser afectado por gestores sin título, queda sin defensa en el proceso. Por lo mismo, es saludable que junto a la persona de confianza del inculpado se nombre a un defensor de oficio, debiendo éste, en tales supuestos, ser representante común de la defensa."⁶

PRÁCTICA APLICADA EN EL MINISTERIO PÚBLICO PARA ANULAR EL DERECHO A LA DEFENSA ADECUADA

3.1- GARANTÍAS QUE DEBE TENER EL INculpADO, DE ACUERDO CON LA FRACCIÓN IX DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL APARTADO A (SE DA POR REPRODUCIDA)

En la fracción X, párrafo cuarto, dispone: "**Las garantías previstas en las Fracs. 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...**"

El artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone: "Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

Fracción III, Inciso b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio".

⁶ Díaz de León, Marco Antonio, *Código Federal de Procedimientos Penales Comentado*, 7ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, P. 295-296.

Más aún, el segundo párrafo del artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, preceptúa: "Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculcado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado en todo lo que concierna a su adecuada defensa".

Pero, resulta que, hay agentes ministeriales que no se ajustan al espíritu de la Constitución y a su Ley Reglamentaria, en lo que respecta, a la institución jurídica de la "DEFENSA ADECUADA", ya que, en la Averiguación Previa, una vez que tienen a su disposición detenidos, lejos de hacerles valer, de inmediato, sus derechos y garantías establecidos en las disposiciones señaladas, levantan el acta correspondiente, asentando que les hacen saber sus derechos, pero que manifestaron "que se reservan sus derechos" para designar defensor o persona de su confianza, hasta llegado el momento oportuno; acta que les firma el inculcado y que, no es sino hasta que están por transcurrir las 48 horas, y ya para tomarles declaración ministerial, les asignan defensor particular, o al familiar o un pasante del servicio social; pero jamás les dicen que ahí hay un Defensor Público Federal, el cual siempre está presente o localizable, durante las 24 horas; y, no lo hacen porque les es incómodo por razones múltiples, y otras muy "obvias" (y porque les solicita libertad bajo fianza, les ofrece pruebas, exige que se les hagan saber sus derechos, como no declarar si no lo quiere hacer, solicita copias y le muestren las actuaciones, presenta queja ante Derechos Humanos, etc.).

Con lo cual, no sólo se vulneran las garantías y derechos de los inculcados y transgreden las reglas del procedimiento, sino que pudiesen incurrir en responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en los artículos 53, Fracción I; 54, fracción I y 69, reformados de la Ley Orgánica de la P. G. R. Incluso podrían caer en los delitos con-

tra la Administración de Justicia, señalados en las fracciones VII y VIII del artículo 225 del Código Penal Federal.

3.2 MOTIVOS POR LOS QUE NO SE HAN CORREGIDO LAS VIOLACIONES A LA GARANTÍA INDIVIDUAL DE "DEFENSA ADECUADA"

Se sigue violando tan fundamental derecho en virtud de que, mientras en algunos criterios de tesis, los tribunales federales han establecido que *el espíritu del legislador fue el de otorgar a los gobernados acceso a la justicia, y que tal prerrogativa se colma cuando se da la posibilidad a las personas de escasos recursos económicos de que, durante el desarrollo del proceso al que se encuentran sujetos, incluyendo la averiguación previa, estén asesorados por profesionales del derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada*; y, que, en razón de ello, los artículos 160 y 287, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales, constituyen una ampliación y reforzamiento de las garantías contenidas en el artículo 20 Constitucional apartado A, fracciones IX y X; y que por ello, deben ser fielmente acatados; ya que, *sin defensor público (cuando no tiene abogado particular) carece de valor probatorio cualquier declaración del inculpado cuando la designación hecha por el ministerio público para recibirla no recae en un defensor de oficio. Que, de lo contrario, la defensa que se le asigne no sería la adecuada en contravención al texto constitucional y a las disposiciones legales secundarias citadas*.

Otras, más blandengues y confusas, señalan que carece de valor probatorio la declaración del inculpado cuando la designación hecha por el ministerio público para recibirla no recae en un defensor de oficio, de acuerdo con el artículo 128, fracción III, inciso b), del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con el diverso 287, fracción II, del mismo ordenamiento legal; ambos en concordancia con las fracciones IX y X, apartado A del 20 Constitucional; ya que, por ello, sostienen, se establece que desde el inicio de su proceso, el inculpado será informado de los derechos

que en su favor consigna la Constitución, otorgándole una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Surtiéndose, con ello, la primera y la tercera de las hipótesis cuando el acusado manifiesta de manera clara, (no como lo hace, simuladamente, el Ministerio Público) su voluntad de defenderse por sí solo, o bien designa como tal a una persona de su confianza. Sin embargo, cuando no manifiesta su voluntad de defenderse por sí mismo y además expresa que no tiene persona de su confianza, deberá serle designado un defensor de oficio, hoy defensor público, pues de lo contrario la defensa que se le asigne no sería la adecuada en contravención al texto constitucional y disposiciones legales secundarias citadas. Que sólo en el caso de que la persona que el Ministerio Público nombró al quejoso para que lo asistiera en su declaración ministerial no tenga carácter de defensor de oficio, por estar en el supuesto contemplado en la fracción IX del artículo 20 de la Carta Magna, es inconcuso que tal nombramiento no satisface el requerimiento constitucional anotado y en esa virtud, la declaración ministerial vertida carece de valor probatorio.

Existen otras, la más cruel, la emitida por la H. Suprema Corte, en el sentido de que: las garantías de defensa, previstas en las fracciones I, V, VII, IX y X, de dicho artículo Constitucional, también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes fijen, pero sujetas a las limitaciones y reglamentaciones, que al respecto se establezcan por el legislador ordinario, pero, que al no señalarse la mencionada exigencia, para colmar tal garantía en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual resulta aplicable al regir específicamente a esa garantía, en esta fase, previa procedimental, es inconcuso que los inculpadados se encuentran autorizados para ejercer dicha garantía constitucional por sí, por abogado o por persona de su confianza; y que para el debido desahogo de esas diligencias ministeriales no se requerirá que la designación aludida recaiga, forzosamente, en un perito en derecho o profesional del ramo. A sus autores los iluminó la diosa Némesis.

En otra más, se determina que, en la declaración ministerial, no es requisito que la persona que asista al indiciado sea abogado; porque una correcta interpretación del artículo 20 Constitucional fracción IX apartado A, lleva a considerar que no necesariamente debe ser un abogado la persona que asista al indiciado al emitir su declaración ministerial, cuenta habida que dicho precepto señala, que el inculcado "...tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por una persona de su confianza", de lo que se deduce que no es indispensable que la asesoría en la diligencia aludida, deba ser proporcionada forzosamente por un perito en derecho. En otra se sostiene que **no es violatorio de garantías que el ministerio público designe como defensor a un pasante en derecho**. Que es incorrecto el argumento del peticionario del amparo, en el sentido de que, al rendir su declaración ministerial, se vulneró en su contra, lo previsto en el artículo 128, incisos a), b), c) y d) del Código Federal de Procedimientos Penales, porque el representante social federal le designó como defensor a un pasante en derecho; toda vez que el referido numeral señala, en lo conducente: "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 pudiese designar defensor, se le asignará desde luego, un defensor de oficio**; c).-...; d).-...;..." y si esas exigencias fueron satisfechas, ya que el Agente del Ministerio Público Federal hizo saber al inculcado, el derecho que tenía de designar defensor particular, a lo que manifestó que se reservaba esa prerrogativa, por lo que dicho funcionario le designó un pasante en derecho, quien al estar presente aceptó el cargo conferido, protestó su fiel y legal desempeño y firmó el acta [...]; es evidente que, como el referido numeral no exige que el defensor de oficio en la etapa de averiguación previa sea necesariamente un abogado, un pasante en

derecho puede fungir como tal y, por ende, no se viola garantías en perjuicio de la parte quejosa. ¡Absurdo y deleznable criterio! Aprovechado y manipulado por el Ministerio Público, cuando así lo determina ad libitum.

Lo anterior, es contrario al nuevo concepto de defensa, la "DEFENSA SOCIAL", que pretende identificarse con el movimiento de política criminal que tiende a encontrar una "nueva actitud" hacia el delincuente. El que pretende cambiar la concepción del delincuente, fundamentalmente, para ver en él a un ser humano; erradicando ciertos dogmas y "ficciones legales", sobre los cuales se construye y desarrolla el viciado sistema punitivo actual, con inadecuadas medidas al momento social, como la de que "la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento" y otras zarandajas, contrarias a la llamada responsabilidad social o atenuación de las medidas a tomar, con relación a los delincuentes. Por lo cual, invocamos la necesidad de modificaciones esenciales en el régimen legal punitivo; creando un auténtico Derecho Penal, humanitario, congruente a la sociedad igualitaria, democrática, actual, sin el cual no puede edificarse la adecuada concepción del delincuente y de la pena. Sin ello, no podrá construirse la nueva, auténtica, "Defensa Social Penal"; y persistirá la ausencia de ética ministerial; y, hasta jurisdiccional, al apoyar semejante criterio.

El Gobernador de Michoacán, en el 193 aniversario de la instalación del Primer Supremo Tribunal de Justicia de la América Mexicana, en Ario de Rosales, Michoacán, ante la respetable ministra Olga Sánchez Cordero, preciso: "... este tipo de eventos nos sirve para promover la cultura de la legalidad, ya que esto fortalece la democracia y hace posible la convivencia de la sociedad." "Sólo con el respeto a la ley y al estado de derecho habrá justicia en la sociedad." ¿Se guarda ese respeto a la justicia penal, en la práctica?

Por eso, algunos de los servidores del IFDP, nos preguntamos:

- *¿Por qué razón existen tantas tesis aisladas y en particular una Jurisprudencia formada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sentido contrario a tal artículo 20 Const. Frac. IX, Apartado A?*

- *¿Por qué, si el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, es una ampliación de garantías, a la fecha se han estado formando nuevos criterios respecto, de si se debe de cumplir o no dicho requisito en la averiguación previa?*
- *¿Por qué no se respeta el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, por parte de las Agencias Investigadoras del Ministerio Público Federal, si se supone que dicho numeral es una ampliación de esas garantías constitucionales?*
- *¿Por qué razón, en la reforma Constitucional al artículo 20 Apartado A, fracción IX, en donde se adicionó la defensa adecuada, se dejó subsistente en el texto constitucional la defensa POR SÍ O POR PERSONA DE SU CONFIANZA?*
- *Y sobre todo, ¿por qué razón, en vez de crear una ampliación de garantías contenida en una Ley Secundaria, art. 160 C. F. Ps. Ps., no se hizo mejor una reforma Constitucional en ese sentido? ¿Por qué aún no se lleva a cabo?*
- *¿Por qué, en suma, no se reforma dicha disposición Constitucional en la fracción señalada y se evita que los agentes ministeriales, se aprovechen de tal confusión, para seguir violentando la garantía de derecho "a la Defensa Adecuada" de los detenidos?*
- *¿Por qué, mientras tanto, los Tribunales Colegiados de Circuito y/o la H. Suprema Corte, no le dan la interpretación uniforme, firme y debida a tal disposición, y evitan mayores confusiones, so pretexto de que no se les puede coartar el derecho a los detenidos de defenderse por sí o por persona de confianza, cuando designarles abogado titulado no impide lo otro?*

PROPUESTA

El supremo objetivo, trazado por los defensores con responsabilidad y con ética profesional, en defensa de los justiciables que llegan a tener el infortunio de ser puestos a disposición del MINISTERIO PÚBLICO es en el sentido de que se les respeten sus garantías individuales; y es por eso, por lo que, pretendemos que, la fracción IX

del apartado A del artículo 20 Constitucional, ampliada, de alguna manera, por el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales; sea interpretada con toda rigurosidad, y quede con la redacción siguiente:

FRACCIÓN IX.- Desde el momento de su detención será informado de las garantías que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por abogado o por persona de su confianza, siempre y cuando esta última cuente con cédula profesional que le acredite como licenciado en derecho; de lo contrario, se le designará a un abogado de oficio. Si no quiere o no puede nombrar abogado defensor después de haber sido requerido para hacerlo, de igual forma se le designará un abogado de oficio. También tendrá derecho a que su abogado defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y...

Naturaleza del concurso aparente de normas en el Código Penal Federal

*Rafael Fernando Cruz Cruz**

Nuestro actual Código Penal Federal no establece en forma precisa en qué consiste el concurso aparente de normas, ni en qué casos se presenta, sólo hace una mención en relación a la forma en que debe resolverse en el segundo párrafo del artículo sexto, en caso de actualizarse por el Principio de Especialidad, sin determinar en qué consiste; en cambio, la jurisprudencia lo interpreta como concurso aparente de normas, concurso aparente de delitos, concurso aparente de tipos penales, pudiendo recibir igualmente la denominación de concurso aparente de conductas o de hechos; todos estos conceptos se refieren al conflicto que en un determinado momento pueda surgir por ejecución simultánea aparente de dos conductas que puedan ser encuadradas en dos descripciones típicas, teniendo aplicación sólo una de ellas, quedando excluida una de las conductas, por aplicación de uno de los principios reguladores que hacen que cese dicho conflicto, teniendo como característica principal el de la aplicación aparente de ambas descripciones.

Para su estudio, podemos observar que se encuentra ubicado en la parte general del Código Penal Federal, y forma parte del estudio de las formas especiales de aparición del delito junto con la inter-

* Defensor Público Federal.

pretación de la tentativa de delito, autoría y participación, y su interpretación se encuentra relacionada estrechamente con el concurso real de delitos, concurso ideal de delito, el delito continuo, y el delito continuado, de tal forma que para una mejor comprensión daremos los conceptos de cada uno de ellos; por lo que existe concurso real cuando, con pluralidad de conductas, se cometen varios delitos, resultando más comprensible por la descripción otorgada por el autor Günter Stratenwerth, al interpretar el Código Penal alemán cuando afirma que habrá concurso real o pluralidad de hechos cuando varias lesiones de la ley penal constituyan varias acciones independientes; por su parte habrá concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos; esta descripción queda clara cuando se actualiza la conducta de homicidio y daños culposos: una conducta de falta de deber de cuidado que ocasiona privación de la vida y daños materiales sobre vehículos; por lo que corresponde al delito continuo, es aquel que se encuentra establecido en la fracción II, del artículo séptimo del Código Penal Federal, y se actualiza cuando la consumación se prolonga en el tiempo; ejemplo claro de la comisión de este delito es el establecido en el artículo 366 fracción I, del Código Penal Federal, inciso a), denominado secuestro; en cambio el delito continuado es el establecido en la fracción III del mismo artículo en mención, y es aquel que con una unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto, ejemplo claro es el clásico llamado "robo hormiga", ya que coincide con todos sus elementos con esta descripción.

Ahora bien, se describen como formas especiales de aparición del delito, porque lo normal es que en un hecho se consuma un delito de forma instantánea, y no varios, exista un autor directo o principal y no varios, se consuma en su totalidad el delito y no sólo exteriorizado en parte de su ejecución.

Asimismo, el concurso aparente de normas aparece en nuestro sistema jurídico no sólo en materia penal, sino también entre normas de naturaleza administrativa y penal, entre normas de consu-

mación instantánea y las formas especiales de aparición como puede ser en el delito tentado, entre el concurso real y el concurso ideal.

Un ejemplo claro por el que se manifiesta el conflicto aparente de normas en materia penal son los tipos penales de robo equiparado establecido en el artículo 368 quater, y contra el consumo y riqueza nacional contenido en el 254 fracción VII, ambos del Código Penal Federal, y que encuentra solución en el Principio de absorción, ya que se puede observar que ambos son coincidentes en todos sus elementos externos, normativos y subjetivos, por lo que se trata de la misma conducta descrita en dos tipos penales, pero que por aplicación del Principio de absorción, el delito contra el consumo y riqueza nacional es subsumido en el de robo equiparado, porque su injusto penal o desvalor de la conducta es absorbido por el de mayor gravedad para el bien jurídico afectado, ya que responde a una sucesión de actos con el mismo propósito o finalidad, en consecuencia no se trata de un concurso real de conductas, como lo establece el siguiente criterio:

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Octubre de 2001

Tesis: VI.1o.P.118 P

Página: 1110

DELITO CONTRA EL CONSUMO Y LA RIQUEZA NACIONALES. DEBE SUBSUMIRSE AL DE ROBO EQUIPARADO. Es ilegal la sentencia dictada en un proceso penal cuando por los mismos hechos se condena por el delito de robo equiparado, previsto y sancionado en los artículos 368, fracción III (vigente en la época de los hechos), en relación con el 370 del Código Penal Federal, y por el diverso delito contra el consumo y riqueza nacionales, contemplado por el artículo 254, fracción VII, del mismo código sustantivo, en razón a que estos ilícitos, aun cuando quedaron debidamente acreditados, no pueden sancionarse ambos, ya que

la intención del sujeto activo del delito era precisamente el robo de combustible y la conducta consistente en la alteración al equipo o instalaciones de la industria petrolera es solamente un medio para lograr finalmente el apoderamiento ilícito de hidrocarburos; de tal suerte que aquella conducta se subsume a la del robo que por su amplitud la comprende.

Los principios mediante los que se soluciona el conflicto aparente de normas son los siguientes: 1).- Absorción o consunción, ya explicado, 2).- Especialidad, 3).- Subsidiaridad y, 4).- Alternatividad. De todos éstos, el que se encuentra expresamente en nuestro Código Penal Federal es el de especialidad, en el artículo sexto en su segundo párrafo, el cual consiste en que la norma penal especial prevalecerá sobre la general, de tal manera que si alguien se apodera de mercancías que se encuentran en el interior de un recinto fiscal, no comete el delito de robo establecido en el artículo 367, del Código Penal Federal, sino el diverso establecido en el artículo 115, del Código Fiscal de la Federación.

Una disposición que ha dado origen a un verdadero conflicto de normas en materia procesal es el establecido en el artículo 92, Fracción III, párrafo cuarto del Código Fiscal de la Federación, con los artículos 94, del mismo Código Fiscal y el artículo 29 del Código Penal Federal, en el cual podemos observar que para conceder el beneficio de la libertad provisional bajo caución existen disposiciones contrarias que causan un verdadero conflicto en su aplicación ya que, mientras el primero de los preceptos establece que para la concesión de la libertad provisional bajo caución debe comprender las contribuciones adeudadas, el artículo 94 establece que en los delitos fiscales la autoridad judicial no impondrá sanción pecuniaria, mientras que el artículo 29 del Código Penal Federal establece que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño, de tal manera que existen dos preceptos en materia adjetiva en conflicto aparente de aplicación derivados de una ley penal especial, lo cual ha generado los siguientes criterios contradictorios:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO

LO 92, PÁRRAFO CUARTO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL AL CONDICIONAR ESE BENEFICIO AL PAGO DE UNA GARANTÍA POR EL MONTO ESTIMADO DEL DAÑO O PERJUICIO FISCAL, INCLUYENDO LAS CONTRIBUCIONES ADEUDADAS, ACTUALIZACIÓN Y RECARGOS. El mencionado precepto legal establece que para conceder el beneficio de la libertad provisional, excepto tratándose de los delitos graves, el monto de la caución que fije la autoridad judicial comprenderá, en su caso, la suma de la cuantificación del daño o perjuicio determinado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y las contribuciones adeudadas, además de la actualización y recargos que hubiera determinado la autoridad fiscal a la fecha en que se promueva dicho beneficio, entendiendo estos conceptos, en su conjunto, como el menoscabo patrimonial que contrae como consecuencia el delito de defraudación fiscal. Por otro lado, debe considerarse que como el referido artículo 92 se ubica en el Capítulo II, "De los delitos fiscales", del Título IV, "De las infracciones y delitos fiscales", su análisis no puede hacerse de manera aislada, sino inmersa en el sistema que integra, por lo que resulta dable su interrelación con el artículo 94 del propio código que prevé que en los delitos fiscales está prohibido a la autoridad judicial imponer sanción pecuniaria, así como que las autoridades administrativas, con arreglo a las leyes fiscales, harán efectivas las contribuciones omitidas, los recargos y las sanciones administrativas correspondientes, sin que ello afecte al procedimiento penal, y si además el artículo 29 del Código Penal Federal, establece que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño, se concluye que la prohibición de que se trata incluye ambas modalidades, por lo tanto el mencionado artículo 92, párrafo cuarto, del Código Fiscal de la Federación transgrede la garantía establecida en beneficio del procesado en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Federal, pues si el monto estimado de la reparación del daño no va a ser materia de la condena que, en su

caso, pudiera decretarse, resulta indebido el requisito de que se garantice ese concepto para efectos de la libertad provisional. T.A. CLXXIV/2004.

No. Registro: 209,470

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XV, Enero de 1995

Tesis: IV.3o. 118 P

Página: 217

DELITO DE DEFRAUDACIÓN FISCAL. MONTO DE LA CAUCIÓN PARA GARANTIZAR LA LIBERTAD PROVISIONAL. Una interpretación del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación conduce a estimar que en los delitos fiscales en que proceda la libertad provisional, el monto de la caución que fije la autoridad judicial comprenderá, en su caso, la cuantificación correspondiente del daño o el perjuicio efectuado a la autoridad fiscal en la querella formulada o declaratoria de perjuicio, y las contribuciones adeudadas, incluyendo actualización y recargos, que hubiere determinado la autoridad a la fecha en que se promueva la libertad provisional. Por lo que si el administrador fiscal federal comunica al juez de amparo que las contribuciones adeudadas por el agraviado ascendían a determinada cantidad, incluyendo el perjuicio consignado en la querella, su actualización y recargos, es de concluirse que se encuentra ajustado a derecho que el juzgador federal haya fijado la fianza que debería cubrir el inconforme a fin de concederle el beneficio de libertad provisional bajo caución.

Nota: Por ejecutoria de fecha 20 de mayo de 1998, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 40/96 en que había participado el presente criterio.

Sin embargo, la solución se encuentra tomando en cuenta que no se trata de conductas clasificadas como graves, ya que no se trata

de bienes jurídicos tutelados por una gravedad extrema, puesto que deja reservada la facultad de la autoridad administrativa para realizar el cobro de las contribuciones omitidas, luego entonces si se encuentran reservadas las facultades coactivas a la parte afectada que es la Secretaría de Hacienda, para hacer efectivos dichos cobros con sanciones y recargos, entonces no es entendible que el juzgador exija, además de las obligaciones procesales, la reparación del daño a satisfacción de la Secretaría de Hacienda, por lo que este conflicto de aplicación de normas para obtener el beneficio de libertad provisional bajo caución encuentra solución en el Principio de Subsidiariedad, al encontrarse la conducta sancionada por el procedimiento administrativo la contribución omitida; en este sentido, la facultad del juzgador para exigir el monto de la reparación del daño quedaría como subsidiaria o de reserva en caso de que la autoridad administrativa no haga uso de sus facultades coactivas, por lo que el Principio de Subsidiariedad se entiende ante la existencia de conflicto entre dos normas, una principal y otra subsidiaria, por lo que cuando no puede aplicarse la principal entra en acción la subsidiaria.

Principio de Alternatividad: se actualiza cuando dos tipos penales son coincidentes en el objeto material, ya que como elemento externo forma parte de la misma conducta, que en nuestro sistema jurídico no permite que sean punibles como hechos distintos, al respecto se han emitido los siguientes criterios acertados :

No. Registro: 234,062

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

205-216 Segunda Parte

Tesis:

Página: 40

Genealogía: Informe 1986, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 39, página 26.

SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN Y TRANSPORTACIÓN CUANDO SE TRATA DEL MISMO ESTUPEFACIENTE. SE SUBSUMEN. Procede considerar que cuando se trata del mismo estupefaciente, no es posible sancionar las modalidades de posesión y transporte en forma autónoma, pues, o bien la posesión se subsume en la transportación por ser condición la primera de la segunda, o se excluye la transportación por ser dicha actividad un mero acto de manejo sobre la hierba poseída, siendo indiferente sancionar una u otra modalidad en atención al principio de alternatividad que rige la concurrencia de normas incompatibles, tratándose de conductas realizadas por el mismo sujeto activo.

No. Registro: 210,910

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XIV, Agosto de 1994

Tesis: IV. 2o. 54 P

Página: 659

SALUD, DELITO CONTRA LA. SANCION ALTERNATIVA (POSESIÓN Y TRANSPORTACIÓN). Quien transporta un estupefaciente forzosamente lo posee, pues la posesión al mismo tiempo que constituye una modalidad, aunada a otra actividad, como lo es el traslado de estupefacientes, configura la transportación. Así, la primera, como conducta simple, desaparece por virtud de la subsunción al surtirse la compleja de transportación, según la jurisprudencia número 1744 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación visible en la página 2807 del Apéndice de 1917 a 1988, publicada bajo el rubro: "SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN, SE SUBSUME EN LA DE TRANSPORTACIÓN". Sin embargo, bien sea por un error de técnica jurídica del Tribunal de apelación o por alguna cuestión procesal, si el Resolutor aprecia y sanciona el hecho típico y punible en su forma

más general (posesión) con exclusión de la particular (transportación); entonces, atendiendo al principio de alternatividad que rige la concurrencia de normas incompatibles cuando se da en una sola conducta realizada por el mismo sujeto activo, tal proceder no es violatorio de garantías, máxime si el sentenciador es congruente con el auto de formal prisión y el pliego acusatorio del Ministerio Público Federal.

Con la entrada en vigor de las reformas a los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal, se establece una nueva interpretación de la aplicación del Principio de absorción o Consunción, al actualizarse en el primero de ellos la compurgación simultánea de la prisión preventiva, por ejemplo si se trata de penas impuestas en el fuero común y fuero federal, o por dos delitos cometidos en el fuero federal pero de distinta naturaleza, es por lo que se establece en el segundo párrafo del artículo 25, que la prisión privativa de libertad es una institución que debe compurgarse de forma simultánea, si de los hechos se puede observar que se trata de la comisión de delitos distintos, por hechos anteriores al ingreso a prisión, situación que nos lleva a establecer la compurgación simultánea de la prisión preventiva de ambos delitos pese a ser distinto fuero, o bien por tratarse de dos hechos distintos del fuero federal, por lo que el recuento de la prisión preventiva deberá contarse desde el momento en que se privó de libertad por el primer delito, sea ante el Ministerio Público, como la puesta a disposición ante autoridad judicial, por lo que la prisión preventiva es aquella que comprende desde que es detenido hasta antes de dictarse sentencia, y que coincida en ambos procedimientos y proceso penal hasta antes de dictarse sentencia descontándose los días de intersección coincidentes de prisión preventiva para ambos procesos.

De esta forma, se puede observar que el legislador estableció la aplicación del Principio de la absorción de la prisión preventiva por compurgación simultánea de ambos delitos, ante la imposibilidad práctica del hacinamiento de las cárceles mexicanas, y la ineficacia del carácter readaptador de hacer sufrir varias prisiones

preventivas acumuladas a un mismo individuo, y para prevenir la repetición del delito basta la aplicación retributiva de la aplicación de ambas punibilidades con la compurgación de la prisión preventiva simultanea.

Por lo que corresponde al artículo 64 del Código Penal Federal se establece la compurgación simultanea de la pena de prisión por absorción de la pena menor a la mayor, impuesta por concurso real por la comisión de delitos del fuero federal en el mismo o distinto proceso, la cual admite tres supuestos: 1) que los hechos sean conexos, 2) que los hechos sean similares, 3) o que los hechos sean derivados uno de otro.

Compurgación simultanea por conexidad, se actualiza cuando la conducta menos grave se subsume a la de mayor gravedad, ejemplo de ello es cuando se aplican las condenas por los delitos de venta y posesión de marihuana, por concurso de punibilidades se imponen quince años de prisión, cinco años de prisión por la comisión de posesión de marihuana con la finalidad de venta, y diez años de prisión por lo que corresponde a la venta del mismo estupefaciente, por aplicación del artículo 64 a comento se puede observar que se trata de delitos enlazados, semejantes, iguales o análogos, de tal forma que de un estudio de los hechos el sentenciado se valió de la posesión de una cantidad de estupefaciente teniendo la finalidad de ejercer un acto de comercio, constituyendo un delito diverso al de venta de dicho estupefaciente hecho del cual se puede concluir que se trata de que con la finalidad de venta se tiene que demostrar como presupuesto la posesión de una cantidad de marihuana, situación que nos lleva a establecer la conexidad del delito de posesión con el de venta de marihuana, en consecuencia como lo establece el artículo 64, segundo párrafo, del Código Penal Federal, el cual impone que si los hechos resultan conexos, las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de libertad por el primer delito, por lo que se trata de un verdadero concurso aparente de punibilidades, en el que la punibilidad mas grave absorbe el injusto menos grave.

Compurgación simultanea por ser hechos similares se actualiza cuando se impone pena privativa de libertad por los delitos de venta de marihuana, en distintos hechos, toda vez que de los hechos se puede observar que se trata de la comisión de delitos similares, iguales o análogos, de tal forma que de un estudio de los hechos contenidos en distintas causas penales, seguida ante el mismo o distinto juzgado el sentenciado fue sentenciado por los delitos de venta de marihuana, por ambos juzgadores o por el mismo juzgador, situación que nos lleva a establecer la similitud de los delitos de venta de estupefaciente de marihuana, en consecuencia como lo establece el artículo 64, segundo párrafo, del Código Penal Federal, el cual impone que si los hechos resultan similares, las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de libertad por el primer delito, es decir que deben compurgarse de forma simultanea.

Compurgación simultanea por ser hechos derivados uno de otro. Si de los hechos se puede observar que se trata de la comisión de delitos derivados uno de otro, como tercer supuesto contenido en el artículo 64, en su segundo párrafo en su segundo supuesto, de tal forma que de un estudio de los hechos seguido ante un mismo juzgado, al sentenciado le fue impuesta pena privativa de libertad por concurso real de los delitos de posesión de estupefaciente con fines de venta, y portación de arma de fuego sin licencia, situación que nos lleva a establecer la derivación del segundo delito con motivo de la ejecución primer delito, ya que al momento de ser detenido al ejecutar la orden de aprehensión por el delito contra la salud, se le encontró el arma de fuego, en consecuencia como lo establece el artículo 64, segundo párrafo, del Código Penal Federal, el cual impone que si los hechos resultaren derivados uno del otro, la pena del delito que merezca la menor debe ser absorbida por la del que merezca la mayor, con base en el Principio de absorción, y en el caso concreto, la pena del delito de portación de arma de fuego sin licencia, debe ser absorbida por la penalidad mayor que es la de posesión de cocaína con fines de venta, por lo que ambas penas deberán contarse desde el momento en que se privó de libertad como si se tratara de uno sólo.

Al respecto se ha emitido el siguiente criterio como interpretación de las reformas a ambos artículos comentados:

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. SU CUMPLIMIENTO CONFORME A LOS ARTÍCULOS 25 Y 64 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL (INTERPRETACIÓN A LAS REFORMAS PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 26 DE MAYO DE 2004). Para determinar la forma en que deben compurgarse las penas impuestas por la autoridad judicial se debe interpretar el Código Penal Federal, como un conjunto de normas reguladoras de los diversos supuestos de la ley, atendiendo a los motivos que el legislador propone al respecto; por ello, de una correcta interpretación gramatical, lógica y sistemática de la reforma a los artículos 25 y 64, del citado código, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintiséis de mayo de dos mil cuatro, se obtienen los siguientes supuestos a aplicar al momento de compurgar las penas de prisión: a) La expresión "en este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea", contenida en el segundo párrafo del mencionado artículo 25, no se refiere al cumplimiento simultáneo de la totalidad de las sanciones de prisión impuestas en diversos juicios, sino únicamente al tiempo de privación de la libertad preventiva, es decir, la parte correspondiente de la pena impuesta relativa al cuántum de la prisión preventiva, la que debe darse por compurgada de manera simultánea en todas las causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión; b) El diverso artículo 64 del citado ordenamiento, en su segundo párrafo, establece que en caso de concurso real, esto es, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos, si las penas se imponen en el mismo proceso o en distintos, pero si los hechos resultan conexos o similares, o derivado uno del otro, las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de la libertad por el primer delito, esto es, las penas impuestas se compurgarán simultáneamente; y c) En el caso de que las penas privativas de libertad hayan sido impuestas por diversos delitos, en diferentes causas penales y los hechos no sean conexos o similares, o derivado uno del otro, las

sanciones deben computarse en forma sucesiva, esto es, la segunda a partir de la extinción de la primera, con excepción de la prisión preventiva, la cual debe darse por compurgada de manera simultánea en todas las causas, o dicho de otra forma, debe descontarse de la pena impuesta, como lo establece el segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal Federal.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.
X.3o.37 P

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXII, Octubre de 2005. Pág. 2439. Tesis Aislada.

BIBLIOGRAFÍA

Arce Ageo, Miguel. *Concurso de delitos en materia penal*. Universidad Buenos Aires. Argentina. 1996.

Sanz Morán, Ángel José. *El concurso de delitos: aspectos de política criminal legislativa*. Universidad de Valladolid. España. 1986.

Pavón Vasconcelos, Francisco. *Concurso aparente de normas*. Porrúa. México. 1994.

Stratenwerth, Günter. *Derecho Penal, Parte General I*. Edersa. España. 1982.



¿Flagrante delito o detención ilegal?

"No basta decir solamente la verdad,
mas conviene mostrar la causa de la falsedad".
Aristóteles

*Mauricio Fernández de la Mora**

El tema de las detenciones ilegales en nuestro país ha sido poco explorado en el ámbito jurídico; sin embargo, es de gran trascendencia, toda vez que por una parte, lo primero que se debe analizar en un expediente al aceptar el cargo de la defensa, es precisamente si la detención fue realizada con apego a derecho, toda vez que en caso de lograr demostrar que la detención fue ilegal, esto significará que las pruebas obtenidas en dicha detención, se convierten en prueba ilícita, y por consiguiente carecen de valor probatorio y no podrán ser introducidas a un proceso penal, acorde a la doctrina dominante del derecho penal, así como por diversos criterios jurisprudenciales; y por otra parte, se estaría en presencia de una grave violación a los derechos humanos reconocidos por México a través de diversas convenciones y tratados internacionales, y esto traspasa el ámbito jurídico a una serie de problemas de índole social de gran magnitud, como lo señalaré con posterioridad.

Ahora bien, en la práctica, podemos observar que más del noventa por ciento de los procesos penales son iniciados a consecuen-

* Defensor Público Federal.

cia de detenciones en flagrante delito efectuadas por elementos de los diversos cuerpos policíacos, una situación que llama la atención si se analiza cuidadosamente el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que señala como primer supuesto de una detención, por medio del cumplimiento a una orden judicial, y como excepción, en caso de delito flagrante, debiendo destacar que esta última hipótesis no fue dirigida a las autoridades de seguridad pública, sino a los particulares, es decir, cualquier persona, y esto se debe a una cuestión muy lógica, nuestros legisladores, al igual que en la mayoría de los países, analizaron lo obvio, que por cuestión de proporción entre policía y ciudadano, iba a ser casi imposible que los policías pudieran sorprender a los delincuentes en el momento en que estuvieran cometiendo un ilícito, pero sí era muy factible que algún particular pudiera presenciar la comisión de un ilícito, estableciendo una obligación moral a la sociedad en general, para auxiliar a la autoridad en el combate a la delincuencia.

Sin embargo, no es difícil analizar la realidad, y darnos cuenta de que casi no existen detenciones por parte de particulares; pero lo que es sorprendente es que nuestras autoridades rara vez logran una detención en cumplimiento de una orden judicial, sino que por lo general logran detener en "flagrante delito" a los probables responsables o mejor dicho, presuntos inocentes, y esto se debe a la falta de cultura en materia de investigación y a la incorrecta concepción del significado de flagrancia que existe por parte de nuestras autoridades, y esta última razón, no es únicamente su responsabilidad, en virtud de que nuestra legislación no es tan clara como debería serlo, y para poder apreciar mejor el tema, me permito transcribir el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el que señala la definición de flagrancia, así como el párrafo primero del artículo 16 de nuestra Carta Magna:

"Artículo 193.- Se entiende que existe flagrancia cuando:

I.- El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito.

....."

"Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

Asimismo, considero que para una mejor apreciación del espíritu legislativo de este último precepto legal, me permito señalar que en la exposición de motivos de la Cámara de Diputados a la reforma del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el dos de julio de mil novecientos noventa y tres, se plantearon las siguientes consideraciones:

"La LV Legislatura, ha venido asumiendo una serie de debates fundamentales para la nación, sobre la reforma del Estado mexicano. En este contexto, el Poder Legislativo ha buscado expresar en el ámbito del derecho, las bases que doten de permanencia y seguridad a la dinámica de cambio que vive la sociedad mexicana, para encontrar en justicia y libertad mejores fórmulas de convivencia.

Al tratar la reforma del Estado mexicano, se han abarcado temas torales como la democracia, el respeto de los derechos humanos, las relaciones iglesias-Estado, el campo, la educación, entre otras. En este orden de ideas, los suscritos sostenemos que un ámbito como el de la justicia penal no debe quedar exento de este debate, ya que en este campo del derecho en el que se busca el justo equilibrio entre los principios de seguridad y libertad, entre la observancia de la legalidad y el respeto a los derechos fundamentales del ser humano se plasma la aspiración de un pueblo para asegurar la paz y la tranquilidad por el camino de la libertad.

Es por ello que resulta necesario, en beneficio de la propia sociedad, adecuar las normas constitucionales, siempre con vistas a la protección de los derechos humanos, garantías individuales, administración rápida y expedita de la justicia, tanto en las etapas de investigación como durante el procedimiento judicial.

Nuestro sistema penal se desarrolla con base en las garantías que consagra la Constitución. El Ministerio Público y el Juez no pueden ni deben ir más allá de lo que el marco jurídico les permite;

asimismo, el particular puede realizar todo aquello que no afecte a terceros: éste es el marco de civilidad que buscamos consolidar con esta iniciativa".

Sentado lo anterior, si observamos la definición que proporciona nuestro Código de Procedimientos Penales, nos damos cuenta de que "*ser detenido en el momento de estar cometiendo el delito*" deja lugar para la interpretación; ello, en virtud de que depende si la flagrancia se analiza desde el punto de vista *ex ante* o *ex post* de la detención; y para una mejor apreciación del tema en la práctica, señalo unos ejemplos de la mayoría de los partes informativos que elaboran los elementos aprehensores y que son encuadrados en flagrante delito por nuestras autoridades de procuración e impartición de justicia:

Los agentes policíacos, al efectuar su recorrido de seguridad y vigilancia, observan a una persona del sexo masculino caminando por la calle, y al notar su presencia, se percatan de su actitud sospechosa o nerviosa, motivo por el cual proceden a interceptarlo y al realizarle una revisión precautoria, le encuentran un objeto ilícito; o bien, también se da el caso de que los agentes se encuentran en un operativo fijo, comúnmente conocidos como "retenes", y al marcarle el alto a un automovilista, le ordenan que se orille, y al practicarle una revisión en su vehículo, localizan, en el interior del mismo, un objeto ilícito; y por ende la persona es arrestada y puesta a disposición de la Representación Social bajo el argumento de haber efectuado la detención en flagrante delito, cuestión que es confirmada por el Ministerio Público en su acuerdo de retención, y posteriormente por un juez en su acuerdo de radicación.

Sin embargo, si analizamos cuidadosamente lo señalado por los agentes aprehensores, y tomando en consideración los preceptos legales antes transcritos, y la exposición de motivos del constituyente antes citada, ¿realmente se puede decir que hay flagrancia?, o bien, estamos en presencia de una detención ilegal al contravenir lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional; quizá a primera impresión, con la lectura textual del Código Federal de Procedimien-

tos Penales, se pudiera pensar que sí es flagrante delito porque fue detenida la persona al momento de cometer el delito, y debo señalar que en los casos más comunes en la práctica en materia federal, como lo son los delitos de portación de arma de fuego y posesión de algún narcótico, la justificación con la que algunos tribunales han sostenido dicha hipótesis es que están en presencia de delitos permanentes; sin embargo, no se puede justificar una detención ilegal bajo este argumento; en virtud de que la flagrancia debe ser analizada antes de la revisión, es decir, los particulares o los policías, **deben sorprender** al indiciado cometiendo un delito, o dicho de otra manera, que estén presenciando un ilícito y, por ello, los lleve a molestar a alguien en su persona, papeles o posesiones, logrando la detención del probable responsable (presunto inocente) para ponerlo sin demora ante la autoridad competente, y en caso de sospecha, hacerlo del conocimiento inmediato del Ministerio Público, para que éste prosiga conforme a derecho; y es aquí donde surge el problema de interpretación, debido a que nuestra legislación quizá no sea muy clara en su definición de flagrancia, y por esta razón es necesario acudir a la doctrina, por lo que me permito transcribir algunas definiciones de flagrancia de reconocidos juristas nacionales:

"FLAGRANCIA.- La locución flagrancia viene de flagrar, que significa arder, llamear, y de ahí se deriva que en el Derecho Romano no se constituyera el flagrum, que era un instrumento de suplicio para la flagelación impuesta como pena, que producía al que la sufría algo así como quemaduras, y estaba formado por dos correas que llevaban en los extremos dos bolas de plomo. De todo esto y a través de diversos significados que en el medioevo se fue dando a la flagrancia (después de la extinción en el Imperio Romano), principalmente en las legislaciones germánicas, como, v. gr. El derecho visigótico; la misma aparece en nuestro Derecho para denotar algo tan evidente como el fuego, como lo es el sorprender a alguien en el preciso momento de cometer un delito, y es por ello que podemos decir que quien comete delito y es sorprendido en el acto de realizarlo "se quema", por ser esto tan claro y perceptible como la llama que

arde; por tanto, procesalmente hablando, "flagrancia" significa la circunstancia de sorprender a alguien cometiendo un delito".¹

"**FLAGRANTE DELITO.**— Considérese que el delito es flagrante cuando es descubierto en el momento de su ejecución, o en aquel en que el autor es sorprendido cuando lo acaba de cometer".²

"**FLAGRANCIA.**— Del latín *flagantia*. Se da propiamente la flagrancia cuando el autor del delito es sorprendido en el acto de cometerlo. No es, pues, una condición intrínseca del delito, sino una característica externa resultante de una relación circunstancial del delincuente con su hecho. Su presencia en el lugar del hecho y **en el instante** de su comisión es lo que hace la flagrancia "y no el cadáver todavía sangrante ni la casa que se incendia" (Manzini). Con razón entendía Carrara la distinción entre delitos flagrantes y no flagrantes como esencialmente artificial y relativa.

Por lo que toca al derecho mexicano, la Constitución alude a la flagrancia al ocuparse de las garantías individuales. Junto con prohibir en el a. 16 del libramiento de orden de aprehensión o detención sin autorización o querrela de un hecho determinado merecedor de pena corporal, hacer excepción de "los casos de flagrante delito", en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".³

"**FLAGRANCIA.**— Del latín *flagrans*, significa lo que actualmente se está ejecutando.

Se afirma que también proviene del latín *flagrare*, que quiere decir arder o resplandecer como fuego o llama, lo que habla de un delito que resplandece como fuego o llama, lo que habla de un delito que resplandece y por ello es advertible retóricamente en el acto en que se enciende a los ojos de quien lo observa.

¹ DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, tomo I, 4ta Ed., México, Porrúa, 2000, p. 891.

² PINA, RAFAEL, y PINA VARA, RAFAEL, *Diccionario de Derecho*, 26 ta Ed., Porrúa México, 1998.

³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10 ma. Ed., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997.

El concepto jurídico de Flagrancia –enseña con su reconocida autoridad Manzini– está constituido por una idea de relación entre el hecho y el delincuente. No puede haber flagrancia en virtud solamente del elemento objetivo: es necesaria siempre la presencia del delincuente...un cadáver todavía sangrante; una casa que en ese momento se incendia; un pavimento que se hunde a la vista del Juez, **no constituyen flagrancia si el reo no es sorprendido en el acto mismo o no se lo consigue inmediatamente.**

Esto puede entenderse en el sentido de que la detención en flagrancia, contemplada como un deber de colaboración con la justicia a cargo de todos, básicamente atiende a dos criterios: de un lado, a los sujetos facultados para detener y, del otro, al momento en que se realiza la detención.

La detención en flagrancia es el acto por el que cualquier persona, sin existir orden judicial, priva provisionalmente de la libertad a quien es sorprendido mientras está cometiendo un delito o en un estado declarado equivalente por la ley.

En el verdadero caso de flagrante delito, no se alude a la detención en el momento en que alguien intente cometer un delito o cuando esté resuelto a cometerlo, tampoco en caso de haber ocurrido ya su consumación, **sino precisamente al estar cometiéndose en el acto**, para justificar así la detención de su autor, por cualquiera que lo **presencie y sorprenda en dicha acción.**

La flagrancia propiamente dicha, inspirada en la obligación que tienen los particulares de auxiliar a la autoridad en el combate a la delincuencia, proporcionando el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional, existe como hemos expresado, cuando el agente del delito es detenido en el acto mismo de estar cometiéndolo".⁴

⁴ HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO ANTONIO, *El Proceso Penal Mexicano*, 2 da Ed., Porrúa México, 2003, p. 207 y ss.

Expuesta la concepción doctrinal de "flagrante delito", debo destacar que los juristas señalan como factor dominante en la flagrancia "la sorpresa", es decir, que el indiciado **sea sorprendido** al momento de estar cometiendo un ilícito, y no debemos confundirnos con el resultado que se obtiene de una revisión por parte de los elementos policíacos o militares, en el sentido de señalar que efectivamente cuando fue detenida la persona sí estaba cometiendo un delito, porque eso nos llevaría al concepto del fin justifica los medios, y eliminaría por completo el concepto de detención ilegal, es decir, los policías o militares registran a una persona o sus posesiones (vehículo), sin un mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal de su procedimiento; o bien, sin dar previo aviso al Ministerio Público para que éste último decida si procede conforme a derecho, pero como lograron descubrir algún objeto ilícito, señalan que la detención fue en flagrante delito; y es por eso que insisto, la flagrancia se debe analizar antes de la revisión, y es obvio que los agentes aprehensores no advirtieron algún delito antes de revisar a la persona o a su vehículo, sino tuvieron que molestarlo, y practicarle una revisión en su persona o en su vehículo para poder percatarse de la comisión de un ilícito, basándose únicamente en la apariencia de la persona ("sospechosismo" o "nerviosismo") **y no en la conducta**; máxime que el inculpado únicamente estaba transitando en territorio nacional de conformidad con su garantía constitucional consagrada en el artículo 11 de nuestra Ley Suprema.

Al respecto de este tema, diversas organizaciones nacionales e internacionales defensoras de los derechos humanos han reprobado este tipo de detenciones, calificándolas como "detenciones arbitrarias" y por ende ilegales, haciendo un análisis no solamente social, sino jurídico, en el que dejan evidente que en México la práctica de detenciones ilegales sigue dándose en gran escala, siendo disimuladas bajo el incorrecto concepto de flagrancia, en este sentido el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el diecinueve de junio de dos mil uno, elaboró la "RECOMENDACIÓN GENERAL, SOBRE LA PRÁCTICA DE LAS DETENCIO-

NES ARBITRARIAS", dirigida a los Procuradores Generales de Justicia y de la República, Secretario de Seguridad Pública Federal y responsables de seguridad pública de las entidades federativas, en la que señaló entre otras cuestiones lo siguiente:

"Esta Comisión Nacional de Derechos Humanos ha observado con suma preocupación que las detenciones arbitrarias constituyen una práctica común de los agentes de la Policía Judicial y de los elementos que integran los diversos cuerpos policíacos.

Al respecto, cabe precisar, primeramente, que esta Institución no se opone a las detenciones de persona alguna cuando ésta ha infringido la ley penal. Simplemente que dicha detención debe estar perfectamente ajustada al marco legal y reglamentario, para evitar que se vulneren los derechos humanos de los individuos, relativos a la legalidad y seguridad jurídica.

Los artículos 16, 21 y 102 A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, claramente establecen que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento; que 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 de la representación social; que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, que se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

En el mismo sentido, los artículos 9. 1 y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3°, 9° y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1° y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7° y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como 1° 2°, y 3° del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley, en términos generales, indican que nadie puede ser aprehendido sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En principio, y respecto de los recorridos de "revisión y vigilancia rutinarios" que constantemente efectúan los elementos de la Policía Judicial o sus equivalentes, y de los cuales en sus partes informativos, en la mayoría de los casos, no establecen quién les dio la instrucción de llevarlos a cabo ni presentan el correspondiente oficio de comisión, lo que no permite establecer si actúan motu proprio, por indicaciones de su superior, o bien, del agente del Ministerio Público de la Federación o del fuero común (situación poco probable esta última).

De lo anterior, deriva asimismo que la función de seguridad pública se realizará en diversos ámbitos de competencia, por conducto de las autoridades de la policía preventiva (prevención del delito), del Ministerio Público (investigación del delito y procuración de justicia), de los tribunales (administración de justicia), de los responsables de la prisión preventiva, ejecución de penas y tratamiento de menores infractores (ejecución de sanciones), de las encargadas de protección instalaciones y servicios estratégicos del país, de lo que evidentemente se desprende cuáles son las facultades que tiene el Estado respecto de la Seguridad Pública, siendo que ni los agentes de la Policía Judicial Federal, del fuero común o sus equivalentes, ni los agentes del Ministerio Público pueden, bajo ningún concepto, instrumentar operativos ("revisión y vigilancia"), ya que dicha actividad rebasa el ámbito de su competencia, haciendo énfasis en que, de conformidad con el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tienen facultades exclusivas de investigación y persecución de los delitos, destacando que los elementos policíacos no son un órgano autónomo, sino que son únicamente auxiliares de los agentes ministeriales para la realización de las funciones referidas, de lo que **se concluye que al efectuar dichos recorridos de vigilancia, desde el origen, la actuación de los servidores públicos es totalmente irregular y contraria a la normatividad que existe sobre la materia**, y genera un riesgo inminente real para la violación constante de los derechos humanos y para la impunidad.

Al respecto, también cabe precisar que no obstante que las autoridades de la **policía preventiva** tenga precisamente dichas facultades (prevención del delito), esto **tampoco les permite detener a persona alguna por encontrarse en "actitud sospechosa" y/o "marcado nerviosismo"**; siendo que tiene el deber de proteger los derechos y garantías fundamentales de las personas, particularmente de aquéllas en cuyo arresto detención intervengan, o que estén bajo su custodia, debiendo tener en todo momento, una apreciación clara de sus responsabilidades y limitaciones relativas a la detención de estos transgresores, **para lo cual deben guiarse únicamente por la conducta de las personas y nunca por su apariencia**, tanto al ocuparse de quienes violan la ley como el tratar con quienes la respeten.

Bajo tal perspectiva, y de acuerdo con la normatividad relativa a la materia, **al momento en que la policía judicial a los elementos que integran los diversos cuerpos policiacos tienen noticias de algún hecho delictivo, en el caso de los primeros, éstos deben hacerlo del conocimiento del agente del Ministerio Público**, y éste, tras el inicio del acta circunstanciada o de la averiguación previa respectiva, girar instrucciones a sus auxiliares a fin de que se den a la tarea única y exclusivamente de efectuar las investigaciones que el propio Ministerio Público determine; en el caso de los segundos mencionados, dichos servidores tienen la obligación, en términos de lo dispuesto por el artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En relación con las actitudes "sospechosas" y/o "marcado nerviosismo", no se puede concluir que dichas conductas sean la evidencia por la cual los elementos policiacos tengan noticia de un delito, y en esta virtud no se puede señalar que los agentes de referencia puedan legalmente proceder a detener a cualquier persona porque se encontraba en la comisión de un flagrante delito, o a realizarle una revisión corporal. Lo anterior, atenta contra los principios de seguridad jurídica y legalidad previstos en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, independientemente del resultado que se obtenga de la revisión efectuada.

Es decir, desde el punto de vista jurídico, las detenciones arbitrarias no encuentran asidero legal porque son contrarias al principio de inocencia; se detiene para confirmar una sospecha y no para determinar quién es el responsable de haber cometido un delito. Las detenciones ilegales constituyen una revisión de este inculcable principio y derecho fundamental.

En este contexto resulta irrelevante si, como consecuencia de la revisión corporal, los agentes de la Policía Judicial encuentren o no algún objeto del delito, pues la trasgresión a los derechos fundamentales y a las garantías Constitucionales enunciadas, se consumó cuando se dio la detención sin fundamento legal."

En el mismo sentido, en el **Informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez" para el grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre detenciones arbitrarias en su visita a México, del veintiocho de octubre al diez de noviembre de dos mil dos, se señaló entre otras cuestiones lo siguiente:**

"Las detenciones arbitrarias en nuestro país son una práctica constante por parte de autoridades civiles y militares.

No obstante, en la práctica, la legislación interna, principalmente en materia penal y de garantías constitucionales, en ocasiones contradice los parámetros que la legislación y la jurisprudencia internacional han establecido por cuanto hace a las detenciones. **Las detenciones arbitrarias prevalecen en México a pesar de que la Constitución establece el requisito de contar con una orden de aprehensión judicial y la inmediata presentación de los detenidos ante juez.** Existen un amplio rango de excepciones que permiten que las detenciones sin orden de aprehensión en "caso urgente" o cuando la persona es aprehendida en flagrancia, otorgan al Ministerio Público y a la policía una facultad discrecional indebida para ordenar y ejecutar detenciones sin una orden judicial.

Aun cuando la regla general es que las aprehensiones requieren una orden judicial, las amplias excepciones a dicha norma hacen que la frecuencia con que se ejecutan las detenciones sea la misma con o sin orden judicial. Estas excepciones otorgan al Mi-

nisterio Público y la Policía Judicial enormes facultades discrecionales para ordenar y ejecutar aprehensiones. Los códigos de procedimientos penales tampoco indican el grado de sospecha necesaria, sobre la participación del detenido en actividades delictivas, **suficiente para que el Ministerio Público ordene y ejecute una aprehensión en casos urgentes. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que la ampliación del concepto de flagrancia, es responsable de aumentar las circunstancias en las cuales se pueden efectuar arrestos sin orden judicial, "implica una amenaza seria a la seguridad de las personas".**

Lo anterior, también se relaciona con la ausencia de adecuados métodos de investigación por parte de los órganos encargados de investigar la comisión de delitos. **Si tomamos en consideración que buena parte de las personas sentenciadas o sujetas a proceso penal, lo son en virtud de haber sido detenidos en flagrancia, entendemos entonces que los órganos encargados de procurar justicia adolecen de serias carencias en sus métodos de investigación.** Lo anterior significa que si un órgano investigador carece de adecuados métodos científicos y técnicos para investigar, existe una mayor posibilidad de que dicho órgano investigador haga uso de una serie de medidas que atentan contra los derechos humanos, como podría ser la detención arbitraria, incomunicación y/o tortura, para justificar y sustentar su labor y fabricar pruebas que sustenten su acusación.

Finalmente, el desconocimiento de la legislación internacional en materia de derechos humanos, es otro punto que opera a favor de la existencia de violaciones a los derechos humanos como podría ser la detención arbitraria. Si bien es cierto que a nivel constitucional, los tratados y convenios en materia de derechos humanos que han sido firmados por el Poder Ejecutivo y ratificados por el Senado son ley suprema de la nación, aun por encima de la legislación federal, también lo es que existe un preocupante desconocimiento por parte de los órganos encargados de procurar justicia, y por lo tanto una nula aplicabilidad de los criterios que en dicha legislación internacional se establecen".

En conclusión, es evidente que si se analiza en conjunto, el Código Federal de Procedimientos Penales, nuestra Carta Magna, la doctrina y los diversos tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos en los que México ha participado, podemos arribar a la conclusión que la flagrancia debe ser analizada antes de la detención y no basarse en el resultado, ello es así, toda vez que las detenciones en flagrante delito deben ser a consecuencia de conductas y no de apariencias, es decir, nadie puede molestar a alguien en su persona, domicilio o posesiones, incluyendo los elementos de las fuerzas policíacas, por el simple hecho de que la persona tiene una actitud sospechosa o nerviosa, y tampoco por cumplimiento de un operativo de seguridad pública sin la debida participación del Ministerio Público, en virtud de que nuestra legislación ha plasmado cuál debe ser el procedimiento para poder revisar a las personas y sus posesiones o introducirse a sus domicilios en busca de algún objeto ilícito, asimismo, para privar provisionalmente de la libertad a una persona; en el mismo sentido, el procedimiento a seguir cuando se está en sospecha de la posible comisión de un delito; y quizá para un mejor funcionamiento de nuestro sistema de procuración de justicia, se debería buscar agilizar el otorgamiento de las ordenes de aprehensión y de cateo, como sucede en nuestro vecino país del norte.

En el mismo orden de ideas, debo reiterar que las detenciones que se han señalado como ejemplo en el presente ensayo, definitivamente deben ser consideradas como arbitrarias y por ende ilegales, y de seguir sosteniendo el criterio actual de flagrancia, pone en riesgo la certeza jurídica que debe prevalecer en un Estado Social y Democrático de Derecho, y lo más preocupante es que próximamente, debido a las reformas constitucionales que nuestros legisladores han aprobado y que seguirán realizando, la función del Ministerio Público en la actual etapa de averiguación previa, será únicamente de investigación y quien llevará el control de esa etapa, será un juez denominado "instructor" o "de control", y debido a la carente cultura de investigación que prevalece en México por

parte de nuestras autoridades de procuración de justicia, se incrementarán las violaciones a nuestras garantías constitucionales.

Por último, y como reflexión, debo destacar el hecho de que en la práctica se ha sostenido el actual criterio de flagrancia, quizá con la idea de que es la única forma de poder combatir a la delincuencia, toda vez que desde la perspectiva que planteo, se pudiera pensar que muchos delincuentes no serían llevados a juicio; sin embargo, si recordamos lo que dijo Albert Einstein, uno de los más grandes genios de todos los tiempos: "si buscas resultados distintos, no hagas siempre lo mismo"; es decir, siempre hemos tolerado las detenciones arbitrarias pensando que es la única forma de poder enfrentar o frenar la delincuencia; no obstante, es obvio que a la fecha no ha dado resultado, sino todo lo contrario, se ha incrementado; además de que nos hemos convertido en una sociedad con una gran falta de confianza y respeto hacia nuestras autoridades, sobre todo, nuestros policías; por lo que si bien es cierto que, el dar la oportunidad hacia el camino del respeto a la legalidad, en un principio pudiera parecer desestabilizador en el sistema de seguridad pública, estoy plenamente convencido de que en el mediano y largo plazo traerá una cultura de respeto a la legalidad, obligando a las autoridades encargadas de la seguridad pública a capacitar a sus elementos en materia de investigación, informándolos debidamente acerca de cuál es su competencia y su rol en la difícil tarea del combate a la delincuencia; como consecuencia, llevaría a recobrar la confianza hacia nuestras autoridades, incrementar las denuncias por parte de los particulares y recordar que una sociedad en la que la autoridad respeta las leyes y los derechos humanos se traduce en una sociedad respetuosa de las normas y de sus autoridades.

(Un buen juez no debe moldear las leyes a su criterio, sino moldear su criterio acorde a las leyes).

La imputación del aprehensor en el proceso penal federal

*Cuthberto Joaquín García Cruz**

La presente disertación obedece a la inquietante frecuencia con que algunos elementos policiacos violentan las garantías individuales de los gobernados escudándose en un uniforme o cargo, y más inquietantes resultan las consecuencias que pueden observarse durante la instrucción de un procedimiento penal, puesto que de facto se tiene la impresión de que ante un tribunal en forma, la imputación que el elemento aprehensor haga a todo inculpado, será mas valorada que la negativa de este último.

Resulta necesario entonces buscar reglas aún mas específicas de las existentes para la justipreciación de la imputación de un aprehensor, con lo cual se busca lograr, no una mayor impunidad para el justiciable, sino una real garantía de equilibrio procesal, partiendo de la hipótesis de que el aprehensor puede mentir, al igual que el acusado, puesto que al darle crédito a lo que refiere el primero y poner en tela de juicio lo que declare el reo, provoca indudablemente y en mi punto de vista una disparidad que en tratándose de un proceso en el cual está en juego la libertad personal, que es el valor maspreciado que tiene el hombre después de su propia vida, puede llegar a constituir incluso una violación a las garantías indi-

* Defensor Público Federal.

viduales surgida de la parcialidad en la valoración de las pruebas.

La sociedad y el sistema judicial saben y conocen los antecedentes poco halagadores de las corporaciones policíacas, con honrosas excepciones, conocimiento que a mi parecer constituye una presunción humana, bastando para demostrarlo un simple análisis del comportamiento histórico que ha distinguido a nuestros diversos cuerpos de policía y que indudablemente inducen a desconfiar de la veracidad en sus imputaciones, mismas que se realizan desde una posición del todo parcial y subjetiva. Parcial porque es indudable que todo aprehensor tendrá el interés de justificar su detención, aun cuando haya sido ilegal, con una ratificación judicial de la misma o incluso con un auto de bien preso, dictado también por la autoridad judicial. Y subjetiva, porque dentro de su criterio pueden considerar que la conducta por la cual detuvieron al ciudadano debe ser reprimida penalmente aunque desconozca los requisitos legales para que pueda ratificarse la detención de su aprehendido o dictársele el auto de bien preso, convicción que resulta en la mayoría de las ocasiones por su escasa y hasta nula formación jurídica, indispensable para el desempeño de sus funciones básicas y sin llegar al extremo de exigir que se conviertan en peritos de derecho.

Al analizar la actitud de los diversos cuerpos policíacos y sus métodos de investigación, así como la confiabilidad que de ellos tiene el pueblo o nación a que sirven, no es posible dejar de constatar los numerables defectos, que al menos como testigo, tiene el agente aprehensor, del todo interesado en que se condene a su aprehendido, siendo esa su prioritaria finalidad, considerando secundarios los medios por los cuales lo logre, incluso pudiendo tratarse la imputación de una falsa aseveración, que no siempre total mentira.

Se cuestiona prioritariamente la parcialidad del aprehensor, que como ya se dijo sí tiene un interés en que su detención (justa o injusta), sea convalidada por la autoridad judicial. El problema actualmente se considera existente en virtud de que se soslayan los principios axiológicos del derecho, excediéndose y abusando de la buena fe del juzgador, al considerar que el elemento aprehensor

manifestará la verdad real e histórica de los hechos, sin sujetarlo a comprobación con el mismo rigor con el que se exige al procesado y sus testigos de descargo, que acrediten su versión o negativa de los hechos, momento a momento y refiriendo circunstancias precisas, pero si declaran momento a momento y refieren circunstancias precisas, entonces se les considera aleccionados. Así, no debe pasarse por alto que si el juicio parte de una versión real e histórica falsa, entonces la verdad legal que de ahí surja y tome forma en una resolución definitiva, difícilmente podrá considerarse la mas adecuada, estaremos posiblemente ante una resolución legal pero cuestionablemente justa.

Por lo anterior y sin perder de vista que el derecho viene a ser el medio para alcanzar el fin social perseguido que es la justicia, resulta menester modificar los criterios hasta ahora aplicados, con miras a la innovación a la Ley, como llamado prioritario a la enmienda de la equívoca práctica. Se plantea la necesidad de que exista una mayor conciencia al observar y analizar las imputaciones aseveradas por los elementos aprehensores a todo inculpado, procurando siempre que se le conceda al menos el mismo valor a la negativa que realice el acusado de los hechos que le imputan sus aprehensores, esto en virtud de que la realidad demuestra que siempre ha tenido mayor peso la imputación del aprehensor, basta para ello suponer, por ejemplo, que en un juicio o proceso por portación de arma de fuego sin licencia, exista tan sólo la acusación de los aprehensores y la negativa del acusado; cualquier litigante sabrá de antemano que la sentencia definitiva será siempre condenatoria, aduciendo que el reo no probó su dicho o negativa, la pregunta sería: *¿el aprehensor sí?*, si es sabido que el que afirma está obligado a probar y que todo acusado es inocente en tanto no se demuestre lo contrario. De tal modo que sería conveniente reducir de manera real y no sólo ideal, las imputaciones de los aprehensores a un indicio sujeto a prueba pero con mayores requisitos de los existentes.

La pretensión tiene vinculación estrecha con la axiología del derecho y con la necesidad histórica de reconocer el sentido huma-

nista de la disciplina jurídica, al igual que como lo sostuvo Aristóteles desde la antigüedad, la finalidad del derecho es el bien común a lo que yo agregaría que el bien común de la sociedad incluye al procesado, puesto que éste forma parte de aquella. Conforme además con las tesis iusnaturalistas, debe atenderse siempre a los principios y valores mas elevados aun cuando signifique una excepción a la teoría pura del derecho sostenida por Kelsen, puesto que a veces, el derecho vigente es rebasado por el derecho positivo, de ahí la necesidad de la actualización constante a efecto de adecuar las legislaciones a una realidad determinada.

Es conveniente revisar la legislación existente, particularmente en las reglas generales para la valoración de las pruebas en el proceso penal, en donde se establecen los requisitos que deberá reunir un testigo, como hasta ahora se le considera al elemento aprehensor, a efecto de explicar las razones por las cuales se afirma que dicho personaje no reúne los requisitos para ser confiable. Pero primeramente veamos que la habitual conducta que en desapego a la ley han observado tradicionalmente nuestras instituciones policíacas, se encuentra limitada y hasta proscrita, desde nuestra Máxima Ley. Así podemos darnos cuenta que el artículo 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, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

De modo tal que resulta cuestionable el hecho de que elementos policíacos, sin mediar orden legal de la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentran, realicen aprehensiones de ciudadanos "que al notar su presencia adoptaron una actitud sospechosa", más aún, mantienen bajo su custodia a dicha persona por periodos prolongados de tiempo y en ocasiones los cuestionan a manera de declaración, antes de que manifiesten lo conducente ante la autoridad ministerial, circunstancia que no pocas veces es aprovechada para intimidar al presunto y "conminarlo" a que ratifique lo que los aprehensores

asientan en su parte informativo y "que de manera libre y espontánea manifestó" ante ellos.

Por fortuna, el Poder Judicial de la Federación, no ha permanecido al margen de las circunstancias expuestas, toda vez que ha emitido criterios jurisprudenciales al respecto que sirven para valorar tanto la imputación oral como la que además formulan los aprehensores al rendir su parte informativo, resaltando los que enseguida se transcriben:

TESTIMONIAL. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA. *Para hacer un correcto análisis y valoración de una prueba testimonial, no es suficiente referirla en forma abstracta, sino que debe ser objeto de un cuidadoso examen con la conclusión a que se llegue; en otras palabras, es de explorado derecho que las declaraciones de quienes atestiguan en un procedimiento judicial deben ser valoradas por el juzgador, teniendo en cuenta tanto los elementos de justificación concretamente especificados en las normas positivas de la legislación aplicable, como todas las demás circunstancias, objetivas y subjetivas que, mediante un proceso lógico y un correcto raciocinio, conduzcan a determinar la mendacidad o veracidad del testigo sub-júdice; habida cuenta que el testigo no sólo es el narrador de un hecho, sino ante todo de una experiencia por la que vio y escuchó y, por ende, su declaración debe apreciarse con tal sentido crítico; por otra parte, la valoración de la prueba testimonial implica siempre dos investigaciones, la primera relativa a la veracidad del testimonio en la que se investiga la credibilidad subjetiva del testigo, y la segunda investigación es sobre la credibilidad objetiva del testimonio, tanto de la fuente de la percepción que el testigo afirma haber recibido, como en relación al contenido y la forma de la declaración.¹*

POLICÍA JUDICIAL, PARTE INFORMATIVO DE LA. LAS MANIFESTACIONES CONTENIDAS EN EL, NO CONSTITUYEN PRUEBA TESTIMONIAL. *Las manifestaciones de los agentes de la Policía Judicial contenidas en su parte informativo, no constituyen prueba testimonial ni pueden valorarse como tal, en tanto ese informe*

¹ Octava época, instancia: segundo tribunal colegiado del décimo séptimo circuito, fuente: semanario judicial de la federación, tomo: XIII, marzo de 1994, página: 505.

*sólo es el medio por virtud del cual, los elementos policiacos hacen del conocimiento de sus superiores y del Ministerio Público, el resultado de sus investigaciones practicadas en cuanto a determinado delito.*²

Así las cosas, es incuestionable también la flagrante violación a las garantías del gobernado, cuando se le conmina a declarar respecto a los hechos que se le imputan de conformidad con la fracción II, apartado A. del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone que el inculcado:

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.

Numeral que al igual que el anterior, tiene correspondencia en la legislación secundaria al disponer el último párrafo del artículo 3 del Código Federal de Procedimientos Penales lo siguiente:

En el ejercicio de la función investigadora a que se refiere este artículo, queda estrictamente prohibido a la Policía Judicial Federal recibir declaraciones del indiciado o detener a alguna persona, fuera de los casos de flagrancia, sin que medien instrucciones escritas del Ministerio Público, del juez o del tribunal.

Luego entonces, si en su mayoría los elementos policiacos, por ignorancia o prepotencia, realizan aprehensiones, detenciones, retenciones, incomunicaciones, interrogatorios, coacciones, etcétera, sobre cualquier persona que les parezca sospechosa, sin importarles en lo mas mínimo las disposiciones constitucionales y procesales que se han citado, ¿cuál sería la razón que lleve a suponer que en su versión de los hechos no existan alteraciones, inducidas a respaldar sus primeras apreciaciones, que en la mayoría de los casos resultan subjetivas y tendenciosas? Imputaciones que convierten en una verdad absoluta que no puede sujetarse, desde su punto de vista, a la duda y que, sin embargo, no procuran respaldar con diversos medios de convicción

² Octava época, instancia: segundo tribunal colegiado del sexto circuito, fuente: semanario judicial de la federación, tomo: IX, abril de 1992, página: 569.

plena, limitándose a ratificar en toda ocasión lo asentado en su parte informativo, es decir, la acusación que en la mayoría de los casos no tiene mayor fundamento que su personal apreciación.

Por lo anterior resulta relevante también el criterio emitido por nuestros más altos tribunales, dado que es insuficiente el parte informativo para fundar una sentencia de condena, haciéndose indispensable que existan además, otras pruebas que apoyen su dicho, tal criterio es el siguiente:

SALUD, DELITO CONTRA LA. EL PARTE INFORMATIVO ES INSUFICIENTE POR SÍ SÓLO PARA ATRIBUIR LA RESPONSABILIDAD EN LA COMISIÓN DEL. El parte policiaco es insuficiente para atribuir la responsabilidad en la comisión del delito contra la salud, ello porque atenta la técnica jurídica que rige en materia de pruebas, ya que se requiere de algún otro medio de prueba que establezca plenamente esa responsabilidad, y que esté adminiculado o relacionado con el referido parte informativo, pues el material que corre agregado a autos del proceso, sólo establece la existencia del enervante, y las periciales que lo identifican como cannabis utilizable, pero de manera alguna, la responsabilidad del quejoso. En esas condiciones, aparece que el parte informativo de referencia dado lo aislado y no relacionado con el demás material probatorio, ningún valor produce en los términos de los artículos 279 al 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, y por tanto, no demuestra por sí sólo la responsabilidad del acusado en la comisión del ilícito, ya que se necesita de su relación con otros elementos de prueba para que adquiera dicho valor.³

En relación a la supuesta confesión del reo, obtenida desde su aprehensión, ratificada ante el ministerio público pero pocas veces sostenida ante la autoridad judicial, existen limitaciones que marcan además condiciones relativas a la validez probatoria de toda actuación practicada por los aprehensores, pues el penúltimo y último párrafo del artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales establecen:

³ Octava época, instancia: tercer tribunal colegiado del cuarto circuito, fuente: semanario judicial de la federación, tomo: XII, diciembre de 1993, página: 959.

No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La policía judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace estas carecerán de todo valor probatorio.

Las diligencias practicadas por agentes de la Policía Judicial Federal o local, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación, pero en ningún caso se podrán tomar como confesión lo asentado en aquella.

Por último, analizaremos que la fracción II del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

Para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración:

I...

II Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad.

Aquí descansa la afirmación de que la imputación de un aprehensor, hasta ahora considerada un testimonio por la práctica procesal, carece en primer término de la probidad necesaria para considerar veraz el señalamiento, su posición no resulta del todo independiente por las razones expuestas con antelación y sus antecedentes personales indican sin lugar a dudas que existirá tendencia del declarante a justificar en todo momento su aprehensión, todo lo cual impide que exista una completa imparcialidad y consecuentemente impide también que el aprehensor pueda ser considerado un testigo idóneo.

Más aún, la fracción IV del numeral previamente invocado, dicta: *Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales;* viene al caso cuestionar entonces si la posterior declaración del aprehensor, en vía de ampliación o interrogatorio puede considerarse como un testimonio de cargo, puesto que en la mayoría de los casos, sólo se atienden a lo asentado en su parte informativo sin aportar mayores datos que dejen de manifiesto que los hechos en verdad fueron presenciados por ellos, esto tal vez obedece al temor de contradecir

algún elemento establecido en el parte informativo que en la mayoría de las veces es redactado por una tercera persona, diferente a los que intervinieron en la aprehensión y que, desde luego, por tal circunstancia desconoce los hechos reales e históricos. Así podríamos concluir que el parte informativo es sólo un indicio aislado con un valor probatorio casi nulo y la posterior comparecencia del aprehensor ante el Ministerio Público o ante el juez de la causa no constituye propiamente un testimonio de cargo, al no ser clara ni precisa y por dar lugar a dudas y reticencias sobre la sustancia del hecho y sobre sus circunstancias esenciales.

Hemos hablado hasta aquí, de lo inconveniente y cuestionable que resulta otorgar eficacia probatoria a la imputación del aprehensor, pero, ¿por qué se sostiene esto? El primer argumento que esgrimo es la parcialidad con la que se conduce el aprehensor, entendiendo ésta como: *el designio anticipado o prevención en favor o en contra de alguien o algo, que da como resultado la falta de neutralidad o insegura rectitud en el modo de juzgar o de proceder.*⁴

Me parece más que notorio el interés que el elemento aprehensor, policiaco o militar, tendrá en que el juzgador ratifique sus detenciones, pues con ello se legitima su actuar; ante ese interés evidente, el aprehensor no cesará en sostener la imputación en contra del indiciado, no obstante que ésta sea falsa o incluso cuando existan elementos que desvirtúen el delito o la responsabilidad, más aún porque sabe que en ello le va la posibilidad de fincarle responsabilidad por conductas inadecuadas e incluso delictivas como el abuso de autoridad.

Es pertinente señalar que no se pretende inferir que todo acusado sea inocente y que cada imputación sea falsa, no obstante y dadas las condiciones actuales, considero necesario que exista mayor rigidez en el tema a efecto de verificar por otros medios tanto el delito como la responsabilidad penal aun a título probable, sometiendo la declaración del aprehensor a una rigurosa evaluación por

⁴ Diccionario de la Real Academia Española, Enciclopedia multimedia Encarta 2005, DVD.

parte del juzgador, en la que se tengan en cuenta además de las disposiciones legales vigentes y entre otras cosas, la probidad y solvencia moral del elemento en cuestión, esta afirmación resulta desde luego aventurada y para algunos será prejuiciosa, no obstante en muchos de los casos aunque no en todos, el aprehensor no goza de las dos características citadas.

Más aún, se sostiene que el agente captor resulta ser parte en el proceso y por tal condición su testimonio no puede ni debe considerarse imparcial. Tal afirmación se sustenta porque los diversos cuerpos policiacos e incluso los elementos castrenses resultan ser auxiliares del ministerio público, el cual conforme a lo dispuesto por los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el encargado de investigar y perseguir los delitos, es decir, existe dependencia del ministerio público, al menos por lo que respecta a la policía ministerial, judicial o investigadora, y siendo el ministerio público la parte acusadora en el proceso, no podríamos hablar de imparcialidad en las declaraciones realizadas por los aprehensores, las que dicho sea de paso, siempre constituyen acusación y nunca revelan datos que desacrediten el cuerpo del delito o la responsabilidad.

Conforme a lo anterior, resulta aplicable el criterio doctrinario de Guillermo Cabanellas de Torres, quien al definir en su Diccionario Jurídico Elemental al testigo, refiere que es aquel que *ve, oye o percibe por otro sentido algo en que no es parte*, coincidiendo el suscrito con él, conforme a lo antes expuesto. Así pues debe considerarse que aun cuando el aprehensor percibe los hechos sobre los cuales declara, debe valorarse la exposición o declaración que de ellos haga, sin perder de vista la posición que guarda dentro del proceso penal, con esto pretendo decir que es un testigo de cargo, pues comparece a declarar formando parte del órgano acusador y aunque esto no basta para desechar su versión de los hechos, sí es suficiente para no dar por cierta su imparcialidad. De sostener lo contrario podríamos caer en la ingenuidad de creer que el aprehensor aun cuando haya violentado alguna garantía del indiciado, acuda a declarar para con-

fesar su culpa y admita alguna circunstancia que le sea favorable en ese sentido al indiciado.

A mayor abundamiento, considero conveniente verificar de nueva cuenta las características que debe presentar un testigo idóneo, tanto para la ley, la doctrina y la jurisprudencia y en contraposición, establecer aquellas condiciones que le restan veracidad y convicción a un testigo.

Respecto de lo anterior, el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone:

Artículo 289. *Para apreciar la declaración de un testigo, el tribunal tendrá en consideración:*

I Que por su edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto;

II Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;

III Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

IV Que la declaración sea clara y precisa sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y

V Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.

Interpretando a contrario sensu lo anterior se colige que no podrá ser testigo o al menos no idóneo, aquel que no tenga el criterio necesario para juzgar el acto, que no sea probo, que sus antecedentes personales y su posición de dependencia afecten su parcialidad, que no haya conocido por sí mismo los hechos, que no sea claro y preciso en su declaración y aquel que haya sido obligado por fuerza o miedo.

Ahora bien, existe otro fundamento para sostener que por regla general, con marcadas excepciones, el elemento policíaco o militar aprehensor, en la mayoría de los casos no puede considerarse una persona con probidad, independiente ni imparcial; me refiero al

aspecto sociológico, pues no debemos olvidar que el derecho surge como una voluntad colectiva y no individual y se crea específicamente para regular la interacción entre las personas, es por ello que no podemos ignorar las impresiones que los gobernados tienen de sus autoridades.

Atentos a lo anterior y sin omitir tener en cuenta que la sociedad evoluciona incluso mas rápido que las instituciones y que es aquélla precisamente quien marcará el derrotero que origine las reformas adecuadas al devenir, considero prudente y hasta necesario, someter al escrutinio del factor abstracto generador de la ley, la confianza y la opinión que se tiene de nuestros cuerpos policíacos y si acaso se considera conveniente que la imputación de alguno o algunos de tales elementos pueda considerarse una verdad plena que motive, justifica y sustente una sentencia de condena para el gobernado, como no en pocos casos acontece.

Conforme a lo expuesto, resulta ilustrativo el resultado obtenido en la quinta encuesta nacional *confianza en las instituciones*, llevada a cabo por la empresa *consulta Mitofsky*, en el mes de julio de 2005, misma que incluye 13 instituciones, resultando la mejor calificada las "universidades", con un promedio del 1 al 10 de 8.1, seguido de "la Iglesia" y "el Ejército", quienes conservaron el mismo porcentaje de septiembre de 2004 (7.7), después de "el Instituto Federal Electoral" que logró un 7.1 promedio de confianza. Con calificaciones menores a 6 encontramos a "los empresarios" con 5.3; "los partidos políticos" con 5.1; "los senadores" con 5.0 y por último entre los peores calificados tenemos a "la policía" con 4.9, "los sindicatos" con 4.7 y "los diputados" con 4.5.⁵

Hay que decir igualmente que existe una evolución positiva, pues la misma empresa consultada, al dar a conocer los resultados de la encuesta de febrero de 2007 sobre confianza en las instituciones, afirmó que la confianza en todos los medios de comunicación se mantiene arriba del siete, destacando la radio (7.8) y la televisión (7.4). La Comisión Nacional de Derechos Humanos se man-

⁵ www.consulta.com.mx/interiores/12_mex_por_consulta/mxc_confianza_instituciones0705

tiene con alta calificación entre las cinco instituciones que generan más confianza. El IFE mejora su calificación y alcanza 7.2 recuperando algo de lo perdido durante el conflicto postelectoral de 2006. El deterioro de la política ha ocasionado que actores como "diputados", "senadores" y "partidos políticos" ya aparezcan claramente bajo instituciones como la "policía", la cual además superó en esta ocasión a los "sindicatos" e incluso a los "empresarios" que aparecen en su nivel más bajo en año y medio, cuando el principal reclamo ciudadano tiene que ver con la situación económica, los salarios y los precios altos.⁶

Aun así lo anterior refleja indudablemente la poca confianza que la población tiene en la policía, entendiendo el concepto genérico y no específico, toda vez que se habló de la impresión que existe a nivel nacional. Me queda claro, no obstante, que esto no resulta suficiente para eliminar el valor que la declaración del elemento aprehensor pudiera tener en un proceso penal, sin embargo, tampoco puede negarse que lleva a formar un criterio, en cuanto a verificar las razones de por qué la población no confía en sus instituciones policiacas, ¿será acaso por los múltiples escándalos de corrupción en que se han visto inmiscuidas?, ¿será por las reiteradas recomendaciones que las diversas instancias de derechos humanos les han enviado por violentar las garantías individuales de los gobernados, o por sus sonadas participaciones en las bandas de secuestradores, tanto en activo como cuando han salido (o los han sacado) del servicio público? ¿Será por el trato prepotente que observan la mayoría de ellos? En fin, varias o alguna sola de las razones expuestas habrán sido tomadas en cuenta, lo cierto es que no son aceptadas por la sociedad a la que supuestamente protegen. Claro, menos aceptados podrían considerarse aquellas que han sido acusadas de un crimen o delito. Pero precisamente por ello, es raro aquel juez que da valor a la versión defensiva del inculpado, exigiendo que la sustente con pruebas bastantes e indubitables que coincidan detalle

⁶ Fuente: www.consulta.com.mx/interiores/12_mex_por_consulta/mxc_confianza_instituciones0207.html 10 de abril de 2007.

a detalle y momento a momento con lo que aquél haya expuesto, situación que no acontece al recibir la imputación del aprehensor, misma que goza de toda la confianza y credibilidad, condición que aquí se rebate y no lo que atañe a la confianza que deba tenerse al procesado, de quien incluso sería materia de diverso trabajo, verificar si existen razones suficientes para ganarse esa reticencia, por ahora me permito insistir en la máxima que dispone: *todo acusado es inocente hasta en tanto no se demuestre lo contrario*.

No me parece exagerar si afirmo que la actual forma de valorar el testimonio de un aprehensor, presenta mucha similitud con la prueba testifical utilizada inquisitoriamente en la época colonial, donde era norma básica de los doctores del derecho común, considerar suficiente el testimonio coincidente de dos testigos para hacer prueba plena en cualquier delito, por atroz que éste fuera y todo juez con el dominante criterio de la prueba tasada se veía formalmente obligado a sentenciar condenatoriamente.

Siendo tan decisiva la deposición de los testigos, era justo que se desarrollara con cuidado la defensa contra ellos por parte del posible perjudicado, lo cual dio lugar a la teoría de casos de recusación de testigos. Incluso desde aquí se notaba el surgimiento de la tendencia a facilitar las condenas por medio de la ayuda en las pruebas privilegiadas tendenciosas, en los cada vez mas frecuentes casos que por encontrarse las penas en sus máximos, se vea imposibilitado para agravarlas aún más.

Otra característica que prevalece en la actualidad, aunque convenientemente simulada, es que la valoración legal que de la prueba se hace, reviste principalmente el carácter de un medio demostrativo de culpabilidad, es decir, pocas veces o casi nunca se le ve como forma de acreditar la inocencia del reo. Tal práctica tendenciosa se ha institucionalizado mediante la llamada prueba indiciaria o circunstancial, a través de la cual se adminiculan los indicios aislados por sí solos para que en conjunto constituyan una prueba de responsabilidad, pero rara vez dicha adminiculación se realiza por el juzgador para acreditar la inocencia del justiciable.

El proceso penal inquisitivo consideraba encontrada la verdad sin mayor trámite, cuando se obtenía la confesión del reo, sin importar incluso que dicha confesión hubiera sido obtenida mediante la tortura, siendo también de poca trascendencia que dicha confesión fuera ratificada o no. Igualmente los indicios o circunstancias personales del procesado generalmente eran y son considerados constituyentes de mala fama, lo que a su vez genera la parcial idea de predisponer el criterio en la culpabilidad del justiciable. Considero entonces que, si bien es cierto existen avances significativos dentro del proceso penal y las garantías individuales, en la práctica falta aún mucho por hacer a efecto de eliminar por completo las reminiscencias del proceso penal inquisitivo.

Para finalizar este apartado me permitiré insertar tres criterios jurisprudenciales emitidos al respecto de la prueba testimonial y en relación al valor probatorio de los informes policíacos:

POLICÍA JUDICIAL. PARA OTORGAR VALOR PROBATORIO A SUS INFORMES NO DEBE TOMARSE EN CUENTA LA FORMA EN QUE LOS POLICÍAS REALIZARON LAS INVESTIGACIONES O LA PERSONA DE QUIEN OBTUVIERON LA INFORMACIÓN, SINO QUE ES NECESARIO QUE SE ENCUENTREN CORROBORADOS CON OTRAS DILIGENCIAS DE PRUEBA DESAHOGADAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De la interpretación literal del artículo 195, último párrafo, del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, que dispone que "Las investigaciones y demás diligencias que practiquen los agentes de la Policía Judicial, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación", se advierte que el informe policial, per se, no tiene valor alguno si no se corrobora con otras diligencias de prueba; por tanto, no importa cómo los policías realizaron las investigaciones o de quién obtuvieron la información que anotaron, pues ello no hace que el informe tenga mayor o menor valor, sino, como se dijo, es necesario que se encuentre corrobora-

do con otras diligencias de prueba, desahogadas por el Ministerio Público.⁷

PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA PENAL. EL JUZGADOR, AL VALORAR UN TESTIMONIO, DEBE ATENDER A LOS ASPECTOS PARTICULARES Y LOS "IMPULSOS MOTIVADORES" O A LA ESPONTANEIDAD E INDEPENDENCIA DEL TESTIFICANTE. Se considera como característica de la prueba testimonial dentro del proceso penal, el que sea una expresión narrativa, es decir, que no puede reducirse a una simple exposición de respuestas (sí o no). Al testigo le es exigible, no una exposición cualquiera (que pudiera incluso vincularse con aspectos imaginarios), sino una narración que evoque lo que la persona ha percibido o captado, es decir, una narración de tipo histórico, con el fin de lograr la constatación de las cuestiones relativas a: "dónde", "cómo", "cuándo", "quién", etcétera, cumpliéndose así el objeto de la prueba testimonial, que no es sólo el de permitir una simple información, sino la posibilidad de la construcción intelectual del hecho constatado por el testigo, es decir, el acto comprendido y captado en la mente del declarante. Derivado de lo anterior, la narración de tipo testimonial se representa como una "reactualización" de la experiencia vivida por el testigo, esto es, una exteriorización de la representación mental del testificante, de la experiencia vivida por él, de modo que resulta un mediador del pasado (hecho) y el presente o futuro socialmente relevante en cuanto al proceso al que dicha narración se incorpora. Lo anterior es denominado por la doctrina como "reproducción nemónica" de la experiencia vivida empíricamente, de donde se sigue la naturaleza "histórico-crítica" en donde de manera inherente participa el testimonio, de tal suerte que la realidad captada acaba por manifestarse como "realidad interpretada". Por ello, el testimonio debe entenderse también como un acto que no se separa de la naturaleza humana (*actus humanus*) y, por ende, el centro de atención es, sin duda, la persona del testigo, pero ese reconocimiento no debe conducir a la simplista resignación de que el testimonio es un hecho personal, y pretender cerrar los ojos a lo que pueda hallarse debajo de ese juicio personal del

⁷ Novena Época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, Octubre de 2007, tesis: VI.2o.P93 P, página: 3251.

sujeto, pues ello no resulta moral, ni legalmente válido, por el contrario, el reconocimiento sobre la imposibilidad de dividir, prima facie, la realidad de la construcción crítica del testigo, conlleva a la obligación del juzgador, en el plano de la valoración, a respetar la exigencia de atender los aspectos particulares del sujeto y los "impulsos motivadores" o la espontaneidad e independencia del testificante, tal como lo establecen los artículos 246, párrafo primero, 247, párrafo primero, 248, 249, párrafo primero y, especialmente, en las fracciones I, II, III y V del artículo 289, todos del Código Federal de Procedimientos Penales, disposiciones legislativas que, precisamente, como medidas de seguridad en cuanto a las reglas de valoración del testimonio y reconociendo los aspectos de la naturaleza humana remiten a la obligada atención de la persona del testigo, ello con el fin de establecer, en lo posible, el hallazgo de un verdadero testimonio del hecho frente a la irrelevancia de un juicio personal de quien diciéndose testigo no pasa de ser un simple "portador" o "relator" de sus propias conjeturas o de lo que otras personas le indujeron a creer.⁸

INFORME POLICIACO. CARECE DE VALOR PROBATORIO CUANDO LOS AGENTES APREHENSORES SE INTRODUCEN AL DOMICILIO DEL INDICIADO SIN CONTAR CON UNA ORDEN DE CATEO. El artículo 16 constitucional preserva como garantía la inviolabilidad del domicilio, por su parte, el artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que la orden de cateo carece de valor probatorio cuando se incumplan los requisitos que prevé, como son su solicitud por escrito, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar, la persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y los objetos que se buscan o han de asegurarse, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia; además de que a su conclusión se levantará acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia. En ese sentido, si la propia norma secundaria dispone que la inobservancia de las reglas en la práctica de la diligencia de cateo legalmente ordenada, trae como consecuencia su falta de

⁸ Novena Época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIV, septiembre de 2006, tesis: II.2o.P.204 P, Página: 1518.

*valor probatorio, con mayor razón debe soportar esos alcances el informe policiaco en que se pone de manifiesto que la introducción al domicilio del indiciado por los agentes aprehensores se realizó sin orden de cateo.*⁹

LOS RIESGOS DE LA FUTURA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

En relación al tema son interesantes las reformas propuestas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en general al actual sistema penal mexicano y en particular respecto a las atribuciones de las instituciones policíacas. Reformas aprobadas por el Senado en funciones de Cámara revisora el veintiocho de febrero de 2008 y que actualmente se encuentran en su fase de sanción por las legislaturas de los Estados. Dichas reformas establecen *un sistema procesal penal acusatorio* que conllevan la intención de dotar al Estado de mayores facilidades para combatir la criminalidad y la impunidad.

Lo anterior puede traducirse en la simplificación de requisitos procesales para el juzgamiento y condena del acusado de un delito, conllevando el riesgo de vulnerar en mayor medida las garantías individuales, desde el inicio de una averiguación previa. Esto se afirma, cuando se lee por ejemplo en la reforma propuesta a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que para librar una orden de aprehensión o dictar el *auto de vinculación a proceso* (actualmente conocido como auto de formal prisión), ya no será necesario acreditar el cuerpo del delito con sus elementos, que podrían ser entre otros objetivos, subjetivos e incluso normativos para el caso de que la Ley lo exija, pues bastará 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 definen y elevan a rango constitucional o se reducen requisitos de figuras como el arraigo, la flagrancia, delincuencia organizada, el cateo, y la grabación de comunicaciones entre particulares, todo lo cual no es materia sustancial del presente artículo, no obstante existe

⁹ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta..XXIII, Junio de 2006..Tesis: XVIII.2o.15 P. Página: 1163.

relación directa con lo señalado y las atribuciones de los cuerpos policíacos, pues finalmente serán estos últimos quienes se encargarán de las investigaciones y cumplimientos de cateos y aprehensiones ya sea en flagrancia o por orden judicial, así como de la obtención de pruebas consistentes en comunicaciones entre particulares. Todo esto justifica con mayor razón la necesidad de establecer mejores mecanismos de control administrativos pero también procesales a los elementos policíacos con la finalidad de que en efecto las nuevas medidas sirvan para combatir la criminalidad y la impunidad y no para que se aumenten los abusos y violaciones a las garantías individuales y a los derechos humanos.

El ejemplo obligado en la delicadeza y posible riesgo para la sociedad lo fue la eliminación de los párrafos décimo y undécimo de la reforma propuesta al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los que en su orden establecían facultades al Procurador General de la República para tener acceso directo a documentación de carácter fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y toda la que tenga el carácter de reservado y confidencial. Por su parte el párrafo undécimo pretendía autorizar a la policía el ingreso a un domicilio sin orden judicial. Ambos ejemplos dejan en claro la intención de facilitar el procesamiento, acusación y condena de quien sea acusado por la comisión de un delito, lo cual no es condenable por sí, tan sólo deseo precisar el posible abuso que de estas nuevas facultades puedan hacer las instituciones de seguridad pública y desde luego las personas encargadas de su uso.

Las reformas en comento aluden de manera directa a la policía en cuanto la primera fracción del artículo 21 Constitucional otorga la *facultad de investigación* de los delitos y ya no se le menciona únicamente como auxiliar del ministerio Público. Es prudente también señalar que el mismo numeral en su párrafo noveno además de ya no referirse únicamente a las "instituciones policiales" sino ahora a las de "seguridad pública", agrega que la actuación de estas últimas se regirá también por un principio de "objetividad" y "respeto a los derechos humanos", aunado a los antes conocidos (legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez).

BIBLIOGRAFÍA

- GORPHE, François; *Apreciación judicial de las pruebas*, Temis, Colombia, 1998.
- *Las garantías individuales, parte general*, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2004, tercera reimpresión.
- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel; *Filosofía jurídica de la prueba*, Porrúa, México 2001, segunda edición.
- ROSENBERG, Leo; *La carga de la prueba*, B de F, Buenos Aires 2002, 2ª. edición en castellano.

El delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Mexicanos; un caso en que no se configura

Arturo Garduño Acevedo*

Sumario I. Planteamiento del problema. II.-Antecedentes históricos. III. Marco normativo del Cuerpo de Defensas Rurales. IV. Jerarquía equivalente de los integrantes del Cuerpo de Defensas Rurales con el Ejército Mexicano. V. Justificación legal que permite a los Rurales portar armas del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, aun vistiendo de civil. VI. Conclusiones.

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con frecuencia hemos conocido casos donde se inicia Averiguación Previa y posteriormente se procesa a elementos del Cuerpo de Defensas Rurales, por la comisión del delito de Portación de Armas de Fuego de Uso Exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; en estos asuntos es común la intervención de quienes formamos parte del Instituto Federal de Defensoría Pública, quienes desde luego, nos hemos preguntado: ¿cuál es la naturaleza jurídica de los Cuerpos de Defensas Rurales?, ¿pertenece a los Rurales al Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos?, ¿son competentes para conocer los Órganos del Fuero de Guerra de estos asuntos?, ¿están facultados los Rurales para portar armas de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Mexicanos, vistiendo de civil?, ¿cuál es la jerarquía que ostentan?, ¿se puede equiparar a la prevista para los militares? Entre muchas otras.

* Defensor Público Federal.

Son diferentes los criterios que dan respuesta a dichas interrogantes; según he podido constatar en mi experiencia profesional, pues habiendo formado parte del Servicio de Justicia Militar, en su oportunidad observé que se generaban también este tipo de inquietudes; lo cual me lleva a pensar que en realidad no se ha explorado adecuadamente esta problemática y a sentir que con ello se generan injusticias en contra de los integrantes del Cuerpo de Defensas Rurales; que son un sector de servidores públicos de nuestra sociedad, a quienes, teniendo un lugar ganado orgullosamente ante la historia (válgame el eufemismo), "no les hizo justicia la revolución" y hoy por hoy, viven sin el reconocimiento que por ley les corresponde, como militares que son; con todos los derechos y las prerrogativas que la normatividad vigente les otorga.

II.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Presidente de la República don Benito Pablo Juárez García, quien conocía las necesidades de la comunidad campesina, dio vida a los Cuerpos de Defensas Rurales, el 5 de mayo de 1861, cuando dispuso la creación de cuatro agrupamientos, a cargo del Ministerio de Gobernación, con la finalidad de que desempeñaran funciones de policía para combatir el bandolerismo, partiendo del conocimiento de que los campesinos cuidarían por sí mismos de sus comunidades, en donde ejercerían sus funciones, lo cual era adecuado a las circunstancias de la época, teniendo en cuenta que aun en estos tiempos en los pueblos, los vecinos se conocen entre sí y desde luego, tienen mayor facilidad para saber quiénes infringen la ley. Habiendo funcionado esta medida, en 1910, ya se contaba con doce Cuerpos de Rurales, ubicados en distintas partes del país.

El 21 de mayo de 1911, al triunfo de la Revolución Maderista, formalmente se desarticulaban las Fuerzas Revolucionarias; pero se conservaron algunos Cuerpos Rurales que dependían de la Secretaría de Gobernación, los cuales por su arraigo en las comunidades continuaron prestando servicios de Policía Rural; el general Victoriano Huerta expidió un decreto el 31 de julio de 1913, orde-

nando la incorporación de los Rurales al Ejército Nacional, cambiándoles el nombre por el de Cuerpos de Exploradores, causando alta en filas como tales el 15 de agosto de 1913, obteniendo así el carácter de militares; pero esencialmente continuaron con las mismas funciones de policía dentro de sus comunidades agrarias, desde donde prestaban sus servicios a favor de las tareas del Ejército Mexicano. Fue hasta el 5 de octubre de 1936, en que a través de la circular número 64, la Secretaría de Guerra y Marina dispuso la organización del personal de Defensas Rurales en unidades denominadas batallones o regimientos de reserva, y se clasificaron entre las armas de Caballería e Infantería, comenzando así a colaborar con las diferentes zonas militares en que se divide el país, funcionando de manera similar a las unidades de arma del Ejército.

El 9 de enero de 1941, el presidente Manuel Ávila Camacho creó la Dirección General de Reclutamiento y Reservas, que absorbió las funciones de la Dirección de Reservas que administraba a los Rurales. Con fecha de 26 de agosto de 1942, se acordó el cese de las corporaciones de Reserva y se dio origen a los Cuerpos de Defensas Rurales, agrupándolos en Batallones de Infantería y en regimientos de Caballería.

El 18 de diciembre de 1942, mediante la circular número 77, se dispuso que la denominación del cuerpo debería ser Defensas Rurales en sustitución de Defensas Rurales Regionales. El 1 de julio de 1954, por decreto presidencial, se creó dentro del funcionamiento de la Secretaría de la Defensa Nacional, como órgano del alto mando el Departamento de Defensas Rurales, el cual se hizo cargo de la dirección y control administrativo de los Cuerpos de Defensas Rurales. El 1 de junio de 1974, el Departamento de Defensas Rurales cambió de nombre por el que todavía en la actualidad conserva, es decir Dirección General de Defensas Rurales, perteneciente a la Secretaría de la Defensa Nacional.

En la actualidad, los Cuerpos de Defensas Rurales, realizan actividades relacionadas con la seguridad de sus comunidades, efectuando operativos para velar por el cumplimiento de la Ley Federal

de Armas de Fuego y Explosivos, así como en la lucha permanente contra el narcotráfico, en actividades relacionadas con la destrucción de plantíos, combatiendo talamontes y llevando a cabo programas de reforestación, atención de incendios forestales, de labor social entre las que destacan tareas de pintura, chaponeo, limpieza general y jardinería, además de coadyuvar activamente en la implementación del Plan DN-III, en caso de desastres naturales.

El Artículo 61 del Instructivo para la Organización, Funcionamiento y Empleo de los Cuerpos de Defensa Rurales, les asigna los siguientes servicios:

"... I. Auxiliar a las tropas, a solicitud de sus Comandantes, como guías, exploradores y estafetas en la persecución, captura y consignación de trastornadores del orden y seguridad pública, tales como: abigeos, bandoleros, narcotraficantes, talamontes y otros delincuentes;

II. Proporcionar seguridad a la población donde se encuentren establecidas y sus contornos, manteniéndose en contacto con las Unidades de Defensas Rurales y Tropas de los poblados vecinos, a fin de ejercer una acción de conjunto que asegure el éxito de su misión;

III. Ser órganos de información a disposición de los Mandos Territoriales, en todo lo que se relacione a la tranquilidad de sus respectivas jurisdicciones;

IV. Garantizar la seguridad material de la vías generales de comunicación, campos aéreos, de los medios de transmisiones e instalaciones y líneas de conducción de energía eléctrica; depósitos de víveres y combustibles particularmente en situaciones de emergencia regionales o nacionales;

V. Auxiliar a los tripulantes y pasajeros de vehículos terrestres, aéreos, marítimos y fluviales que se accidenten dentro o a inmediaciones de su jurisdicción; ayudar a localizarlos y evacuarlos; proporcionarles seguridad y gestionarles atención médica, alojamiento y alimentación, debiendo rendir parte a la superioridad por el medio más rápido disponible.

VI. Prestar su cooperación, dentro de su jurisdicción, para la reforestación del País, la extinción de incendios de bosque y

pastizales y en la erradicación de epizootias, plagas y epidemias; así como en casos de desastres o emergencias que afecten a la nación; y

VII. Los demás que determine el Secretario de la Defensa Nacional".

Estos Militares se encuentran en nuestro país en las siguientes Entidades:

CUERPO

UBICACION:

CUERPO DE INFANTERÍA DE DEFENSAS RURALES

1/ER. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
2/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
3/ER. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
4/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
5/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
7/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
8/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
11/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
12/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
13/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
14/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
15/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES
16/O. CPO. DE INF. DE DEFENSAS RURALES

SALTILLO COAH.
CHETUMAL, Q. R.
TOLUCA, EDO. MÉX.
HERMOSILLO, SON.
PANOTLA, TLAX.
TAPACHULA, CHIS.
PUEBLA, PUE.
RINCÓN DE ROMOS, AGS.
ORIZABA, VER.
TECOMAN, COL.
IXCOTEL, OAX.
CUERNAVACA, MOR.
CHICOASÉN, CHIS.

CUERPO DE CABALLERÍA DE DEFENSAS RURALES

1/ER. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
2/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
3/ER. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
4/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
5/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
6/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
7/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
8/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
10/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
12/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
13/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
14/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES
15/O. CPO. DE CAB. DE DEFENSAS RURALES

CD. MADERA, CHIH.
CD. DELICIAS, CHIH.
ESCOBEDO, N.L.
CD. REYNOSA, TAMPS.
CINCO DE MAYO, DGO.
CINCO DE MAYO, DGO.
JÉREZ DE GARCÍA SALINAS, ZAC.
SAN LUIS POTOSÍ, S.L.P.
OCOTLÁN, JAL.
SARABIA, GTO.
PACHUCA, HGO.
ZACAPU, MICH.
APATZINGÁN, MICH.

Constituyendo un total de veintiséis Cuerpos de Defensas Rurales: trece de Infantería y trece de Caballería; según información revelada por la propia Secretaría de la Defensa Nacional, en cumplimiento a solicitudes formuladas conforme a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; Michoacán es el Estado con el mayor número de guardias rurales, ya que cuenta con 1,472 elementos; seguido por Chiapas, con 1,314; Chihuahua, con 1,286; Durango, con 1,042, le siguen Oaxaca con 166; Tlaxcala, 183; Sonora, 187; Colima, 204; Quintana Roo, 205; Morelos, 208; Hidalgo, 209; Puebla, 321; Coahuila, 417; Nuevo León, 437; Tamaulipas, 476; Zacatecas, 502; Guanajuato, 717; San Luís Potosí, 767; Estado de Mexico, con 859 y Jalisco, con 866.

Se trata de voluntarios ejidatarios y pequeños propietarios en áreas rurales que no reciben sueldo, pero en caso de resultar inutilizados en actos del Servicio se les conceden los beneficios de la Seguridad Social Militar, considerándoseles para este efecto con jerarquía de soldados, y sujetos al Fuero de Guerra.

Estos grupos reciben adiestramiento, teórico-práctico, que incluye Legislación Militar, Plan DN-III, Instrucción de Orden Cerrado y conocimiento de Balística y Armamento, que se les imparte regularmente en "estadas", ya que se les asigna como arma de cargo un mosquetón calibre 7.62 milímetros. Además de armas de su propiedad que tienen el deber de registrar, en su respectiva zona militar.

III. MARCO NORMATIVO DEL CUERPO DE DEFENSAS RURALES

Los integrantes del Cuerpo de Defensas Rurales son militares y se rigen por lo dispuesto en los artículos 13 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dicen:

"Artículo 13.— ... Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda."

Artículo 123, Apartado "B" Fracción XIII.- "Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes".

Así mismo, previene su actuación la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en los siguientes términos:

"...CUERPOS DE DEFENSAS RURALES.

Artículo 116. Los cuerpos de Defensas Rurales estarán permanentemente organizados en unidades armadas, equipadas y adiestradas.

Artículo 117. Los Cuerpos de Defensa Rurales se formarán con personal voluntario de ejidatarios mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad, mandados por militares profesionales, de acuerdo con sus planillas orgánicas particulares y tienen como misión cooperar con las tropas en las actividades que éstas lleven a cabo, cuando sean requeridos para ello por el mando militar.

Artículo 118. Al personal militar profesional encuadrado en los Cuerpos de Defensas Rurales se les considerará para todos los efectos legales, en igualdad de condiciones que el encuadrado en Unidades del activo.

Artículo 119. Los mandos en los Cuerpos de Defensas Rurales que no se cubran con personal profesional del Ejército, lo serán con personal de rurales elegidos por los componentes de la Unidad, en los términos dispuestos en el Artículo 52 de esta Ley. ("...ARTÍCULO 52. El funcionamiento, la estructura y las planillas orgánicas de cada Unidad, Dependencia o Instalación del Ejército y Fuerza Aérea, serán establecidos por los Reglamentos y Manuales respectivos.)

Artículo 120. El personal de ejidatarios que integran dichos cuerpos, quedará sujeto al fuero de guerra, cuando se encuentre desempeñando actos del servicio que le sean encomendados.

Artículo 121. Los ejidatarios miembros de estos cuerpos, cuando desempeñen los servicios para los que sean requeridos, tendrán derecho a las retribuciones, prestaciones o estímulos, conforme a las previsiones presupuestales.

Los que se inutilicen en actos del servicio o a consecuencia de ellos y los familiares de los que mueran en las mismas circunstan-

cias, tendrán derecho a las prestaciones que señalen las leyes de la materia, considerando a los Defensas Rurales como Soldados miembros del activo."

Primordialmente se regula su actuación por el **Instructivo para la Organización, Funcionamiento y Empleo de los Cuerpos de Defensa Rurales**, mismo que entró en vigor diez días después de su expedición el 21 de marzo de 1964; en cuyos artículos señala:

"...**Artículo 1o.**— Los Cuerpos de Defensa Rurales son unidades constituidas por ejidatarios organizados, equipados y adiestrados para que cumplan con eficiencia los servicios que establece el presente Instructivo...

Artículo 4o.— Todo ejidatario perteneciente a una Unidad de Defensas Rurales, queda sujeto a las normas disciplinarias estipuladas en el presente Instructivo y demás ordenamientos militares, en su parte correspondiente.

Artículo 5o.— Los Rurales, cualquiera que sea su clasificación, tendrán siempre presente que al confiarles la Nación un arma para la defensa de su vida, la de sus familiares e intereses, así como para que cooperen a sostener y hacer respetar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás leyes que de ella emanan y a las Instituciones del País, han contraído el compromiso para con la Patria de constituirse en una garantía de orden y seguridad para la comunidad; que la distinción que se les ha otorgado les exige ser buenos ciudadanos dispuestos a cooperar con desinterés en las tareas cotidianas de sus vecinos y cumplir con abnegación y celo sus deberes, así como obrar con lealtad al Gobierno constituido.

Artículo 6o.— Los servicios de los ejidatarios en los Cuerpos de Defensas Rurales serán prestados sin retribución alguna...

Artículo 8o.— El Pelotón de Defensas Rurales en la unidad mínima de una sola arma que se integrará con individuos de un mismo ejido, del cual tomará el nombre, sin perjuicio del número de orden que le corresponda dentro de la sección a que pertenezca.

Artículo 9o.— Con los pelotones se organizarán Secciones y con éstas, Compañías o Escuadrones de una misma Arma.

Con las Compañías y Escuadrones se integrarán los Cuerpos de una misma Arma o Mixtos, correspondiendo a la Secretaría de la Defensa Nacional asignarles su número de orden, así como determinar el número que de éstos deban organizarse, de acuerdo con las necesidades del País...

Artículo 15.— El Mando Supremo de los Cuerpos de Defensas Rurales corresponde al Presidente de la República, quien lo ejercerá por sí o por conducto del Secretario de la Defensa Nacional.

Artículo 16.—La administración, dirección y control de los Cuerpos de Defensas Rurales competen a la Secretaría de la Defensa Nacional, la que se encargará de la organización, adiestramiento y empleo de dichas unidades...

Artículo 30.— Para el ejercicio del mando de los Cuerpos de Defensas Rurales, se establecen las siguientes clasificaciones y cargos:

CLASIFICACIÓN CARGO

- I. Rural de 1/a. 2/o. Comandante de Compañía o Escuadrón;
- II. Rural de 2/a. Comandante de Sección;
- III. Rural de 3/a. Comandante de Pelotón;
- IV. Rural de 4/a. 2/o. Comandante de Pelotón; y
- V. Rural Raso. Parte integrante del Pelotón.

ARTÍCULO 31.— Los miembros de los Cuerpos de Defensas Rurales reconocerán como superiores a los Generales, Jefes, Oficiales y Clases del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y a los Rurales Clasificados conforme a la escala que figura en el artículo anterior..."

IV. JERARQUÍA EQUIVALENTE DE LOS INTEGRANTES DEL CUERPO DE DEFENSAS RURALES CON EL EJÉRCITO MEXICANO

Como pudimos percatarnos, el Artículo 30 del Instructivo para la Organización, Funcionamiento y Empleo de los Cuerpos de Defensa Rurales, establece las siguientes jerarquías, para los Defensas Rurales:

- I. Rural de 1/a. Con Funciones de 2/o. Comandante de Compañía o Escuadrón;

II. Rural de 2/a. con Responsabilidades de Comandante de Sección;
 III. Rural de 3/a. con el Carácter de Comandante de Pelotón;
 IV. Rural de 4/a. quien tiene el cargo de 2/o. Comandante de Pelotón; y

V. Rural Raso. Parte integrante del Pelotón.

Por su parte, el Artículo 129, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, refiere cuáles son los grados de la escala jerárquica del Ejército y Fuerza Aérea, estableciendo:

"...I. Generales en el Ejército y Fuerza Aérea:

A. General de División;

B. General de Brigada o General de Ala; y

C. General Brigadier o General de Grupo.

II. Jefes en el Ejército y Fuerza Aérea:

A. Coronel;

B. Teniente Coronel; y

C. Mayor.

III. Oficiales en el Ejército y Fuerza Aérea:

A. Capitán Primero;

B. Capitán Segundo;

C. Teniente; y

D. Subteniente.

IV. Tropa en el Ejército y Fuerza Aérea.

A. Clases.

a. Sargento Primero;

b. Sargento Segundo; y

c. Cabo; y

B. Soldado.

Así mismo, el artículo 130 del propio Ordenamiento establece la equivalencia jerárquica del personal del Ejército y Fuerza Aérea con el de la Armada de México:

EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA	ARMADA
-------------------------	--------

I. Generales:

General de División

Almirante

General de Brigada o	
General de Ala	Vicealmirante
General Brigadier o	
General de Grupo	Contraalmirante
II. Jefes:	
Coronel	Capitán de Navío
Teniente Coronel	Capitán de Fragata
Mayor	Capitán de Corbeta
III. Oficiales:	
Capitán Primero	Teniente de Navío
Capitán Segundo	Teniente de Fragata
Teniente	Teniente de Corbeta
Subteniente	Guardiamarina
	1/er. Contramaestre
	1/er. Condestable
	1/er. Maestre
IV. Tropa:	
A. Clases	
Sargento Primero	2/o Contramaestre
	2/o. Condestable
	2/o. Maestre
Sargento Segundo	3/er. Contramaestre
	3/er. Condestable
	3/er. Maestre
Cabo	Cabo (en sus especialidades)
B. Soldado	Marinero

No existe en la actualidad una clasificación formal que nos señale cuál es la equivalencia entre las jerarquías reconocidas para el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, con los reconocidos para los integrantes de los Cuerpos de Defensas Rurales, pero injustamente y sin fundamento ni motivación suficiente, se ha pretendido tanto por las fuerzas armadas como por las autoridades de administración de justicia, englobarlos a todos indistintamente como tropa. Refiriendo que las disposiciones que los regulan refieren que los miem-

bro de los Cuerpos de Defensas Rurales reconocerán como superiores a los Generales, Jefes, Oficiales y Clases del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y que para efectos de recibir los beneficios de la seguridad social militar expresamente se les ha reconocido personalidad militar con el empleo de soldado. Lo que a mi criterio no es correcto ya que el propio Instructivo para la Organización y Funcionamiento de los Cuerpos de Defensas Rurales, establece que tendrán funciones de Comandantes, tanto de Compañía o Escuadrón, como de Sección y Pelotón; además, desde luego, hace mención específica del Rural Raso, al que no reconoce más que como parte integrante del Pelotón, es decir que diferencia entre Comandantes y Rurales Rasos que son sus subordinados mismos que de manera natural podemos identificar con la Tropa del Ejército, mismos que reciben para el cumplimiento de sus servicios un fusil calibre 7.62 milímetros el cual tienen a su cargo, pero no pueden portarlo fuera de actos del servicio. Por cuanto a los Comandantes respecta tenemos que el artículo 224 del Reglamento General de Deberes Militares, literalmente establece: **"Al segundo Comandante de una Compañía, Escuadrón o Batería, le son comunes las obligaciones señaladas a los Capitanes primeros en relación con el servicio, instrucción, disciplina y vigilancia de sus subordinados, bajo las instrucciones que de aquéllos reciba"**. En tal circunstancia, siendo que los Rurales de Primera tienen precisamente este tipo de funciones de Segundo Comandante de una Compañía o Escuadrón, en tal virtud, por equivalencia en las funciones, se identifica al Rural de Primera con el Capitán Primero, por lo que habríamos establecido hasta este momento la equivalencia jerárquica entre las jerarquías de los Rurales de Quinta o Rasos con el Personal de Tropa y la de Rural de Primera con la de Capitán Primero, tomando en consideración las funciones que se les encomiendan. En tal circunstancia únicamente tendríamos que ocuparnos de buscar la equivalencia de los Rurales de Segunda, Tercera y Cuarta, a quienes se identifica como Comandantes de Sección y Pelotón, pero al no existir específicamente el encargo de estas funciones a una jerarquía mili-

tar en particular, pues inclusive se encargan de ello las llamadas clases en el Ejército, mismos que pertenecen a la clasificación de Tropa, pero ya que no hay elementos suficientes para encuadrarlos en esa clasificación, por deducción lógica, concluyo que se debe buscar su equivalencia jerárquica partiendo del grado de Capitán Primero que ha quedado establecido por equivalencia para el Rural de Primera, por lo que en este orden de ideas correspondería la siguiente equivalencia:

EJÉRCITO MEXICANO	DEFENSAS RURALES
Oficiales	Comandantes
1.- Capitán Primero	1.- Rural de Primera
2.- Capitán Segundo	2.- Rural de Segunda
3.- Teniente	3.- Rural de Tercera
4.- Subteniente	4.- Rural de Cuarta
5.- Tropa	5.- Rural Raso
Sargento Primero	Rural de Quinta
Sargento Segundo	
Cabo	
Soldado	

Así, tenemos que las Fuerzas Rurales se integran por oficiales y tropa. Lo cual es un criterio que en lo particular he sostenido en distintas ocasiones ante agencias del Ministerio Público así como ante Juzgados de Distrito de los distintos circuitos del país, en donde se ha hecho valer la tesis aislada emitida por el TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO, que ha reconocido al Rural de Primera en equivalencia a un Capitán Primero del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos. Por lo que para prontas referencias se transcribe dicho Criterio:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Octubre de 2002

Página: 1420

Materia(s): Penal

PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DEL USO EXCLUSIVO DE LAS INSTITUCIONES ARMADAS DEL PAÍS POR

DEFENSAS RURALES. Si el quejoso, al momento de acontecer los hechos, tenía el carácter de defensa rural de primera, con mando de segundo comandante de Compañía o Escuadrón, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 del Instructivo para la Organización, Funcionamiento y Empleo de los Cuerpos de Defensas Rurales, mando que corresponde en equivalencia a los capitanes primeros, en relación con el servicio, instrucción, disciplina y vigilancia de sus subordinados en términos del artículo 224 del Reglamento General de Deberes Militares, y si el artículo 129, fracción III, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos hace referencia al grado de oficiales en el Ejército y Fuerza Aérea y contempla en el inciso A el de capitán primero, resulta evidente que si el cargo de rural de primera que tenía el quejoso el día de los hechos equivale al grado de capitán primero, debe ser considerado como oficial del Ejército, no como tropa del mismo; por tanto, la portación que del arma de fuego afecta efectuaba el quejoso, queda comprendida en los casos de excepción que señala el artículo 24 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y bastaba que se identificara con su credencial para justificar su portación, en términos del artículo 22, párrafo tercero, del Reglamento de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, puesto que como miembro del Cuerpo de Defensas Rurales, con el carácter indicado, pertenece al Ejército Mexicano, en términos de lo previsto en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 1051/2001. 11 de julio de 2002. Unanimidad de votos.

Ponente: Ángel Gregorio Vázquez González. Secretaria: Ramona Gómez Navarrete.

V. JUSTIFICACIÓN LEGAL QUE PERMITE A LOS RURALES PORTAR ARMAS DEL USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA, AUN VISTIENDO DE CIVIL

El artículo 24 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos literalmente señala:

"Artículo 24.— Para portar armas se requiere la licencia respectiva. Los miembros del Ejército, Armada y Fuerza Aérea quedan exceptuados de lo anterior, en los casos y condiciones que señalen las leyes y reglamentos aplicables.

Por su parte, el Artículo 22 del Reglamento de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos refiere:

"Artículo 22.— ...Los Generales, Jefes y Oficiales del Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México, que vestidos de civil porten armas, deberán identificarse con su credencial, cuantas veces sean requeridos para ello por autoridad competente".

Dichas normas prevén una excepción a la regla general que obliga a los ciudadanos a contar con licencia para la portación de arma de fuego, de lo cual quedan exentos los militares con jerarquía de oficial en situación de activo, reserva o retiro. Por lo que habiéndose establecido, que los integrantes del Cuerpo de Defensas Rurales con jerarquía de Rural de Primera, Rural de Segunda, Rural de Tercera y Rural de Cuarta, equivalen a Capitán Primero, Capitán Segundo, Teniente y Subteniente, los cuales se encuentran dentro de la clasificación de oficiales del Ejército y Fuerza Aérea Nacionales, en tal virtud no se configura el delito de portación de arma de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, cuando el sujeto activo (aun andando vestido de civil), tenga calidad de Rural con funciones y jerarquía equivalente a la de los Oficiales del Instituto Armado.

VI. CONCLUSIONES

A.— El Cuerpo de Defensas Rurales es una Institución Militar integrante del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, sus miembros clasificados como Rurales de Primera, Segunda, Tercera y Cuarta, por equivalencia ostentan jerarquías de Oficiales y los Rurales Rasos se equiparan a la categoría de Tropa en las fuerzas castrenses.

B.— Son competentes para conocer de los delitos cometidos por los Rurales en Servicio, los Tribunales del Fuero de Guerra.

C.— Los Rurales de Primera equivalen a Capitanes Primeros del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos; según el criterio que sostuvieron por unanimidad de votos el 11 de junio de 2002, los ciudadanos magistrados del Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, al resolver el Amparo directo 1051/2001.

Se considera, en consecuencia lógica, que corresponde la jerarquía de Capitán Segundo al Rural de Segunda; Teniente, al Rural de Tercera y Subteniente, al Rural de Cuarta; debido a que el Instructivo para la Organización y Funcionamiento de los Cuerpos de Defensas Rurales, les reconocen las Funciones y Responsabilidades de Comandantes de de Compañía o Escuadrón; Sección y Pelotón; estableciendo con claridad la equivalencia del Rural Raso con los elementos de Tropa de las Fuerzas Armadas.

D.— Los Rurales que por equivalencia con las jerarquías del Ejército, ostentan rangos de oficiales, pueden por disposición legal (Art. 24 L. F. A. F y E. y 22 de su reglamento) portar armas de fuego del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, aun vistiendo de civil.

Una vez que los Defensores Públicos Federales (que estemos de acuerdo con estos criterios) hagamos valer los argumentos necesarios para demostrar que los integrantes de los Cuerpos de Defensas Rurales son militares con jerarquía de oficial y que por tanto pueden portar sus armas de fuego, aun andando vestidos de civil, desde luego se confía en que próximamente podríamos ver publicada por reiteración de tesis, la jurisprudencia cuyo rubro señalaría: "PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA MEXICANOS. NO SE CONFIGURA ESE DELITO CUANDO SE TRATA DE RURALES, CUYO RANGO SEA EQUIVALENTE AL DE OFICIAL DEL INSTITUTO ARMADO".

Reconociéndose con ello este derecho que hoy en día, no se les respeta, a los integrantes de la institución armada generada por el Benemérito de las Américas.

A nálisis de los beneficios previstos en el artículo 55 del Código Penal Federal

*Jorge Alberto Heredia Chalé**

El día 26 de mayo del año 2004 se publicaron las reformas al artículo 55 del Código Penal Federal, mismas que, según la exposición de motivos, estaban destinadas a abatir la sobrepoblación de presos, aplicando entre otras medidas la disminución de la prisión preventiva y la aplicación de penas sustitutivas de prisión.

Los diputados coincidieron en la necesidad de dicha medida considerando que en menos de veinte años las cifras de personas reclusas en prisión se habían triplicado, en razón del abuso de la prisión preventiva, la cual debía ser totalmente excepcional y responder a motivos justificados.

La actual redacción del numeral en cita a la letra dice:

"Artículo 55.- Cuando la orden de aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el juez podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que procedan de acuerdo con la representación social.

No gozarán de esta prerrogativa quienes a criterio del juez puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su peligrosidad. En todo caso la valoración

* Defensor Público Federal.

por parte del juez se apoyará en dictámenes de peritos. Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad, a juicio del juez o tribunal que la imponga de oficio o a petición de parte, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona, o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria o irracional que se compurgue dicha pena.

En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos".

Éste puede aplicarse en forma oficiosa por el juez desde el momento en que se ordene la aprehensión de una persona mayor de setenta años de edad y se sustenta en fines humanitarios, tomando en cuenta que la prisión preventiva no tiene el carácter o naturaleza de una pena, porque de ser considerada así sería inconstitucional pues por disposición señalada en el artículo 14 no podría ser impuesta sin previo juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos.

Este numeral contiene una excepción a la prisión preventiva, pues por prisión preventiva se entiende a la institución jurídica prevista por las normas constitucionales, en las que permanecen aquellas personas acusadas en la comisión de un delito que merece pena corporal, en espera de una sentencia que defina su responsabilidad, tiene por objeto asegurar la presencia del procesado evitando que se fugue ante la concreta e inminente amenaza de que se le impondrá una pena, su fundamento se encuentra en los fracción artículo 19 y 20 fracciones VIII y X.

De la lectura del mencionado artículo 55, se aprecia que el mismo contiene dos beneficios, distintos entre sí: el primero se refiere a la prisión preventiva, la cual podrá compurgarse en el domicilio del inculcado pero para gozar de este beneficio, el señalado inculcado debe satisfacer tres requisitos: el primero, contar con más de setenta años de edad; el segundo, que a criterio del juez, el indiciado no pueda sustraerse de la acción de la justicia; y el tercero, que no manifieste una conducta que haga presumible su peligrosidad.

El legislador eliminó la referencia a delitos graves para negar la posible concesión de este beneficio, pues de la redacción del numeral en cita y de la exposición de motivos se aprecia que la gravedad de la conducta materia del proceso no sería motivo para negar la procedencia del beneficio en cita, pues el mismo sólo debe negarse ante la existencia de señales fundadas que demuestren la posible sustracción de la justicia por parte del enjuiciado o la probable peligrosidad, por ello se concluye que para declarar la procedencia de este beneficio, el órgano judicial toma más en cuenta la calidad y personalidad del delincuente que la conducta delictiva que se le atribuye.

Este beneficio en razón de que no se encuentra, debidamente reglamentado en la ley al ser la misma muy escueta, (pues ésta se limita a mencionarla como "prisión preventiva en el domicilio") se equipara o parece al confinamiento, sin embargo, es claro que por su propia naturaleza (pues se trata de prisión preventiva) es una medida provisional que termina con la culminación del proceso, la cual incluso puede ser revocada si no se cumplen con las medidas de seguridad que, en su caso, se le fijen al inculpado, además de que su vigilancia y designación quedan a cargo del juez de la causa, al igual que las medidas de seguridad a observar una vez que se acuerden con el Ministerio Público, pero la oposición de este órgano a la concesión de dicho beneficio de ninguna manera vincula al juez, en razón de que la procedencia y aplicación del mismo se otorgarán con base en el justo arbitrio judicial a partir de las constancias que obren en los autos de la correspondiente causa penal.

En efecto, se define confinamiento según el artículo 28 del Código Penal Federal como: "ARTICULO 28.— El confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El Ejecutivo hará la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado. Cuando se trate de delitos políticos, la designación la hará el juez que dicte la sentencia".

En el confinamiento, es el Ejecutivo el que designa el lugar en donde residirá el reo, sin salir del mismo y sólo cuando se trate de

delitos políticos la designación la podrá hacer el juez, además por tratarse de una pena es definitiva su aplicación y debe imponerse en sentencia señalando el tiempo de duración de la misma; por el contrario, en la reclusión domiciliaria, no tiene el carácter de pena, y por ello, no puede especificarse su tiempo de duración y la ley indica que debe compurgarse precisamente en el domicilio del inculcado.

De todo lo antes expuesto, se advierte que la intención del legislador está encaminada a lograr que el inculcado, durante todo el tiempo que dure su juicio, por su avanzada edad no debe permanecer en prisión preventiva en calidad de detenido ingresado dentro del Centro de Readaptación Social, con los perjuicios inherentes, mismos que se duplican dada la avanzada edad del sujeto, por motivos humanitarios, podría permanecer recluido en su domicilio residiendo en ese lugar sin salir de él, observando las medidas de seguridad que procedan de acuerdo con la representación social, hasta el tiempo total que dure la tramitación del juicio penal.

Por ello, el primer requisito es fácil de acreditar pues basta con exhibir el acta de nacimiento o el dictamen de peritos médicos para acreditar la senilidad del patrocinado, acompañada de la prueba de inspección ocular en donde el funcionario correspondiente hará constar el estado físico visible del patrocinado así como sus deterioros físicos, propios de la avanzada edad con que cuente es decir su dificultad para hablar, movilizarse, escuchar o entender, etc.

Esta prerrogativa puede ser negada por el juez de la causa si a su juicio se acredita que el beneficiario puede sustraerse de la acción de la justicia, es decir, que existe un peligro real de fuga; dicho peligro se tiene por actualizado, con base, entre otras, en las siguientes circunstancias, mismas que deberán ser plenamente acreditadas:

a.- Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual conocida, carezca de familia, negocios o trabajo lícito.

b.- Que existan facilidades para abandonar el país o permanecer oculto.

c.- Que exista evidencia de que se están realizando actos preparatorios para lograr la fuga.

d.- Que el inculcado tenga un evidente interés en sustraerse de la acción de la justicia (alta penalidad del delito que se el atribuye).

Es cierto que la gravedad del delito, por sí sola, no está contemplada entre los requisitos para negar la procedencia de este beneficio; sin embargo, esto no debe ser desechado en forma automática en algunos casos, pues a quien se le impute un delito o delitos con alta penalidad, que podría hacerse efectiva al momento de dictar sentencia, tiene más altas probabilidades de huir que de permanecer en el lugar de reclusión esperando que se dicte sentencia en su caso.

Por ello, esa circunstancia de la gravedad del delito es factible que el juzgador la tome en cuenta al momento de decidir la aplicación de dicho beneficio; sin embargo, para negar su procedencia debe enlazarla con otros indicios que acrediten la existencia de la fuga referida. De no ser así, se vulneraría el espíritu del legislador y los motivos que provocaron la reforma del numeral en cita.

El tercer elemento para que proceda la concesión de dicho beneficio es que el inculcado no realice conductas que manifiesten su peligrosidad.

Se entiende por peligrosidad la inclinación que tiene un sujeto a delinquir, *es la posibilidad de cometer un delito o vuelva a cometer otro*. Tiene origen en la *temibilidad* de GARÓFALO, que consiste en una perversidad constante y activa del delincuente y de la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente.

El criterio de la peligrosidad, o sea, de la proclividad al delito, no es suficiente para determinar si un sujeto es delincuente o no.

Al contrario, la proclividad ha de servir para un tratamiento sólo correctivo, no como base de la imputabilidad. Hoy ni siquiera se le pueden aplicar medidas correctivas a los llamados anteriormente "vagos, prostitutas y alcohólicos"; sin embargo, dichos estados son indicadores de peligrosidad, que hacen correcta la negación del beneficio referido.

Esta tendencia (peligrosidad), puede manifestarse al momento de cometer el delito o con posterioridad a ello, se caracteriza por el

estado de peligro que se traduce en conductas antisociales realizadas en forma habitual quebrantando las normas de convivencia social mediante actos de violencia.

La peligrosidad corresponde a un estado del individuo en que se sospecha que seguirá delinquir y por ello deberá ser protegida la sociedad, ya que si el hombre tiende a cometer delitos, la sociedad está facultada para defenderse de dichas conductas; la peligrosidad no debe confundirse con la culpabilidad pues aun cuando ambos conceptos se entrelazan, no constituyen sinónimos, pues así lo ha precisado la tesis que se procede a reproducir:

Registro No. 186966

Localización: Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XV, Mayo de 2002

Página: 1205

Tesis: I.6o.P36 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Rubro: CULPABILIDAD Y PELIGROSIDAD. SU DIFERENCIA.

Texto: Por culpabilidad se entiende el conjunto de presupuestos o caracteres que debe tener una conducta para que le sea reprochada jurídicamente a su autor, ésta se entiende como el elemento subjetivo del delito que comprende el juicio de reproche por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley; en tanto que la peligrosidad es una circunstancia personal del delincuente que lo hace socialmente temible por su malignidad, esto es, la perversidad constante y activa que se debe esperar de parte del mismo autor del delito, entendida también como la saña y maldad manifestada por el sujeto activo del ilícito penal en la realización de los actos criminales. Es por ello que se reformó el artículo 52 del Código Penal y que a partir del primero de febrero de 1994 establece: "El Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gra-

vedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente...", con lo cual se logra la finalidad de la individualización de la pena a imponer.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 4586/2001. 31 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretaria: Gloria Rangel del Valle.

El juez está facultado para apoyarse en dictámenes de peritos para acreditar dicho estado de peligrosidad, e incluso en las fichas señaléticas en las que se reproducen los antecedentes penales de los inculpados, los que podrían considerarse indicadores de una conducta peligrosa.

En conclusión, el beneficio de la prisión preventiva domiciliar es una facultad discrecional del juez, la cual podrá ser concedida en cualquier caso siempre que se acredite en autos que el sujeto activo del delito tiene una edad mayor de setenta años, que además a criterio del juez no existen datos que nos lleven a la conclusión de que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia y que además éste no manifieste una conducta que haga presumible su peligrosidad.

El segundo beneficio se refiere a la posibilidad de que el juez prescinda de la imposición de la pena sustituyéndola por una medida de seguridad por haber sufrido el activo consecuencias graves en su persona, por su senilidad o precario estado de salud, siendo notoriamente irracional que se compurgue dicha pena.

Este beneficio surge considerando que las personas que han delinquido deben ser readaptadas socialmente y por mandato constitucional contemplado en el artículo 18, la readaptación se sustentará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación; sin embargo, existirán casos especiales en que debido al precario estado de salud, el grado de senilidad del sentenciado, o que éste hubiera sufrido consecuencias fatales en su persona en que no podrán aplicarse dichos principios de readaptación, por motivos humanitarios y de equidad pues el legislador consideró que en estos

casos, la mayor sanción puede ser el daño que a sí mismo se ha causado el agente, sin perder de vista, además, que en tales circunstancias podrá resultar físicamente imposible, inclusive la ejecución de una pena o de una medida privativa o restrictiva de libertad, de ahí que considero legal que sólo en estos casos se podría sustituir dicha pena por una de las medidas de seguridad contempladas dentro del catálogo precisado en el artículo 24 del Código Penal Federal, siendo **PREFERENTEMENTE** las siguientes :

- 1.– Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 2.– Confinamiento.
- 3.– Prohibición de ir a lugar determinado.
- 4.– Sanción pecuniaria.
- 5.– Amonestación.
- 6.– Suspensión o privación de derechos.
- 7.– Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- 8.– Vigilancia de la autoridad.
- 9.– Y las demás que fijen las leyes.

Las medidas de seguridad son los instrumentos por medio de los cuales el Estado, en forma individualizada y singular castiga a los sujetos activos del delito con la intención de evitar que se ejecuten nuevos ilícitos; esta sanción no tiene carácter aflictivo o retributivo, lo que nos sirve para diferenciarlas de la pena, también deben estar precisadas en la ley, aun cuando en el artículo 24 ya parcialmente reproducido no se hace una lista taxativa y diferenciada de penas y medidas de seguridad, por ello lo que no encaja dentro del concepto de pena es considerada una medida de seguridad, y por pena se entie, según Cuello Calón: "Es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal". Es lógicamente la consecuencia del delito y tiende a intimidar al sujeto activo del delito para evitar la delincuencia.

Es de precisarse que, si bien la concesión de este beneficio en concreto resulta discrecional en su aplicación, sin embargo, para su

procedencia es requisito acreditar la necesidad y justificación de esta medida de manera plena; por ello el juzgador, en todo caso, estará asistido por un perito que, con base en los conocimientos científicos correspondientes y una vez desahogadas las pruebas o exámenes que su ciencia le sugiera, emitirá el dictamen pertinente, mismo que será valorado oportunamente sin que estuviera facultado para prescindir de dicha prueba pericial en forma alguna, pues dicho artículo 55 resulta comprensible al contener un ordenamiento ineludible para el Juez, al indicar que: "En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos".

En conclusión, este beneficio será otorgado al momento de que se dicte sentencia en la causa penal y puede ser concedido de oficio o a petición de parte debiendo acreditarse la existencia de un precario estado de salud o alto grado de senilidad aportando las pruebas periciales medicas correspondiente designando a los peritos médicos que deberán ilustrar al juzgador, la medida de seguridad tendrá el mismo tiempo de duración que la pena corporal a imponer, considerando que existirán ocasiones en que la prisión corporal será incompatible con el estado de salud del reo o su avanzado estado de senilidad; sin embargo, el artículo vigente no autoriza al juzgador a prescindir de la imposición de dicha pena, como ocurría antes de la reforma acaecida en el mes de mayo del año 2004.

Por último, para concluir, cabe señalar que existe un criterio jurisprudencial que considera que este beneficio no puede ser aplicado en caso de existir precario estado de salud mental, o inimputabilidad por cuanto en esos casos deben aplicarse los artículos 67 a 69 del Código Penal Federal, por ser este procedimiento el aplicable en forma específica, tesis que por su interés se reproduce :

Registro No. 179879

Localización: Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XX, Diciembre de 2004

Página: 1365

Tesis: III.1o.P.65 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Rubro: INIMPUTABILIDAD, EL ARTÍCULO 55 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO ES APLICABLE EN LOS SUPUESTOS DE.

Texto: La historia legislativa del artículo 55 del Código Penal Federal, a partir de su vigencia en el Código Penal de mil novecientos treinta y uno, en vinculación con las consideraciones expuestas en la exposición de motivos de la primer reforma de dicho numeral, publicada en el Diario Oficial de la Federación de trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, y en el dictamen de la Cámara de Origen de la ulterior modificación, publicada en el mismo medio informativo de treinta de diciembre de mil novecientos noventa y uno, evidencian que para su aplicación el legislador sin duda parte del supuesto de que el activo goza plenamente de su facultad de entender y querer, es decir, que es imputable y que, por ende, es merecedor de la sanción penal, pero que por motivos de humanidad (haber sufrido el activo consecuencias graves en su persona presentando un deterioro físico de esa magnitud, tener menoscabada su salud al grado de que ésta se considere precaria o bien por su senilidad) o por seguridad de la población carcelaria, la tornan irracional o innecesaria, caso en el cual la pena privativa o restrictiva de la libertad, que legalmente procede aplicar, podrá sustituirse o incluso prescindirse de ella. Por ende, la aplicación del beneficio del artículo 55 del Código Penal Federal no operará en los casos en que el inculcado es declarado inimputable y se le impone como medida de tratamiento el internamiento en un centro psiquiátrico, pues no obstante que esta última determinación tiene la naturaleza de una medida de seguridad, su imposición obedece a que el activo, por padecer un trastorno mental que requiere atención profesional experta multidisciplinaria, carece de aquel atributo (imputabilidad); caso último en el que habrá que estarse a lo que armónicamente disponen los artículos 67 a 69 del Código Penal Federal y no al

precepto en examen. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 117/2004. 6 de mayo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: José Félix Dávalos Dávalos. Secretario: Jaime Arturo Garzón Orozco.

CASO PRÁCTICO

1.– Como caso práctico en el que se concedió el beneficio de prisión domiciliaria, se tiene conocimiento en el Juzgado Tercero de Distrito en dos expedientes penales; para su análisis se reproducen los puntos esenciales bajo los cuales la juez del conocimiento otorgó el beneficio aludido:

EXPEDIENTE 27/2007, instruido en contra de Gustavo Itz Graniel, en la comisión del delito contra la salud, en su modalidad de posesión con fines de comercio de cocaína base y posesión simple de pastillas psicotrópicas, previsto y sancionado en los artículos 195 párrafo primero, 195 bis en relación con el 193 todos del Código Penal Federal.

El referido patrocinado fue sujeto a proceso penal debido a que:

El día diecinueve de junio de dos mil siete, aproximadamente a las once horas, al llevarse a cabo la diligencia de cateo en el predio trescientos sesenta y cuatro de la calle treinta y siete por ciento catorce y ciento dieciséis de la colonia Vicente Guerrero de la ciudad y Puerto de Progreso, al ahora procesado Gustavo Itz Graniel se le encontró dentro de su radio de acción y esfera de disponibilidad, en el interior de una maleta de color negro que dentro de la bolsa delantera un blister con cuatro pastillas con la leyenda clonazepam; así también en dicha habitación se aseguró en el interior de un bote plástico de color blanco que se encontraba en una mesa de madera con patas de metal doce envoltorios confeccionados en plástico transparente conteniendo cada uno en su interior un polvo blanco, con un peso neto de dos gramos seiscientos once miligramos de clorhidrato de cocaína.

Como datos personales que se ponderaron al solicitar la conce-

sión del beneficio aludido se resaltó que el procesado es una persona de mas de ochenta años de edad, que tiene domicilio fijo desde hace muchos años en el Puerto de Progreso, que vive de la ayuda que le dan sus hijos, que anteriormente a los hechos no reporta ingresos anteriores a prisión, y que es reconocido por el rumbo como una persona tranquila y educada, que su estado de salud, si bien no es precario, presenta desgaste de sus facultades y disminución de las mismas por el proceso natural de envejecimiento y que su reclusión en prisión aceleraría ese proceso repercutiendo así en su calidad de vida, además de que por su edad avanzada necesita de medicinas porque padece de la presión y del corazón, aportando el acta de nacimiento del patrocinado, el correspondiente examen médico, y la inspección ocular del propio procesado en la que se dio fe de su estado físico y de su aspecto propio de la edad que manifiesta tener.

A este patrocinado, la juez le concedió el beneficio aludido, considerando que por su edad y por contar con arraigo en la población de Progreso no existía peligro de que intente darse a la fuga y dada su hoja de antecedentes penales y demás constancias no se evidenciaba que tenía grado alguno de conducta peligrosa, fijando como requisitos de procedibilidad del beneficio que el referido procesado permanezca en el predio que señaló como su domicilio, y aporte los datos de la persona que sería encargada de vigilarlo y observar que se cumplan las medidas de seguridad que más adelante se señalen, así como la obligación de comparecer en forma mensual ante el juzgado, medias que fueron aceptadas por el referido procesado por lo que actualmente se encuentra gozando de dicho beneficio.

La conveniencia de que el inculpado indígena cuente con un defensor que tenga conocimiento de su lengua y cultura

*Víctor Manuel Heredia Chalé**

El artículo 154 párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales establece: "ARTÍCULO.- 154.—... Si el inculpado pertenece a un pueblo o comunidad indígena, se le hará saber el derecho que tiene de ser asistido por un intérprete y por un defensor que tenga conocimiento de su lengua y cultura, en términos del artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

Este artículo confiere el derecho de que el indígena sea asistido por un defensor que tenga conocimiento de su lengua y su cultura; siendo que esto es importante para una adecuada y eficaz defensa de cualquier indígena que sea sujeto a un procedimiento penal, y de ninguna manera se trata de un privilegio o un trato especial, sino que se trata única y exclusivamente de un acto de elemental justicia para con los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional que conforma el Estado Mexicano.

Como es de todos conocido, pueblos indígenas habitaron el territorio de lo que actualmente son los Estados Unidos Mexicanos, mucho antes de que se formara México como nación, esto es como un estado libre e independiente, en el concierto de las naciones, puesto que diversos pueblos indígenas lo habitaron desde antiguo,

* Defensor Público Federal.

lo que se conoce como Mesoamérica y Áridoamérica; siendo que formaban diversos pueblos con sus propias costumbres, leyes, religión y tradiciones, como lo son entre otros, los Mayas que habitaron los estados de Yucatán, Campeche y Quintana Roo; los Aztecas que habitaron en lo que se conoce como el Valle de México y crearon un gran Imperio, esto es el Imperio Mexica, los Tlaxcaltecas que habitaron Tlaxcala, los Olmecas que habitaron Tabasco y Veracruz, muchos de esos pueblos indígenas tienen una antigüedad de centurias y algunos datan de milenios, como el gran pueblo maya; esas poblaciones se desarrollaron y llegaron a formar grandes culturas con un dominio y conocimiento en las matemáticas, la astronomía, arquitectura, la herbolaria, la alfarería y la escultura que asombran en la actualidad a nacionales y extranjeros. A raíz de la conquista del Imperio Azteca por parte de los españoles, al mando de Hernán Cortés, en el año de 1521, posteriormente fueron cayendo las demás ciudades de los pueblos indígenas, y sus habitantes fueron sometidos al vasallaje de los conquistadores españoles, los que pusieron resistencia fueron reducidos a la esclavitud durante los primeros años de la Colonia, asignando las autoridades españolas a los indios servicios y tributos, dando origen al repartimiento que era el servicio personal que los indios debían prestar a los españoles, para asegurar las siembras y cosechas y para proporcionar mano de obra en la construcción, en el transporte y en el trabajo de minas; la encomienda era una institución consistente en que al encomendero, en este caso el conquistador español, le era dotado un número determinado de población indígena para que los instruyeran en la fe cristiana católica, y tuvo el propósito de lograr que el encomendero tuviera derecho a percibir los productos tasados y servicios personales como tributos de aquella población que le había sido asignada; el título de encomendero podía ser hereditario o no por una o dos generaciones; en Yucatán algunos llegaron a perpetuarse hasta finales del siglo XVIII; esto fue degenerando en abusos hacia las poblaciones indígenas conquistadas.

Es importante hacer mención que a raíz de la conquista de lo

que hoy es el territorio que ocupan los Estados Unidos Mexicanos, hubo un choque de culturas entre la cultura de Occidente, que comprende, entre otras cosas la religión cristiana católica monoteísta, su economía basada en la riqueza a partir del oro y la plata, su cosmovisión, esto es, su forma de ver el mundo, su división de clases sociales, su ciencia y adelantos: la rueda, las armas de fuego y navegación, sus costumbres, prácticas, ritos y leyes; con la cultura indígena, que era politeísta, siendo que los diferentes pueblos indígenas tenían una gran variedad de dioses, como el caso particular de los Mayas de Yucatán, que tuvieron entre otros, al dios de la lluvia, Chaak; Ixtab, Diosa del Suicidio; Ah Puch, Dios de la Muerte; con su economía, su organización política, su cosmovisión, su división de clases sociales, sus costumbres, prácticas, ritos y leyes; y debido a ese choque de culturas, era lógico que prevaleciera la cultura de occidente cristiana, que era la de los conquistadores españoles, sobre la cultura indígena, sufriendo los indígenas conquistados la destrucción de sus ciudades e ídolos que guardaban sus instituciones y conocimientos, como en el caso de Tenochtitlán, que fue destruida y sobre sus ruinas se edificó lo que hoy es la ciudad de México; lo mismo sucedió en el caso de Yucatán, en donde sobre las ruinas de la ciudad de T'ho se erigió la ciudad de Mérida; por lo que al contemplar los pueblos indígenas la destrucción de sus ciudades, la destrucción de sus dioses que pensaban que gobernaban el mundo y el universo, y ante la nueva forma de pensar que les fue impuesta, todo su mundo conocido se vino abajo, cayendo lógicamente en depresión, confusión y desesperanza, máxime que los indígenas ya habían sido sometidos a malos tratos, el repartimiento y la encomienda.

En virtud de lo anterior, hubo inconformidades, molestias e incluso rebeliones de indígenas durante la etapa de la Colonia, la cual duró aproximadamente 300 años, tales como la rebelión del indígena maya, Jacinto Canek, en Yucatán, rebelión que fuera sometida sangrientamente y su líder fue ejecutado públicamente como escarmiento, le fueron quebrados los huesos con una barra de hierro y

después le fue arrancada la carne a pedazos en la Plaza de Armas de la ciudad de Mérida; la rebelión del indio Mariano Nayarit, entre otras; cabe hacer notar que, por lo que respecta al pueblo maya que habitaba la Península de Yucatán, dicho pueblo tardó en ser conquistado aproximadamente veinte años, hasta que Francisco de Montejo, el Mozo, en el año de 1542 fundó la ciudad de Mérida. Durante el periodo conocido como la Colonia, los pueblos indígenas estuvieron sometidos al gobierno de la Colonia, pero en sus asuntos propios siguieron sus propias tradiciones, usos y costumbres. En la etapa de la Independencia, el cura del pueblo de Dolores, don Miguel Hidalgo y Costilla, en el año de 1810, convocó a la rebelión en contra del mal gobierno y dio el grito de independencia, siendo que dicho grito de libertad fue secundado por criollos, mestizos y por indígenas que estaban hartos del trato despótico e injusto que recibían. Yucatán sufrió una guerra de castas en el año de 1847, entre indígenas mayas y la población blanca, guerra que fue cruenta y sangrienta, desbastando la Península Yucateca, al término de la cual los mayas rebeldes se refugiaron en los montes de lo que hoy es el Estado de Quintana Roo, y vivieron mucho tiempo ahí con sus usos y costumbres, su forma de ver y entender el mundo, teniendo su propia organización social, ya que estaban organizados como un ejército y teniendo sus propias leyes y jueces, quienes aplicaban el derecho de acuerdo a sus leyes y tradiciones.

Durante la Colonia, la etapa del México Independiente, la Reforma, la dictadura de Porfirio Díaz Mori y la Revolución Social Mexicana, los pueblos indígenas fueron tratados con discriminación, explotados, usados como carne de cañón en las distintas guerras, rebeliones y asonadas que hubo a lo largo de la historia de nuestra patria, no teniendo acceso a la educación, a trabajos en el gobierno, a altos puestos militares dentro del ejército, ni teniendo acceso a la salud, mas aun, fueron reducidos como peones en las haciendas, con las tiendas de raya y encasillados, el embrutecimiento por el alcohol, puesto que las bebidas alcohólicas estuvieron a su alcance, lo que por su situación precaria, pobreza en algunos casos

y miseria en los más, la ignorancia y analfabetismo, pues no tenían acceso a la educación elemental, pues la mayoría de ellos no hablaba el español, sino sus lenguas autóctonas, el atraso cultural, la mala nutrición, todo esto contribuyó a la degeneración de su raza, situación que desgraciadamente, aun hoy en día se encuentra en muchas poblaciones indígenas a lo largo y ancho del territorio nacional, lo que causa vergüenza que en pleno siglo XXI, aún existan poblaciones indígenas marginadas, sometidas a la pobreza y miseria, sin contar con el elemental servicio de salud ni trabajos dignos, mucho menos con una alimentación nutritiva, sin servicio de energía eléctrica y agua potable, ni vivienda adecuada, todo esto los pone en una situación de marginación social; aunado a todo lo anterior, dichos pueblos indígenas, en la mayoría de los casos, cuentan con una diferencia cultural con respecto a la cultura nacional, toda vez que son herederos de tradiciones, costumbres y prácticas arraigadas de su cultura, la que a pesar de más de quinientos años de la conquista de México, no pudo ser erradicada, no obstante que se hicieron intentos a lo largo de la historia nacional por borrar las culturas indígenas y assimilarlas a la población mestiza que conforma en su gran mayoría la sociedad actual mexicana.

Con todo lo arriba señalado, los pueblos indígenas son importantes y tienen un gran valor, pues son herederos de las grandes y antiguas culturas que poblaron nuestro territorio nacional y que se desarrollaron de una manera admirable con una planeación extraordinaria, con el conocimiento asombroso de la arquitectura, ingeniería y matemáticas, que los llevaron a la construcción de grandes ciudades como lo fueron la gran Tenochtitlán, la cual al tenerla a la vista los conquistadores españoles, les causo admiración por su grandeza, el trazo de sus templos, palacios, plazas, mercados, calles y canales; como la ciudad de Teotihuacán con su calzada de los muertos, sus pirámides del Sol y la Luna, la ciudad de Tula con sus formidables Atlantes, la ciudad de Uxmal con su Castillo del Adivino, el Cuadrángulo de las Monjas y la maravilla del mundo moderno que lo es Chichén Itza, la cual en su pirámide de Kukulcán que significa

Serpiente Emplumada, en los equinoccios de primavera y verano, se da un fenómeno extraordinario de astro-arqueología, de luz y sombra que causa admiración de propios y extraños.

Siendo que como ya se ha mencionado, las poblaciones indígenas fueron sometidas a la ignorancia, la explotación y el atraso cultural, una muestra de la fortaleza de la raza indígena, lo es que a lo largo de la historia patria, pese a todas las vicisitudes que han padecido los indígenas, han surgido personajes relevantes como ejemplo de su grandeza, como lo son: don Hernando Alvarado Tezozómoc, considerado como el príncipe de los historiadores indígenas en México; Benito Juárez García, que siendo niño era analfabeto, por su dedicación y estudio se graduó de abogado, llegó a ser Gobernador del Estado de Oaxaca, Presidente de la República y contribuyó a la consolidación de México como nación y país, con las Leyes de Reforma y sobre todo con la resistencia que tuvo como Presidente de la República a la invasión francesa que influyó para que se impusiera el Segundo Imperio con Maximiliano de Habsburgo, al que combatió y con su fusilamiento en el Cerro de las Campanas de Querétaro, dio ejemplo de lo que le espera a cualquier extranjero que ose atentar contra el gobierno formalmente constituido de la Nación Mexicana; dicho indígena zapoteca fue honrado con el título de Benemérito de las Américas; otro indígena importante lo fue Ignacio Manuel Altamirano, escritor y político mexicano. Con todo lo anterior, México tiene una deuda histórica con los pueblos indígenas.

En la actualidad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla derechos indígenas, como se puede observar en su artículo primero que dice: "Art. 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

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

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

Así también en su artículo segundo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: "Art. 2.- La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y

solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo

el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.

II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando

debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan

Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley".

Apreciándose claramente que la Constitución protege ampliamente los derechos de los grupos indígenas de la Nación, concretamente en el artículo segundo Constitucional, como ya se ha mencionado.


Esto no se debe a un privilegio o a un trato especial, sino como se mencionó con anterioridad, se trata de un acto de elemental justicia y equidad para con los pueblos indígenas que a lo largo de quinientos años a partir de la conquista, fueron sometidos a marginación, discriminación y pobreza, por lo que el plasmar tales derechos en la Constitución del país los reivindica en su calidad de mexicanos con todos los derechos, obligaciones y prerrogativas que esto conlleva.

Ahora bien, el artículo 154 párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales, como se comentó al inicio, confiere el derecho al indígena de ser asistido por un defensor que tenga conocimiento de su lengua y cultura en términos del artículo segundo de la Constitución; lo que resulta importante para una adecuada defensa del indígena, toda vez que los indígenas tienen una diferencia cultural con respecto a la sociedad moderna, pues debido a sus usos, costumbres y tradiciones que datan de sus culturas originales, lle-

van a realizar en algunos casos conductas que no consideran como delito o malas; a manera de ejemplo, en el caso concreto de la etnia maya del Estado de Yucatán, existen prácticas y costumbres que los indígenas mayas no consideran que sea un delito, como lo es el portar un arma de fuego (escopeta) para sus actividades del campo, el poseer hojas de palmas de huano llamadas chiit sin permiso, que es un delito ambiental, el usar explosivos para hacer pozos, que es un delito contemplado en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el ir de cacería y cazar animales como el venado, el jabalí, y otros para su consumo, pero de acuerdo a la visión y modo de pensar del indígena maya, tales acciones no son delito, toda vez que por lo que se refiere a las escopetas, los indígenas mayas las utilizan para proteger sus milpas y sembradíos de las alimañas que los dañan y algunas veces dichas escopetas son de una herencia de sus ancestros, las cuales fueron utilizadas en la guerra de castas; el recolectar huano de la palma de chiit, es una práctica común entre los indígenas mayas peninsulares para hacer sus escobas o para su vivienda, práctica que la hacen desde la antigüedad y no la ven ni la consideran como delito, el ir a cazar animales en el monte en "batida", como el venado, el jabalí u otros, no lo consideran delito e incluso solicitan permiso a sus autoridades en forma verbal como una práctica común, el oficio de pocero, esto es el excavar un hoyo utilizando cartuchos de dinamita para llegar al agua y hacer un pozo, los indígenas mayas no lo consideran un delito el utilizar o poseer los cartuchos de dinamita y ni tienen conocimiento de que hay que solicitar permiso para utilizar los referidos cartuchos de dinamita; por todo lo anterior, un defensor que entienda su cultura, costumbres y prácticas y hable su lengua, es primordial para la defensa del indígena que es sometido a un procedimiento penal, además de que hablar la lengua indígena por parte del defensor, le da la confianza al indígena de ser entendido cabalmente y le resuelve sus dudas, pues muchas veces los indígenas no hablan ni entienden correctamente el español y cuando se les formula alguna pregunta, para no caer en controversia, responden sí a lo que se les pregunta, sin saber

su significado o trascendencia, de ahí la importancia del referido artículo 154 segundo párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales.

El Instituto Federal de Defensoría Pública cuenta en la actualidad con Defensores Públicos Federales bilingües que se encargan de la defensa de los indígenas, lo que considero que es un acierto y un avance importante para la defensa adecuada y la impartición de justicia.



Breve semblanza del derecho jurisprudencial en México

*Honorio Hernández Escamilla**

PRESENTACIÓN

Resulta esencial conocer los antecedentes históricos de la jurisprudencia de nuestro país, emitida por los órganos jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que hoy día tiene plena vigencia en nuestro sistema jurídico. Su estudio resulta imprescindible para entender no sólo el origen, sino también el nacimiento y evolución del juicio de amparo, medio extraordinario de defensa de garantías, que no tuvo aplicación en la época posterior a la promulgación de la Constitución de 1857, debido a que no se establecía cómo implementarlo, en ese acontecer histórico fue materia de debate, si por la vía jurisdiccional era procedente atacar la constitucionalidad de las leyes, y sobre todo dar o no plena jurisdicción a los jueces de Distrito para resolver estos casos, optando por dejar en manos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno, los asuntos donde era objeto de estudio la constitucionalidad de las leyes.

En la presente intervención se tendrá, como objetivo general, abordar como materia de estudio, conceptos generales del derecho jurisprudencial, donde se describirán sus elementos, su naturaleza

* Defensor Público Federal.

obligatoria o coercibilidad, así como su argumentación y validez como fuente formal del derecho.

Como objetivo específico, se abordará un capítulo concerniente al análisis del sistema jurisprudencial en México, y su trascendencia en nuestro marco legal. Asimismo, se expondrá un caso práctico, que constituirá la justificación y fin específico del presente.

I. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

El quehacer de los legisladores es elaborar leyes, su promulgación constituye una fuente de nuestro sistema de derecho escrito. La ley se encuentra investida de ciertos caracteres que la hacen ser impersonal, general, abstracta, con validez y vigencia en cierto lugar y momento. Debido principalmente a cuestiones de técnica redactiva, semántica y gramática, es posible que el texto de una ley no siempre sea apegado a lo que quiso decir el legislador al redactar un ordenamiento. Ello hace necesario en nuestro marco legal, que tenga que desentrañarse el sentido que el legislador quiso dar a un texto legal, buscar el "espíritu de la Ley". El órgano del Estado que por disposición constitucional resulta competente para ello resulta ser la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de sus Salas y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Para conocer el alcance de la ley, por disposición del párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la aplicación de una ley al dictar un fallo debe hacerse conforme a la letra o a la interpretación de la misma, o aplicando los principios generales del derecho; sin embargo, cuando el texto legal es oscuro o incompleto, y no basta el examen gramatical, el marco legal autoriza al juez a utilizar cualquier método de interpretación para conocer, controlar, completar, restringir o extender su alcance.

En el ámbito jurídico, cuando la interpretación de la ley se realiza por quienes forman parte de algún órgano con jurisdicción, esa interpretación puede constituir un precedente que llegue a formar jurisprudencia que desde luego, puede ser de aplicación obligatoria en casos

particulares y concretos, lo que no se actualiza cuando se trata de la interpretación doctrinal realizada por quien carece de esa calidad específica. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1940 distinguió cuatro fuentes de interpretación legal, que resultan ser:

a) La fuente auténtica donde el legislador expresa concretamente su pensamiento y voluntad.

b) La fuente coordinadora que busca una tesis que haga posible la vigencia concomitante y sin contradicciones de los preceptos en posible antítesis.

c) La fuente jerárquica donde al definirse el rango superior, ético, social y jerárquico de una ley sobre otra, se estructura de acuerdo con aquella, la solución integral del problema. Y

d) La fuente doctrinal define cuál de las disposiciones a debate ha de conservar la vigencia, por su adecuación a los principios generales del derecho, a la filosofía y a las corrientes de pensamiento contemporáneo jurídico penal.

Actualmente la Suprema Corte de Justicia, emplea los siguientes métodos de interpretación:

1. Literal o gramatical: se basa en el significado literal de las palabras con las que la ley está redactada.

2.- Sistemático o de interpretación armónica: consiste en determinar cuál es el sentido y el alcance de un precepto cuando éste es relacionado con los otros preceptos de la Ley a la que pertenece.

3. Lógico: obliga a interpretar la ley conforme a la recta razón.

4. De interpretación auténtica: pretende desentrañar el sentido de la ley mediante el descubrimiento de lo que el legislador deseaba al momento de redactar la norma.

5. Causal-teleológico: obliga a tener en cuenta cuáles pudieron haber sido las causas y los fines que se tuvieron en mente para crear la ley.

6. Progresivo: fuerza a recurrir "al estudio comparativo de las condiciones jurídicas que prevalecían al expedirse la Constitución Política del cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, en relación con las existentes actualmente".

7. Genético-teleológico: tiende a desentrañar cuáles fueron las causas que motivaron reformas a la Constitución Federal.

II. JURISPRUDENCIA. CONCEPTO

Se entiende por jurisprudencia, según la Real Academia Española y la definición de varios autores, la interpretación que de la ley realizan los jueces actuando como órganos con jurisdicción, que plasman en textos que configuran criterios de aplicación obligatoria al resolver determinados asuntos sometidos a su conocimiento para su resolución. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, durante la Quinta Época, estableció que: La observación en el sentido de que la obligatoriedad de la jurisprudencia implica la derogación de una Ley por Poder diverso del Legislativo sólo puede atribuirse a un desconocimiento de nuestra tradición y estructura constitucional, así como de la naturaleza de la interpretación jurídica; interpretar la Ley es fijar su sentido, llevar el precepto a sus últimas consecuencias, realizar la voluntad de la ley en los casos concretos sometidos a la jurisdicción de un juez; la facultad de interpretar la ley es condición ineludible del ejercicio exhaustivo de la función jurisdiccional, no sólo por cuanto concierne a la Suprema Corte de Justicia, sino a cualquier juez o tribunal. En la Sexta Época, estableció: La jurisprudencia no es ley en sentido estricto, sino que constituye la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia desde el punto de vista gramatical, lógico e histórico a través de cinco decisiones ininterrumpidas y pronunciadas en casos concretos con relación a sujetos de derecho determinados...; ...la jurisprudencia no se trata de una nueva ley abrogatoria o derogatoria de otra anterior sino sólo la unificación y determinación del verdadero sentir de una ley, la cual no se modifica por el hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza.

La jurisprudencia, en el fondo, consiste en la interpretación correcta y válida de la ley que necesariamente se tiene que hacer al aplicar ésta.

Nada se agrega a la norma interpretada, simplemente se fija el contenido que desde un principio tuvo.

En la Séptima Época, el Máximo Tribunal estableció que: La jurisprudencia no constituye legislación nueva, ni diferente a la que está en vigor, sino sólo es la interpretación de la voluntad del legislador, y que resulta obligatoria por ordenarlo así las disposiciones legales expresas;

En la Novena Época, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló acerca de la jurisprudencia, que se trata de: "un criterio obligatorio que sobre la interpretación de la Ley emiten los órganos jurisdiccionales legalmente facultados".

De acuerdo con la doctrina y antecedentes citados, se define a la jurisprudencia como: una fuente del derecho derivada de la interpretación constitucional y legal que, con fuerza obligatoria, crean determinados órganos jurisdiccionales al resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción, con el propósito de fijar el correcto sentido y alcance de las normas jurídicas y adecuar su contenido a la dinámica de la vida en sociedad, a fin de mantener la seguridad jurídica en las esferas pública y privada.

III.- INTEGRACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y SU CARÁCTER OBLIGATORIO

De los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación, sólo la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Electoral y los Tribunales Colegiados de Circuito pueden integrar jurisprudencia.

Los sistemas de formación jurisprudencial se contemplan en el criterio cuyo rubro es JURISPRUDENCIA. SISTEMAS DE FORMACIÓN. Lo resuelto en cinco ejecutorias no interrumpidas por una en contrario constituye jurisprudencia, aprobado por catorce ministros funcionando en Pleno y cuatro en Salas, conforme lo contempla el artículo 192 de la Ley de Amparo. Otra forma establece que se integra jurisprudencia con la resolución que decide la denuncia de contradicción de tesis que sustenten las salas que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación o respecto de las tesis que sustenten los Tribunales Colegiados de Circuito, en este caso, se requiere para fijar la jurisprudencia un solo fallo que resuel-

va que hay contradicción de tesis y que decida cuál debe prevalecer de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que la resolución de las Salas o del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dilucide una denuncia de contradicción de tesis, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia sin afectar las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción, la cual resulta obligatoria tanto para los Tribunales Colegiados contendientes y para aquéllos previstos en el artículo 192 de la Ley de Amparo, siempre y cuando tratándose de tribunales del Fuero Común la legislación local sea similar al punto de que se trata en la contradicción de tesis (IUS registro: 240,320).

En esa virtud, los sistemas legales de la jurisprudencia obligatoria en México son:

a) Por reiteración, b) por unificación de criterios, y c) en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

A) JURISPRUDENCIA POR REITERACIÓN DE CRITERIOS

La jurisprudencia por reiteración se forma cuando se dictan varias sentencias para resolver casos distintos que entrañen un fondo similar, pues debe existir semejanza en el criterio derivado de ellos para que se vuelva obligatorio al convertirse en jurisprudencia.

B) MARCO HISTÓRICO

Tiene su antecedente histórico en la Ley de Amparo de 1882, después se contempló en las leyes de Amparo de 1919 y 1935, y a rango constitucional en 1951 al contemplarse en su artículo 107 fracción XIII, sólo vinculada a la Ley de Amparo, y fue hasta 1967 con la reforma a la Constitución Federal cuando se extiende en el artículo 94 quinto párrafo, su carácter obligatorio a todos los asuntos de competencia de los tribunales federales, y se amplió la interpretación obligatoria a las leyes y reglamentos locales, como lo exponen Fix Zamudio, Héctor y Fix Fierro, Héctor, en sus "Comentarios al artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

C) FUNDAMENTO EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY

La jurisprudencia por reiteración encuentra su fundamento en el artículo 94 octavo párrafo Constitucional y en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo. Es importante resaltar que la reiteración para conformar jurisprudencia no debe provenir exclusivamente de ejecutorias, es decir de sentencias que deciden el fondo de una controversia, ya que se han aprobado tesis de jurisprudencia derivadas de incidentes de suspensión, de inejecución de sentencias, de repetición del acto reclamado, entre otras.

Requisitos de la jurisprudencia por reiteración de acuerdo con los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo.

a) Que se trate de resoluciones de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o Salas, o de los Tribunales Colegiados de Circuito en asuntos de su competencia exclusiva.

b) Que el órgano emisor sea terminal.

c) Que sustenten un criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario.

d) Que tales sentencias alcancen una votación de ocho votos, sin son de Pleno, cuatro si son de Sala y unanimidad si son de Tribunales Colegiados de Circuito.

D) JURISPRUDENCIA POR UNIFICACIÓN DE CRITERIOS

El segundo sistema de integración jurisprudencial en nuestro país es el denominado "por unificación de criterios" derivado de contradicciones de tesis. Éste tiene por objetivo preservar la unidad de la interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional, al decidir el criterio que debe prevalecer al existir oposición entre órganos jurisdiccionales en torno a un mismo problema legal, sin que se afecten las situaciones jurídicas que hubieran originado dichos criterios.

Antecedentes históricos. El 19 de febrero de 1951 se reformó el artículo 94 Constitucional, creando los Tribunales Colegiados de Circuito en materia de amparo. El 30 de abril de 1968 al reformarse la Ley de Amparo en su artículo 193 bis, estableció las bases para que los Tribunales Colegiados de Circuito integraran jurisprudencia

obligatoria. El 10 de agosto de 1987 se adicionó el párrafo tercero al artículo 192 de la Ley de Amparo, señalando que: "También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados". En tal virtud, la jurisprudencia por unificación de criterios, encuentra su regulación en la fracción XIII del artículo 107 Constitucional, y artículos 192 último párrafo, 197 párrafo primero y 197-A, de la Ley de Amparo.

E) LEGITIMACIÓN PARA DENUNCIAR LA CONTRADICCIÓN DE TESIS

El artículo 197-A, de la Ley de Amparo, dispone que pueden denunciar la existencia de una contradicción cualquiera de las Salas de la Suprema Corte de Justicia o los ministros que las integren, el Procurador General de la Republica, los Tribunales Colegiados de Circuito a través de sus Magistrados, las partes que intervinieron en los juicios, y conforme a la tesis 1ª./J 65/2003, diciembre de 2003, el defensor del procesado (IUS registro: 182,690).

F) PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA

Procede la denuncia por contradicción de tesis cuando se presenta una verdadera oposición en la sustancia del problema jurídico debatido. Asimismo cuando un Tribunal Colegiado de Circuito, hace suya la sustentada por otro órgano colegiado. (IUS registro: 200,735).

Los supuestos de improcedencia son los siguientes:

a) Si la denuncia no es formulada por parte legitimada (IUS registro: 207,874).

b) Si la denuncia de contradicción se formula respecto de resoluciones en las que el problema jurídico abordado es diferente y de lo sostenido en ellas no deriva contradicción alguna.

c) Cuando la denuncia se haga respecto de tesis sustentadas por un Tribunal Colegiado de Circuito, frente a una jurisprudencia de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (IUS registro: 239,917), entre otras.

Por otro lado, los criterios jurisprudenciales han señalado que existe una contradicción de tesis cuando se actualiza alguno de los siguientes supuestos (IUS registro: 190,000):

a) Que al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes.

b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas y

c) Que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos.

Cabe precisar que la sola existencia de criterios antagónicos no es suficiente para que haya una contradicción, sino que la cuestión jurídica sea de derecho no de hecho, y goce de generalidad (IUS registro: 185,422).

Por otro lado, es inexistente una contradicción de tesis, cuando se advierte que no existe oposición de criterios vertidos al resolver la misma situación jurídica. Asimismo cuando la oposición se presenta entre los argumentos de un Tribunal Colegiado de Circuito y los de un Juez de Distrito, ni entre los argumentos sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes electorales.

Supuestos para dejar sin materia una contradicción de tesis

Este concepto implica que la denuncia hecha de ella efectivamente existió, pero en virtud de circunstancias posteriores perdió su razón de ser, y no dio lugar a que el Pleno y las Salas de la Corte determinaran qué criterio entre dos contrapuestos debió prevalecer. Y como ejemplos de ello se puede citar cuando, por virtud de reforma a la ley, ha quedado resuelto el punto de contradicción, y cuando la Suprema Corte de Justicia ya ha determinado el criterio que debe prevalecer.

G) ÓRGANOS COMPETENTES PARA RESOLVER

Son competentes para resolver contradicciones de tesis el Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme lo señalan los artículos 10 fracción VIII y 21 fracción VIII, ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

H) EFECTOS DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS EN CONTRADICCIÓN DE TESIS

De conformidad con lo que dispone la fracción XIII del artículo 107 constitucional, en relación con lo que establece el artículo 197-A párrafo segundo de la Ley de Amparo, las sentencias se limitarán a fijar cuál de los criterios discrepantes prevalecerá con el carácter de jurisprudencia, sin que se afecten las situaciones jurídicas derivadas de los juicios que las originaron, el fin de esta situación es crear certeza y seguridad jurídica (IUS registro: 206,954).

Asimismo, cabe señalar que al resolver la contradicción el órgano jurisdiccional competente puede decidir cuestiones diversas del punto de contradicción planteado, en ese supuesto el criterio respectivo puede dar lugar a la aprobación de una tesis aislada (IUS registro: 207,286).

IV. EN MATERIA DE CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

En diciembre de 1994, con motivo de las reformas constitucionales, se modificaron la integración y la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el número de ministros se redujo de 26 a 11 y sus cuatro Salas quedaron sólo en dos, asimismo se le dio competencia para conocer de la acción de inconstitucionalidad, quedando regulada en su artículo 105.

A) ANTECEDENTES

La controversia constitucional se encontraba prevista en las diversas Constituciones del siglo XIX, sin embargo, fue en la reforma de diciembre de 1994, donde se ampliaron los supuestos para su procedencia, así como el número de sujetos legitimados para promoverla. Corresponde conocer de la misma a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y puede ser promovida por la Federación, los Estados, el Distrito Federal o los Municipios para solicitar la invalidez de normas generales o actos que no se ajusten a los preceptos constitucionales, por incurrir en una invasión de esferas competenciales.

La acción de inconstitucionalidad carecía de antecedentes en el derecho mexicano antes de la reforma de 1994, artículo 105 frac-

ción II constitucional, y se refiere al procedimiento del conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante el que un porcentaje de los integrantes de las Cámaras del Congreso de la Unión, de las Legislaturas de los Estados y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el Procurador General de la República y los partidos políticos pueden denunciar la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional por una parte y la Constitución Federal por la otra a fin de que el Órgano resolutor declare la invalidez de la norma general o el tratado impugnado. La importancia de estos medios de control Constitucional radica en que pueden producir sentencias con efectos generales para toda la población, no solo para quien los haya promovido.

B). FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad encuentran su fundamento en las fracciones I y II del artículo 105 Constitucional, el trámite de esas figuras encuentra su regulación en la Ley Reglamentaria del citado precepto Constitucional, que establece:

Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la Ley Reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.- De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran en la materia electoral se susciten entre:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquel y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como Órganos federales o del Distrito Federal; y diversos supuestos...

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución...

...Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

C) REQUISITOS PARA SU FORMACIÓN

Para elaborar tesis de jurisprudencia derivadas de estos juicios, el procedimiento consiste en extraer el criterio sostenido y aprobar su texto en una sesión, tal como se hace respecto de la jurisprudencia emanada de la resolución de juicios de amparo. De acuerdo con la tesis jurisprudencial la./J. 2/2004, lo establecido en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y los artículos 43 y 73 de la Ley Reglamentaria, relativo a las sentencias emitidas en resolución de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por ocho votos, cuando menos, tienen el carácter de jurisprudencia, por lo que son obligatorias para las Salas, Tribunales de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunales Militares, Agrarios y Judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y Administrativos y del Trabajo, sean estos federales o locales.

Por último, aun cuando no se haya elaborado tesis de jurisprudencia relativa a una acción de inconstitucionalidad en cuya resolución se declaró la invalidez de determinadas disposiciones legales, los Tribunales Colegiados de Circuito deben aplicar el criterio sostenido en ella, de conformidad con el artículo 43 relacionado con el precepto 73, ambos de la Ley Reglamentaria, prevén que las sentencias pronunciadas en acciones de inconstitucionalidad, aprobadas al menos por ocho votos son de observancia obligatoria. (IUS registro: 182,742).

PRESENTACIÓN DE UN CASO PRÁCTICO

Una vez plasmados los conceptos concernientes a la jurisprudencia y su alcance legal en nuestro país, se estima oportuno exponer a los lectores el siguiente caso práctico relativo al delito de aborto, definido como la muerte del producto de la concepción en cualquier etapa de la preñez, previsto y sancionado en el artículo 329, en relación con el artículo 331, ambos del Código Penal Federal, resultante cuando en estos casos médicos legales, interviene, verbigracia, un médico del Instituto de Seguridad Social al Servicio de los

Trabajadores del Estado, lo que da competencia a órganos de la Federación para conocer y resolver un asunto de esa naturaleza, donde una madre acude al centro hospitalario para dar a luz al producto de su concepción, pero por una deficiente o indebida atención médica se pierde la vida de su hijo, por lo que se ve obligada a denunciar los hechos ante el Ministerio Público de la Federación, quien integra su expediente de averiguación previa, obteniendo opinión técnica del órgano denominado Comisión Nacional de Arbitraje Médico, quien determina que efectivamente en la atención que se brindó a la paciente uno o más galenos se apartaron de la "*lex artis*", determinando ejercitar acción penal al estimar colmados los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional, en relación con el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, estimando el Juez de la causa que efectivamente se encuentra acreditado el cuerpo del delito de mérito, ordenando la aprehensión del probable responsable, cumplido el mandamiento judicial da inicio el proceso por su cauce legal, dentro del término previsto en el artículo 19 Constitucional, se decreta auto de formal prisión en contra del indiciado por el delito en mención, se desahogan los medios de prueba, se declara agotada la instrucción, se ponen los autos a la vista de las partes para formular sus conclusiones. Resultando que, de acuerdo con la opinión técnica emitida por el órgano desconcentrado de la secretaria de salud, el médico tratante, no obstante que tenía calidad de garante con respecto a la víctima del delito, de conformidad con lo que establece el segundo párrafo del artículo 7º del Código Penal Federal, derivado del contrato de prestación de servicios que lo une laboralmente con la institución para la que presta sus servicios, incurrió en la violación a un deber de cuidado produciendo el resultado material que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en términos de lo que establece el artículo 9º párrafo segundo del citado código punitivo federal (hipótesis de acción culposa). Y no obstante que el resultado material consistente en la interrupción del producto de la concepción de la paciente se produjo de manera culposa, mediante

la violación a un deber de cuidado, el Juez a primera vista se encuentra legalmente impedido para aplicar una pena atenuada debido a que el artículo 60 del Código Penal Federal, especifica de manera limitativa en qué figuras delictivas pueden aplicarse las penas atenuadas, sin contemplar al artículo 329 del invocado Código Penal Federal, continente del delito de aborto, sin embargo, contrariamente a lo expuesto en la Ley, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, emitió la siguiente Tesis Aislada, donde sostiene que sí puede encuadrarse legalmente el delito de aborto culposo, al señalar:

No. Registro: 173,636

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXV, Enero de 2007

Tesis: XX.2o.60 P

Página: 2179

ABORTO CULPOSO. SE ACTUALIZA ESTE DELITO SI DE AUTOS SE ADVIERTE QUE EL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN ESTABA MUERTO AL SER EXPULSADO PARCIALMENTE DURANTE EL TRABAJO DE PARTO Y NO EXISTE PRUEBA CIENTÍFICA QUE DEMUESTRE LO CONTRARIO.

El artículo 302 del Código Penal Federal establece que comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro; por su parte, el segundo párrafo del numeral 9o. del mismo ordenamiento dispone que obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó, siendo previsible, o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. Ahora bien, para tener por acreditado el homicidio culposo tratándose de la muerte del producto de la concepción durante el trabajo de parto, es necesario que el órgano técnico de acusación acredite que tuvo vida extrauterina, toda vez que esta figura jurídica supone

la existencia previa de un ser nacido vivo, circunstancia que puede acreditarse mediante prueba histórica y directa, por ejemplo, por medio de testigos que afirmen haber visto al niño moverse por sí mismo después de salir del claustro materno, o escuchado sus vagidos; o con la pericial respectiva, en la que, por los métodos correspondientes, se justifique que el infante tuvo vida fuera del útero. En esa tesitura, si de las constancias de autos se advierte que el producto de la concepción estaba muerto al ser expulsado parcialmente, y no existe prueba científica que demuestre lo contrario, se entenderá que el deceso ocurrió intrauterinamente y, por tanto, se actualiza el delito de aborto culposo previsto en el artículo 329, en relación con el 60, ambos del Código Penal Federal y no el diverso de homicidio.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 628/2005. 29 de septiembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez.

Arribando al anterior pronunciamiento, sin resultar óbice para el órgano jurisdiccional, que el artículo 60 párrafo segundo, del Código Penal Federal, no contempla al delito de aborto previsto en el artículo 329 del Código Penal Federal al señalar expresamente:

ARTÍCULO 60.— En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica...

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.

Por lo que se estima que en este caso el criterio en comentario, rebasó al texto legal que señala: "...las sanciones por delitos culposos

sólo se impondrán...", sin incluir al delito en mención, por lo que se deja al libre criterio de los lectores la formulación de sus propias consideraciones respecto del alcance legal de los criterios de interpretación emitidos por los órganos con jurisdicción.

RESUMEN

Los métodos de interpretación pueden ser clasificados de la siguiente forma:

a) Literal o gramatical: basado en el significado literal de las palabras con las que la Ley está redactada.

b) Sistemático o de interpretación armónica: busca determinar cuál es el sentido y el alcance de un precepto cuando éste es relacionado con los otros preceptos de la Ley a la que pertenece.

c) Lógico: obliga a interpretar la Ley conforme a la recta razón.

d) De interpretación auténtica: pretende desentrañar el sentido de la Ley mediante el descubrimiento de lo que el legislador deseaba al momento de redactar la norma.

e) Causal-teleológico: obliga a tener en cuenta cuáles pudieron haber sido las causas y los fines que se tuvieron en mente para crear la Ley.

f) Progresivo: fuerza a recurrir "al estudio comparativo de las condiciones jurídicas que prevalecían al expedirse la Constitución Política del cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, en relación con las existentes actualmente".

g) Genético-teleológico: tiende a desentrañar cuáles fueron las causas que motivaron reformas a la Constitución Federal.

La jurisprudencia se puede definir como:

El criterio de interpretación de una norma de derecho, de observancia obligatoria por disposición legal, que emiten los Órganos del Poder Judicial de la Federación competentes, para hacer posible la aplicación de una Ley impersonal, general y abstracta, en un caso particular y concreto, fijando el sentido de las normas y su alcance legal para proporcionar legalidad y certeza jurídica a los gobernados.

Los órganos pertenecientes al Poder Judicial de la Federación,

como únicos integradores de jurisprudencia, resultan ser por disposición Constitucional: La Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Electoral y los Tribunales Colegiados de Circuito.

La jurisprudencia por reiteración, se forma cuando:

Se dictan varias sentencias para resolver casos distintos que entrañen un fondo similar, pues debe existir semejanza en el criterio derivado de ellos para que se vuelva obligatorio al convertirse en jurisprudencia.

¿Cuál es la trascendencia de la Unificación de Criterios, como sistema jurisprudencial derivado de las Contradicciones de Tesis?

Su importancia radica en su objetivo de preservar la unidad de la interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional, constituye el segundo sistema de integración jurisprudencial en nuestro país.

Son presupuestos que pueden dar lugar a la existencia de Contradicción de Tesis:

a) Que al resolver los asuntos jurídicos sometidos a su jurisdicción, se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes.

b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas, y

c) Que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos.

CONSIDERACIONES FINALES

Conforme a lo expuesto, resulta trascendente el estudio del derecho jurisprudencial mexicano, lo anterior con el fin de conocer su evolución histórica y los mecanismos legales para la creación de jurisprudencia, lo que resulta fundamental para conocer y entender "el espíritu de la Ley". Para los profesionistas que de cualquier forma estamos involucrados en la rama del derecho penal mexicano, es importante el estudio de las bases y antecedentes que conforman nuestro actual derecho jurisprudencial. El conocimiento a profun-

didad del alcance legal de cada legislación es muy importante para acreditar, desvirtuar o sancionar una conducta de probable naturaleza delictiva, lo que sólo será posible a través del estudio de los criterios jurisprudenciales existentes. En esa virtud el conocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho en nuestro marco legal resulta imprescindible. A medida que los profesionistas implicados en la acreditación de un delito, la defensa de un inculpado o en el acto procesal de juzgarlo, dominemos y conozcamos en toda su extensión la Ley y su interpretación a través de los criterios jurisprudenciales, esto redundará en beneficio de una mejor impartición de justicia, que favorecerá y propiciará el cumplimiento de la garantía de legalidad y seguridad jurídica en nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel/ Pérez Fonseca, Alfonso. *Derecho jurisprudencial Mexicano*. Ed. Porrúa 2002.

Plascencia Villanueva, Raúl. *Panorama del Derecho Mexicano Jurisprudencial*. Serie Jurídica. 2000.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La Jurisprudencia-su integración*. México 2004.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

IUS 2007.

Compila XIV.

Los alcances de la educación obligatoria en México contenida en el artículo 3o. constitucional

Salvador Herrera Arellano*

"La educación es un proceso continuo y de largo plazo que no puede circunscribirse a periodos gubernamentales. Nuestra responsabilidad no es sólo con las generaciones actuales; tenemos en el presente que construir las bases del futuro."
(Véase en la obra de SÁNCHEZ VÁZQUEZ Rafael, *Derecho y Educación*, p. 345)

Sumario: Introducción. 1. Garantías constitucionales. 1.1. Garantías individuales. 1.2. Garantías sociales. 2. La educación básica en México. 3. La educación obligatoria en México. 3.1. Primeras apariciones de la educación obligatoria. 4. Análisis de la quinta reforma del artículo 3° Constitucional. 5. Principio de obligatoriedad y a quiénes está dirigido. 6. Los alcances del principio de educación obligatoria. 6.1. Análisis jurídico sobre la Ley para la Protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Comentarios personales. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la educación es una de las garantías más importantes que establece nuestra Constitución Política, ya que del cumplimiento de ésta, se originan algunas más como la de igualdad de oportunidades, que da la posibilidad de que todos los ciudadanos podamos alcanzar una calidad de vida mejor en la sociedad.

La educación es sinónimo de progreso para cualquier país y por ende se considera como una de las soluciones para la pobreza. Fueron

* Oficial Administrativo.

precisamente éstas algunas de las razones por las cuales se incluyó en el texto constitucional la educación obligatoria en México.

Pero darle este sentido de obligatoriedad constitucional a la educación, parece ser que no ha dado los resultados queridos; es precisamente éste el tema que se abordará en el presente trabajo de investigación, ya que mediante un análisis de carácter documental-jurídico se tratará de hacer reflexionar sobre los alcances constitucionales de lo que se denomina, hoy en día, la educación básica obligatoria.

1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. CONSIDERACIONES PREVIAS

Es importante señalar que en el presente trabajo de investigación, no se abordará en forma directa y general sobre la connotación de garantía, ya que para efectos del presente artículo se entenderá como garantía (en este caso garantía constitucional) aquel derecho que la propia Constitución reconoce a favor de los ciudadanos, y ésta a su vez se divide en garantías individuales y garantías sociales.

1.1. GARANTÍAS INDIVIDUALES

Las garantías individuales, como su propia denominación lo indica, son derechos otorgados por la Constitución a todos los habitantes del territorio mexicano en lo "individual", por ejemplo, las garantías de libertad (libertad de expresión, libertad de tránsito, libertad de profesión o trabajo, libertad de religión, etc.), garantías de igualdad (igualdad de derechos sin distinción de sexos, igualdad de oportunidades, etc.), y garantías de seguridad jurídica (de legalidad, administración de justicia, etc.).

1.2. GARANTÍAS SOCIALES

En tanto las garantías sociales se refieren precisamente a todos aquellos derechos dirigidos a una colectividad, a una determinada clase social generalmente las más vulnerables de una sociedad, en ellas podemos encontrar una característica principal del Estado (obliga-

ción), un ejemplo de ello lo encontramos en el derecho a la educación, establecido en el artículo 3° constitucional, en donde el Estado es precisamente quien tiene la obligación de proporcionarla, es por ello que únicamente nos referiremos para su estudio a las llamadas "garantías sociales".

Sobre garantías sociales, el autor Alberto del Castillo del Valle, nos refiere: *"Por garantía social o de grupo se entiende a la norma jurídica de carácter constitucional que tiende a favorecer a una clase social determinada en su integridad y a sus miembros en lo individual, imponiendo ciertas y determinadas obligaciones a órganos de gobierno para preservar y proteger los derechos de los integrantes de esas clases sociales, ya oponible a las autoridades estatales, ya a otros gobernados"*.¹

Por otro lado tenemos que son: "Disposiciones constitucionales que establecen y regulan los derechos y prerrogativas de los grupos humanos o de la nación en su conjunto conforme a criterios de justicia y bienestar colectivos".²

De lo anterior se desprende que, a diferencia de las garantías individuales en donde el Estado se maneja con un "no hacer o no prohibir", en las garantías sociales su obligación consiste en un "hacer", esto es, en el caso de la educación básica, el Estado tiene la obligación de proporcionarla en los términos establecidos en la propia Constitución.

2. LA EDUCACIÓN BÁSICA EN MÉXICO. CONSIDERACIONES PREVIAS

Actualmente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 3°, establece que la educación básica está conformada por la educación preescolar, primaria y secundaria.

Cursar la educación básica en México es esencialmente importante para toda persona, ya que en virtud de ser la institución que atiende al mayor número de estudiantes del sistema educativo, constituye la educación con mayor porcentaje de eficiencia terminal a nivel nacional.

¹ Del Castillo del Valle, Alberto, *Garantías del Gobernado*, Ediciones Jurídicas Alma, S.A. de C.V., 1ª edición, México 2003, p. 569.

² Disco compacto, *Diccionario jurídico 2000* (rubro de garantías sociales).

Sin embargo, el sinnúmero de fenómenos políticos, sociales, religiosos, etc., que ha sufrido México a lo largo de su historia han reflejado sus consecuencias precisamente en la educación básica, misma que ha experimentado notables cambios dentro de la escuela rural mexicana³, la educación radical⁴ y la educación socialista⁵.

3. LA EDUCACIÓN OBLIGATORIA EN MÉXICO. CONSIDERACIONES PREVIAS

El principio de educación obligatoria ha estado plasmado por lo menos desde hace un siglo en nuestra Constitución, pero esta obligación se establecía de una manera muy general (no se establecía textualmente como obligatorio, sino que se entendía implícitamente), y únicamente abarcaba a los tres primeros grados de primaria.

³ Antes de los inicios del movimiento de la Revolución Mexicana, la iglesia tenía en su poder el monopolio de la educación en México, ella se encargaba de todo lo referente a la educación pública, desde elaborar los programas educativos hasta el decidir en qué forma era como se tenía que educar y bajo qué principios, y los únicos que tenían derecho a esa educación eran los hijos de la clase burguesa. Durante el periodo revolucionario de 1910-1920, nace la Escuela Rural Mexicana (estando como presidente de la República el general Álvaro Obregón) siendo su principal consigna educar al pueblo. Asimismo el programa de la Escuela Rural Mexicana se manifestaba en pro de las poblaciones campesinas, esto es, no solamente se preocupaba por que los niños aprendieran a leer y escribir, sino que esta educación también abarcaba a los adultos, mediante la instrucción tanto escolar como de oficios. Véase *La Educación de la Revolución Mexicana*, Instituto Michoacano de Ciencias de la Educación José María Morelos, editorial IMCED, 1ª edición, Morelia, Michoacán, México., p. 51.

⁴ Este modelo de educación comprendió el periodo de 1925 a 1934, y se le conoce con este nombre por su forma de educación revolucionaria y se caracterizaba por la desconfianza de la enseñanza estatal. En este momento hubo un avance en expansión y organización institucional ya que se hizo uso del pragmatismo y la técnica. En esta época se crea la Casa del Estudiante Indígena, la Secundaria Popular, Normales Regionales, entre otras. Por otro lado, se quería preparar el terreno educativo, sin la intervención del clero, la incursión de nuevas ideas pedagógicas, utopías sociales y críticas a políticas gubernamentales. *Idem*.

⁵ Esta etapa se distinguió por las exigencias de la ciudadanía sobre sus derechos sociales, culminando con las reformas al artículo 3º Constitucional del cinco de febrero de 1917, en donde se estatuye el término laicismo en la educación. La educación socialista del presidente Lázaro Cárdenas estaba enfocada a las masas, las zonas rurales, queriendo dignificar el trabajo de los campesinos y en donde el presidente veía el progreso de México, se solicita la ayuda de todos especialmente la colaboración de los maestros revolucionarios quienes trataron de inculcar un sentido nacionalista a los campesinos, además de ser capacitadores en materia agrícola entre otras; esta buena intención de implementar una educación de carácter socialista, se vio truncada en gran parte por las diferentes ideologías que tuvieron sus predecesores en el poder, ya que no continuaron con esta tendencia socialista en materia de educación. *Idem*.

3.1. PRIMERAS APARICIONES DE LA EDUCACIÓN OBLIGATORIA

"Por decreto de 26 de octubre de 1842, se estableció la educación gratuita y obligatoria, y en él se obligó a los padres y tutores a enviar a las escuelas a los niños desde la edad de siete años hasta los quince".⁶

"La Ley Orgánica de Instrucción Pública (1867), instituyó la enseñanza primaria gratuita, laica y obligatoria".⁷

De lo anterior se desprende que el principio de educación obligatoria ya existía en México desde el año de 1842; sin embargo tal sentido de obligatoriedad no se entendía como un mandato de carácter constitucional, ya que no era explícito.

4. ANÁLISIS DE LA QUINTA REFORMA DEL ARTÍCULO 3º CONSTITUCIONAL

"El once de diciembre de 1992, se dio lectura a la Iniciativa del Ejecutivo Federal para reformar los artículos 3º y 31, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁸ misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 1993; en dicha iniciativa se propuso establecer explícitamente (textualmente), "el derecho de todo mexicano a recibir educación, y la obligación del Estado de impartirla en los niveles preescolar, primario y secundario a quien lo solicitara. También estableció la obligatoriedad de la educación primaria y secundaria"⁹ en el artículo 3º el derecho de todos los mexicanos a recibir educación, ya que anteriormente este principio no se establecía como un verdadero mandato constitucional, pues se hablaba únicamente de acceso a la educación.

Por lo que ve a la educación básica, se estableció que ésta abarcara también a la secundaria ya que antes ésta comprendía únicamente el tercer grado de primaria".¹⁰

⁶ Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Garantías de Libertad*, 2ª edición, México, Octubre 2005, p. 53.

⁷ Idem.

⁸ Sánchez Vázquez Rafael, "*Derecho y Educación*", p. 270.

⁹ Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Garantías Sociales*, 2ª edición, México, noviembre 2005, pp. 56-57.

¹⁰ Hasta antes de la reforma de 1993, se consideraba como educación básica hasta el tercer grado de educación primaria, y por lo que ve a la educación secundaria, ésta estaba considerada como educación media superior.

"La reforma permite precisar en el nuevo primer párrafo del artículo 3°, el derecho de todo ser humano a recibir educación, la obligación del Estado de impartir educación preescolar, primaria y secundaria, para que toda la población pueda cursar esos ciclos escolares y la obligación correspondientes de los individuos de hacerlo sin perjuicio del deber de los padres de hacer que los hijos o pupilos cursen los niveles educativos obligatorios".¹¹

"... de la enmienda en comento derivaron diversas obligaciones, como la de todo individuo –no sólo "todo mexicano"– de cursar la primaria y la secundaria, y la de los mexicanos, en el sentido de hacer que sus hijos cursen los niveles referidos".¹²

"Esto sin perjuicio de la obligación de los mexicanos de hacer que sus hijos acudan a las escuelas a recibir educación, en los términos señalados en la fracción I del artículo 31".¹³

En efecto, en dicha iniciativa también se planteó la reforma al artículo 31 fracción I, que establece las obligaciones de los mexicanos, hacer que sus hijos o pupilos menores de quince años, concurren a las escuelas ya sean públicas o privadas para que puedan cursar la "educación básica".¹⁴

Esto es, hay una responsabilidad compartida, ahora no sólo del Estado, sino también de los padres de familia que deberán de asumir inexcusablemente para hacer que sus hijos cursen y estudien la educación básica.

De todo lo anterior se pueden destacar los siguientes puntos, a saber:

"a) Establecer en el texto del artículo 3° constitucional, el derecho de todo mexicano a recibir educación.

b) La obligación correlativa del Estado Mexicano para brindar la educación preescolar, la primaria y la secundaria.

c) La obligatoriedad universal de cursar, además de la primaria la secundaria.

¹¹ Sánchez Vázquez Rafael, ..., *Op. Cit.*, pp. 276 y 277.

¹² Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, ""Las Garantías Sociales"..., *Op. Cit.*, p. 57.

¹³ Sánchez Vázquez Rafael, ..., *Op. Cit.*, p. 272.

¹⁴ Entendiéndose a la educación básica como la preescolar, primaria y secundaria.

d) ...

e) ...

f)...

g) La extensión del alcance del deber referido a los padres y tutores en el artículo 31, fracción I constitucional, como consecuencia de la obligación de cursar la secundaria".¹⁵

5. PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD Y A QUIÉNES ESTÁ DIRIGIDO

CONSIDERACIONES PREVIAS

En el capítulo anterior, hemos dejado establecido cuáles fueron las reformas hechas a los artículos 3° y 31 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁶, pero lo que trataremos de establecer en este apartado es precisamente los alcances de este sentido de obligatoriedad, tanto para el Estado como para los padres de familias mexicanas.

De acuerdo al artículo 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es al Estado a quien le concierne la obligación de impartir la educación preescolar, primaria y secundaria. En efecto, en el párrafo anterior se precisó el derecho de todo ser humano a recibir educación, así como la obligación del Estado de impartir la educación preescolar, primaria y secundaria, tal y como lo dispone el propio numeral constitucional en mención:

"Artículo 3º. Todo individuo tiene derecho a recibir educación.

"El Estado—federación, estados, Distrito Federal y municipios—, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria".¹⁷

¹⁵ Sánchez Vázquez Rafael, ..., *Op. Cit.*, pp. 277-278.

¹⁶ Nos referimos precisamente al principio de obligatoriedad de la educación básica, pero este principio no es exclusivo del Estado, esto es, que esta obligación sea unilateral, sino más bien es bilateral, ya que se requiere de la obligación de los padres para que lleven a sus hijos o pupilos a las escuelas a efecto de que reciban esta educación básica obligatoria.

¹⁷ Secretaría de Gobernación, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 14ª edición, febrero 2006, p. 15.

Este ordenamiento constitucional impone en forma imperativa al Estado la obligación de impartir la educación básica, no sólo a los mexicanos sino a todo individuo. ¿Qué quiere decir esto?, que el Estado tendrá que proveer toda la infraestructura (instalaciones educativas, maestros, materiales educativos, etc.) para que esta consigna de educación obligatoria se lleve a cabo, pero en el anterior capítulo hablábamos de una responsabilidad correlativa, ¿en qué consiste ésta?, esta pregunta la contestaremos más adelante.

Continuando con la obligación del Estado de prestar los servicios educativos a toda la población, del anterior precepto constitucional también se desprenden los relativos a la Ley General de Educación, el cual estipula en su artículo 3° que el Estado está obligado a prestar servicios educativos para que toda la población pueda cursar la educación preescolar, la primaria y la secundaria.

El principio de obligatoriedad para los padres mexicanos se encuentra previsto en el artículo 31 fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se dirige a todos los mexicanos, bajo los siguientes términos:

"Artículo 31.- Son obligaciones de los mexicanos:

"I. Hacer que sus hijos o pupilos, concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;

"II...

"III...

"IV..."¹⁸

Asimismo, en la Ley General de Educación, en su artículo 4°, vuelve a ser extensiva dicha obligación a cargo de los mexicanos,¹⁹ en dicho numeral se establece lo siguiente:

Artículo 4.- Todos los habitantes del país deben cursar la educación preescolar, la primaria y secundaria.

¹⁸ Secretaría de Gobernación, *Constitución Política...*, Op. Cit., p. 47.

¹⁹ En un sentido armónico con la propia fracción I del artículo 31 Constitucional se debe entender que dicha obligación recae sobre los padres o tutores, ya que tienen que velar por la educación de sus hijos o de sus representados. Por otro lado, se refiere también a la obligación de todo mexicano (mayor de edad) a cursar por lo menos la educación básica.

Es obligación de los mexicanos hacer que sus hijos o pupilos menores de edad cursen la educación preescolar, la primaria y la secundaria. Como se podrá observar, estos preceptos también engendran una obligación a los padres y a todos los mexicanos en general, a esto es a lo que nos referíamos sobre una responsabilidad correlativa.

La responsabilidad correlativa se manifiesta desde el momento en que el Estado se obliga a prestar la educación básica a todo individuo (ya lo habíamos señalado antes, esto es, a proporcionar la infraestructura, maestros, materiales educativos, instalaciones, etc.) y los mexicanos se obligan de igual forma a asegurarse de que sus hijos cursen precisamente esa educación básica obligatoria (deberán de mandar a sus hijos a la escuela), y la obligación de todos los mexicanos de cursar la educación básica (todos los mexicanos mayores de edad que no han cursado la educación básica, tendrán que hacerlo, no hay límite de tiempo para llevarlo a cabo).

6. LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE EDUCACIÓN OBLIGATORIA

CONSIDERACIONES PREVIAS

En el tema anterior hemos dejado sentadas las bases sobre la obligación correlativa del Estado y mexicanos, respecto de la educación básica. En este apartado veremos cuáles son los alcances de ese principio de obligatoriedad en materia de educación.

Por lo que ve al Estado, la Constitución, en concordancia con la Ley General de Educación, le impone la obligación de prestar a todo individuo la educación básica, asimismo esta obligación que tiene el Estado se transforma para el ciudadano (todo individuo) en un derecho que puede reclamar en cualquier momento mediante algún instrumento jurídico; dicho de otro modo, si el Estado se negare a cumplir esa obligación de prestar educación, el ciudadano puede exigirlo porque es algo que le corresponde, así la obligación del Estado se convierte para el ciudadano en un derecho.

No debemos olvidar que aun cuando dicho derecho se encuen-

tre establecido dentro de los primeros veintinueve artículos que corresponden a las garantías individuales, la educación se encuentra clasificada como una garantía de índole social (no deja de ser una garantía de carácter constitucional) ya que involucra a una determinada clase social frente a otra o porque es un derecho de todos que beneficia generalmente a las clases más desprotegidas del país; por ello aquí es donde toma valor el derecho de igualdad (igualdad de oportunidades para todos los mexicanos).

El juicio de amparo es la herramienta jurídica que sirve para obligar al Estado, a dar cumplimiento a este principio de obligatoriedad, ya que este instrumento jurídico es precisamente uno de los medios de protección de la Constitución; sirve para proteger a la Constitución contra aquellas autoridades que quieren violar las garantías y derechos establecidos en la misma.

Por otro lado, por lo que ve a los mexicanos (ciudadanos) como ya lo vimos anteriormente, también existe un principio obligatorio establecido en la Constitución y en la Ley General de Educación, y éste se refiere a que es obligación de todo mexicano hacer que sus hijos y pupilos asistan a la escuela, pero precisamente aquí es donde escapa el sentido coercitivo de esta obligación, ya que ni en la Constitución ni en la Ley General de Educación, se establece algún procedimiento o mecanismo para obligar a los padres de familia o ciudadanos para que cumplan con este sentido de obligación educacional.

En efecto, esta obligación está concebida como un deber cívico o de carácter nacionalista, es por ello que queda a la simple voluntad del ciudadano o mexicano dar cumplimiento a ella, hasta en tanto no se regule en la propia ley o en la Constitución su ***cumplimiento obligatorio***.

6.1. Análisis jurídico sobre la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

A fin de dar mayor certidumbre jurídica sobre el cumplimiento de estas obligaciones, se creó una Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en la Primera

Sección del Diario Oficial de la Federación, el lunes 29 de mayo de 2000, la cual establece en su artículo 11, apartado A, párrafo primero y segundo, las obligaciones de madres, padres y a todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes a que garanticen su satisfacción de alimentación, comprendida dentro de ésta última la educación.

Asimismo, por lo que ve al apartado B, párrafo segundo, de dicho numeral, establece que se **preverán** los procedimientos y la asistencia jurídica necesaria para asegurar que ascendientes, padres, tutores y responsables de niñas, niños y adolescentes cumplan con su deber de dar alimentos, **así como se establecerán en las leyes respectivas la responsabilidad penal para quienes incurran en abandono injustificado.**

Como podemos advertir de la ley anterior, se retoman enérgicamente en forma pormenorizada las obligaciones contenidas en nuestra Constitución Política y en la Ley General de Educación, dirigida especialmente a todas aquellas personas que tengan a su cuidado a un menor de edad o adolescente respecto a su educación, llegando incluso a mencionar la responsabilidad penal para quienes incurran en caso de abandono injustificado, esto es, que se tenía que haber tipificado en los códigos penales de los estados la responsabilidad penal para quienes incumplan con este tipo de obligaciones injustificadamente.

Sin embargo, el ejemplo más claro lo encontramos en nuestro propio Código Penal del Estado de Michoacán, ya que en su capítulo IV, artículo 221, refiere que al que sin motivo justificado incumpla, respecto de sus hijos, cónyuge o cualquier otro familiar el deber de asistencia a que esté obligado, omitiendo ministrarle los recursos necesarios para atender a sus necesidades de alimentación, casa, vestido y salud, cuando con ello se les ponga en estado de peligro, se le impondrá una pena privativa de libertad.

Nótese que en este artículo se olvida referir textualmente el aspecto de la educación, lo que quiere decir que la omisión de suministrar educación no engendraría ninguna responsabilidad en

materia penal, y más aún, no se podría establecer el hecho de que no suministrarle educación a un menor lo pusiera en un **verdadero estado de peligro**, esto es, ¿en qué momento se actualizaría precisamente ese estado de peligrosidad?, ya que cuando tendría repercusiones esta omisión en el menor, lo sería precisamente en el futuro o sea en una edad adulta respecto a la falta de igualdad de oportunidades (laboral, profesional, económico, etc.) contra otras personas que sí tengan alguna escolaridad.

Pero eso no es todo respecto a esta ley, ciertamente prevé en su artículo 32, el derecho a la educación conforme al artículo 3° Constitucional, y en el Capítulo Segundo, artículo 52, nos señala que serán instituciones especializadas de procuración quienes se encargarán de sancionar las infracciones cometidas en este cuerpo normativo, pero resulta que al menos en el Estado de Michoacán, no existe propiamente ninguna institución especializada de procuración, lo que nos hace presumir que la instancia que posiblemente podría tener injerencia en este tipo de asuntos lo sería la Dirección de Desarrollo Integral para la Familia, lo que contraviene el sentido de la ley misma, ya que al establecer la figura de instituciones especializadas se refiere a organismos creados especialmente para ese único fin; de no ser así, la propia ley lo hubiera establecido en esa forma, esto es, que serían precisamente los DIF de cada estado quienes se encargaran de dichos conflictos educacionales.

COMENTARIOS PERSONALES

Es innegable que la educación básica en México ha pasado por constantes y variados cambios, desde los que en algún momento tuvieron el monopolio absoluto de la impartición de educación (iglesia) y que solamente algunos cuantos tenían acceso a ésta (los hijos de la clase burguesa); hasta los que trataron en un determinado momento de cambiar las reglas educativas, fomentando la educación del pueblo y para el pueblo, la alfabetización de las masas, la instrucción de las personas mayores, el laicismo, etc.

A fin de remediar el monopolio de la educación, se estableció

en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el principio de **educación obligatoria**, el cual no sólo lleva implícito un quehacer hacia el Estado, sino que este sentido de obligatoriedad va dirigido también a los ciudadanos o gobernados, entendiéndose como una obligación correlativa.

Sin embargo, la educación en México de obligatoria no tiene nada, ya que su cumplimiento irrestricto sólo está consignado hacia una de estas partes (autoridad) dejando al ciudadano o mexicano en libertad absoluta de cumplir o no con esta obligación de carácter constitucional, y esto obedece a que ni en la Constitución ni en las leyes ordinarias se establece algún procedimiento o mecanismo y mucho menos existen instituciones especializadas que obliguen al gobernado a dar cumplimiento con este precepto de obligatoriedad educativa.

Para tal efecto, y a fin de lograr el cometido establecido en los artículos 32 y 52 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se deben crear en cada Estado de la República Mexicana las instituciones especializadas encargadas de velar por la observancia de este derecho fundamental, que es el Derecho a la Educación.

BIBLIOGRAFÍA

a) Bibliográfica.

- Del Castillo del Valle, Alberto, *Garantías del gobernado*, Ed. Ediciones Jurídicas Alma, S.A. de C.V. 1ª edición, México 2003, pp. 344, 414-415.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ed. Porrúa, 17ª edición, México 2003, pp. 198.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Ed. Porrúa, 1ª edición, México 2002, pp. 258-261.
- Instituto Michoacano de Ciencias de la Educación José María

Morelos, *La Educación de la Revolución Mexicana*, editorial IMCED, 1ª edición, Morelia, Michoacán, México.


- *Tres leyes federales que debe conocer el ciudadano*, Ed. Sista, México.
- Sánchez Vázquez, Rafael, *Derecho y Educación*.
- Secretaría de Gobernación, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, febrero 2006.
- Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Garantías de Libertad*, 2ª edición, México, octubre 2005.
- Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Garantías Sociales*, 2ª edición, México, octubre 2005.

b) Legislaciones

- Código Penal del Estado de Michoacán.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Educación.
- Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

c) Multimedia.

- Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico.



M edios de impugnación y sus efectos en la defensa

*Miguel Ángel Lara Estrada**

En la época actual, no pasa por alto hasta en las visiones más limitadas de los grupos sociales o vulnerables, la necesidad de que se planteen el destacar con un firme compromiso formas de que se enderece la conducta humana en todos sus ámbitos, tendiente a reconocer las reglas mínimas de la convivencia en el entorno, para estar en condiciones de contemplar un avance productivo y competencial a nivel mundial sobre los entes de los países, y compete no solamente a los órganos del Estado velar con vehemencia los acontecimientos cotidianos en los comportamientos que se asumen en lo particular sobre la diversidad de áreas en las que participa la comunidad, y debido a que las personas en lo individual asumimos formas de pensar que siempre existen en algo o bastante divergencia con los demás, y tales divergencias, son debido a que todos los seres contamos con un ego que nos conduce a un fin determinado, en que pretendemos llegar a la autorrealización plena, y que por circunstancias no voluntarias e intencionadas o porque las condiciones de apoyo no estén dadas, en gran medida vemos frustradas las intenciones que originalmente nos propusimos, pero damos continuidad a una esperanza de concluir felizmente con el fin propuesto, objetivo común

* Defensor Público Federal.

que hace posible que nos identifiquemos para estar en condiciones de responder con un resultado en que se justifique el evento de la existencia misma de lo planeado y pretendido para retroalimentar las necesidades que se tengan.

De lo descrito, al relacionarse respecto a las clasificaciones de las áreas sociales, técnicas y científicas, e incluso de las inclinaciones o actividades teleológicas, de las que cotidianamente echa mano el hombre, deben estar sujetas a un máximo de estrechamiento entre sí, y para ello, surge la necesidad cada día de ocuparse por extirpar todo aquello que atente contra un acto ético, transparente y bien intencionado, sobre todo de las instituciones, ya sean públicas o privadas para que estén al servicio de la comunidad, de forma tal que se trate de dilucidar en el pensamiento del usuario una especie de compromiso mutuo, en que le quede claro que la existencia de la institución no es exclusiva en indicativo para aliviar en todo lo pretendido, sin que se forje un supuesto en que tiene que contribuir a una aceptación de responsabilidad sobre determinado acto, lo más apegado a la realidad, puesto que a través de ello, se puede establecer la buena marcha de una prestación de servicio, y una gratitud mutua respecto al usuario-institución, que es en sí la sociedad con intervención del Estado para regular en su caso las conductas como función básica de forma concreta y clara, para que ésta satisfaga en su caso un nivel de convivencia con valores predeterminados para la existencia misma, y se evite, en consecuencia, en lo posible ruptura o bien extinción, como acontece con algunas de las culturas indígenas, por no imperar en su caso con una coherencia respecto a los sucesos, en la que debe revestirse un ámbito de tolerancia, respeto y proposición para mejorar una actividad existente o de nueva creación, en que si bien se presentan incompatibilidades, las mismas deben estar siempre al margen del odio, rencor o fuera de cualquier circunstancia que obstaculice un buen acierto, ello para poder en su caso subsistir con un propósito de crecimiento a favor de la productividad que bastante falta le hace a la sociedad mexicana.

Bien, en el caso del área social, es posible sin duda contemplar que es en donde se reclutan o concentran tanto las áreas técnicas y científicas, pues no existe duda de que todo aspecto que acontece se mueve con mejor éxito a base de normas o reglas, que son emitidas para fijar una posición de menor margen porcentual de error, y que haga posible establecer un éxito.

En el caso, respecto al tema o artículo relacionado con el supuesto de nuestra valiosa Institución, la Defensoría Pública, ésta se contempla como un aspecto entre otros de quitar un golpe a alguien, o bien rechazar una acusación, que como Institución Pública, tiene el deber de proporcionar los servicios de asistencia jurídica gratuita a la sociedad, y cumplir en el aspecto tanto sustantivo como administrativo, siendo propositivo en cada una de las defensas que se asignan (penal, así como la civil o administrativa); y en el caso en materia penal, si bien respecto a delitos similares, cometidos por las personas, en lo individual, existe una particularidad que desvincula en su caso de la esencia genérica del delito con el resultado defensivo, ya que la técnica con que se vislumbra los hechos la hacen diferente y lleva una tendencia de realizar un estudio mas profundo, que es aquí donde el Defensor Público o de oficio, requiere disponer en cada asunto un tiempo prudente, en que le permita analizar lo suficiente para concluir en su caso la fase defensiva, circunstancia que se torna complicada cuando ante los tribunales se sustancia una diversidad de causas penales, y existe la encomienda legal que faculta al Juzgador de instancia a designar al Defensor Público o de oficio, y éste tiene el deber de cumplir en aceptar el cargo y desempeñarlo, lo anterior, aun con independencia de que se cuente con defensa particular.

Una vez que el Defensor Público asiste en el patrocinio a los justiciables, cumple con la defensa tan pronto da la orientación y gestiona lo necesario que se conduce a una adecuada defensa, en que se actúa con plena autonomía e independencia, frente al agente del Ministerio Público de la Federación, así como ante el juez de la causa o bien ante el magistrado en apelación o ante los juzgados

y tribunales de amparo directo e indirecto, lo anterior, sin recibir en su caso encomienda alguna o bien perturbación en el ámbito defensivo por parte de los órganos de procuración y administración de justicia, (ministerios públicos o juzgadores), en que a la fecha ha tenido a bien en forma valiente y visionaria defender celosamente nuestro actual Director General, magistrado César Esquinca Muñoa, que en más de las veces algunos de los citados servidores públicos han quedado asombrados y no comparten con el hecho de que la Defensoría Pública debe de tener su autonomía e independencia definida para conducir las defensas, en que se estima que es una de las herramientas necesarias para cumplir con la debida defensa consagrada en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Federal de la República, además de ser un requisito elemental tener esa posición, ubicar tal autonomía ante cualquier servidor público o ente social para ser Defensor Público, el que no reciba consignas o encomiendas en lo absoluto de nadie para realizar su labor en lo sustantivo, en tanto que en lo administrativo acepte registrarse por los lineamientos institucionales de la superioridad, y que lleve a cabo todo programa que conduzca a un evidente avance favorable a las clases desprotegidas, como asistir a todo aquel indiciado, procesado o sentenciado, así como el que sea citado para declarar ante el agente del Ministerio Público de la Federación, y sin pretender en su caso desligarse de la obligación de prestar el servicio conduciendo versiones de incompetencia a razón de que le corresponde a determinado Defensor Público, puesto que se le otorga la orientación en todo aquello que se le facilite al usuario, y se hace en cada instancia todo lo que está al alcance relacionado con la defensa en la máxima expresión técnica y valorativa de las diversas circunstancias en las que se encuentra el justiciable, para lograr en su caso agotar todos los recursos legales con fines benéficos, en que le quede claro al justiciable por qué razón se le siguió una averiguación previa o un proceso penal hasta la conclusión, en qué determinó en su caso la libertad, o bien que le quede claro al usuario por qué razón fue privado de su libertad, o le hayan impuesto una pena de prisión, orien-

tándole en su caso sobre lo favorecido que fue sobre las pruebas que obran en el asunto, o bien lo perjudicado que resultó con el resultado de las pruebas para el caso de una condena, y además, buscar la forma de ubicarlo emocionalmente tanto al defendido como a sus familiares, a estos puesto que son los que conviven con dicho justiciable y que atento a la orientación recibida por la defensa pueden auxiliar anímicamente a los defendidos y que superen en su caso el momento difícil que atraviesan por verse inmiscuidos en una averiguación previa o proceso penal con todas las consecuencias que trae dicho proceso, que es otra de las facetas que como deber se impone al Defensor Público; con ello, es evidente que se cumple con el objetivo y necesidad social en el ámbito de la Defensa, puesto que así la sociedad no está en condiciones de refutarle al Estado que no cuenta con el mínimo de información acerca de la situación constitucional y legal que guardan los indiciados, procesados o sentenciados, sino que en todo caso se convence el ente social de que se cumplen los objetivos para los que fue creado el Instituto Federal de Defensoría Pública.

En una ocasión, a manera de anécdota, me comenta una señora de bastante respeto, en su carácter de Actuaría del Primer Tribunal Unitario del Décimo Segundo Circuito, en forma muy lamentada, que entre tantos vaivenes del quehacer cotidiano, se presenta un defensor particular al órgano judicial, y le pregunta si tocó el asunto de su patrocinado que le instruyó el Juzgado de Distrito en dicho tribunal de alzada, una vez que se cercioró que efectivamente así lo fue, la defensa particular pregunta que si la Defensa Pública ya expresó los agravios en apelación del asunto de su patrocinado, y le contesta la señora actuaría que no, entonces, el Defensor Particular expresa que no protestará ni aceptará el cargo por ese hecho y que después regresará.

De lo expuesto, es un dato de tantos que surgen en el quehacer defensivo cotidiano, y que da pauta a interesarse en su caso para normar la prestación de servicio por parte de la Defensa Particular, puesto que los ministerios públicos, jueces y magistrados, con el afán

de no entrar en conflicto con los Colegios o Barras de Abogados que ejercen la abogacía, optan por hacer uso de sus facultades constitucionales y legales a lo que más favorece al seguimiento procesal, optando por designar a los Defensores Públicos, en los asuntos que son patrocinados por la defensa particular, y en más de las veces, se involucra a la Defensoría Pública a realizar actividades no propias de la Institución, como la de entrar en compatibilidad entre la defensa Pública y Privada, que ello conforme al artículo 18 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública no está permitido, en que desde luego de inmediato el Defensor Público debe excusarse conforme a tal dispositivo legal, lo anterior, porque lo facilitan en su caso las autoridades por las razones que se expusieron.

Se tocó lo citado, para contemplarlo como un dato adicional que se aporta sobre la incompatibilidad de defensa Pública con la Privada, en tratándose de asuntos en los que no se han presentado a protestar el cargo ante los Tribunales Unitarios de Apelación, o bien, ante Tribunales de Amparo, en gran medida, se considera que subsiste un evento de contrapeso o bien de duda, en el sentido de la excusa de intervención por incompatibilidad de defensa con la particular respecto al citado artículo 18 de la Bases Generales de Organización y Funcionamiento; en principio, el referido al artículo 6, fracción I, de la Ley Federal de Defensoría Pública que cita: "*Los defensores públicos y asesores jurídicos están obligados a: I.-Prestar personalmente el servicio de orientación, asesoría y representación a las personas que lo soliciten en los términos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta Ley y las demás disposiciones aplicables*". Bien, este presupuesto legal, guarda en gran medida vinculación con lo dispuesto en el artículo 10, de la citada Ley de Defensoría Pública, que reza: "*Los defensores públicos serán asignados inmediatamente por el Instituto Federal de Defensoría Pública, sin mas requisitos que la solicitud formulada por el indiciado en la averiguación previa, el inculcado en el proceso penal, el sentenciado y el Agente del Ministerio Público o el órgano jurisdiccional, según sea el*

caso". Así mismo, se considera que también, deben considerarse los supuestos del artículo 24 de las citadas Bases, que dice: *"El defensor público ante órganos jurisdiccionales desempeñará sus funciones con adscripción en primera o segunda instancia, en asuntos en materia penal del orden federal. ... (ultimo párrafo) El defensor público de segunda instancia también deberá promover los juicios de amparo directo que soliciten los sentenciados, a pesar de haber sido patrocinados por defensores particulares en la alzada"*. Por otro lado, existe el supuesto respecto al artículo 17 de la Constitución Federal de la República, en que remite en esencia que la procuración y administración de justicia deberá ser pronta y expedita.

De ahí que de lo citado con anterioridad, sobre los preceptos legales transcritos, deviene la necesidad de que se planteen los respectivos lineamientos o normas, tendientes a regular a los Colegios o Barras de Abogados, o bien, lo que se estima más viable, modificar la Ley de Profesiones, tanto federal como local, para hacer, en su caso, que la generalidad de la Defensa particular cumpla con las obligaciones que se imponen en el servicio particular, y además, estén debidamente identificadas sus actuaciones ante la autoridad ministerial y judicial, que en más de las veces resulta saludable a diversas autoridades administrativas para cruzar información entre los órganos de procuración y administración de justicia, como lo son los asuntos en patrocinio ante los Agentes del Ministerio Público ya sea del fuero común o de la Federación, o bien ante los jueces locales y federales, además, de contemplar también a los magistrados tanto locales, como a los adscritos en Tribunales Unitarios, Tribunales Colegiados e incluso ante los Magistrados del Tribunal Federal Electoral, en que en todos ellos participa la defensa y en un gran número de particulares, que deben estar vigilados por el Estado, para que contribuyan y cumplan debidamente respondiendo a las autoridades en el marco jurídico de sus obligaciones hacendarias y lo más importante para mantener un cumplimiento eficaz sobre una adecuada defensa, bastando que se asiente en una constancia con copia para la autoridad administrativa que determinado

profesionista con domicilio que indique se avocó a la defensa del justiciable, para así poder estar en condiciones de contemplar que existe una conexión, para llevar un mejor control sobre una actividad lícita y que resulte desde luego se insiste eficaz al justiciable su actuar para evitarle abusos que se traducen en fraudes o engaños atento a la falta de orientación adecuada, en que se atenta en la mayoría de las veces contra la fracción IX del apartado A), del artículo 20 de la Constitución Federal de la República, en lo que se expresa sobre la debida defensa, aparte de robustecer o realzar un ámbito de compatibilidad con el nivel de los servidores públicos del Instituto Federal de Defensoría Pública, que ello es lo que haría a favor de la sociedad un equilibrio sobre la prestación de servicio y que desde luego sería definido para no atentar contra los derechos humanos e individuales de los grupos sociales en materia de justicia penal y en general sobre las áreas del derecho civil administrativo y de trabajo; que sobre lo expuesto en este párrafo, existe un verdadero rezago, y que esperemos que el Estado se avoque a realizar una función mas específica, porque es importante lograr en la generalidad la preparación de los profesionales en México, para poder destacar en la productividad profesional, que se interrelacionan de manera necesaria e incluso indispensable en las áreas sociales, técnicas y científicas, no únicamente a nivel nacional, sino que es hasta internacional, que bien le puede hacer a los mexicanos que nos dé garantía y reconocimiento en la prestación de servicios profesionales, para que incluso formemos todos los profesionales sin excepción (públicos y privados) parte de una estabilización en el ámbito de la justicia y seguridad jurídica que se pregona y desea mundialmente.

En el ámbito del Instituto Federal de Defensoría Pública, en específico en el área penal, es impresionante la diversidad de opiniones que se presentan con relación al manejo ético y objetivo de las defensas a favor de los justiciables, éste es un tema que tiene una complicación bastante seria y no clara para aterrizar un aspecto conducente en cuanto a la práctica de gestiones y recursos que la pro-

pia ley permite a favor de la defensa o justiciable, en tanto que hay quienes opinan, bajo su responsabilidad, que los supuestos de defensa a cargo del Estado prohíben practicar gestiones y recursos que pretenden entorpecer en gran medida la marcha del procedimiento, so pretexto de que la defensa debe coadyuvar a la pronta expedición de justicia para ir a la par del artículo 17 de la Constitución Federal de la República, y en específico hacen referencia a una prolongación del proceso que incluso le ponen un sin fin de significados en el argot vulgar, y se atreven a afirmar que se debe evitar hacer uso excesivo de los planteamientos de la pronunciación respecto a los recursos al impugnar un acto de autoridad, puesto que ello es propio de una dignidad en la función defensiva, contemplando, además, que debe extinguirse la causa para terminar con la agonía, que en su caso sufre el defendido, y en cierta medida describen que en más de las veces la impugnaciones son ocasionales en el ámbito humanitario.

Se hace la cita anterior con el propósito de analizar las cuestiones respecto a los recursos, y sobre todo en materia penal, tal vez porque me encuentro en un Tribunal de apelación, y con relación a lo anterior, mientras exista un Estado complicado en toda su estructura y que dé vara ancha a explotar en lo posible (no lo imposible) todo aquello que la ley manda o permite, es cuando antes de emitir una opinión de tal naturaleza, se debe ponderar no solamente el medio en que nos encontramos, sino también contemplar, en su caso, el entorno de los demás, como los sucesos legislativos que rigen la conducta determinada del gobernado, y lo que acontece en el comportamiento del justiciable, complementado a buscar por qué se orilló a asumir determinada conducta contrariando la norma; bien, partiendo principalmente del origen que da vida a la norma, que es el legislativo, sobre ésta no se entiende de qué manera, en una sesión de un Congreso que cuenta con un numeroso grupo de legisladores, como el que acontece en nuestro país, puedan votar un asunto acorde a las necesidades que cada institución requiere, debido a la diversidad de opiniones que al momento de juntarlas hace imposi-

ble desde luego llegar a un acuerdo porque de la vastedad de opiniones se pierde la esencia misma, y se debe encontrar una solución al conflicto, siendo por ello que por lógica se forman comisiones para atender y normar desde luego todas las áreas sociales, pero es de advertir que no existe en la actualidad una cultura de contemplar las necesidades acorde a una realidad; si fuera ello, ya se hubiere hecho; por citar un ejemplo, entre otros, el respectivo pronunciamiento respecto a la Nueva Ley de Amparo, en materia de justicia, porque es necesario que se haga una pronunciación, porque con ello hubiere la posibilidad de acceder a la autoridad con más tiempo y recurso para poder ocupar lo indispensable en los asuntos de su competencia, y evitarle complicaciones como las que existen en materia de juicios constitucionales; lo descrito es por citar un supuesto hipotéticamente, ya que como lo anterior existe una gran cantidad de necesidad para que se adecuen tanto instituciones como formas en el procedimiento, que den lugar a ser más accesible una labor o actividad, en que no se requiera de alardear de que en lugar o país determinado existe un comportamiento procesal o sustantivo y que se considere que debe aplicarse en el Estado Mexicano, ello es inconcebible la naturaleza misma de los niveles culturales, que se presentan en contraposición desde luego a una serie de intereses o derechos de la población, puesto que no debe de perderse de vista que las reglas o normas, son en el ámbito de definición de la soberanía que la sociedad mexicana otorga, que debe regir por sus propias reglas atento a su condición y capacidad en general, mismas que deberán hacer sin ingerencia de otro Estado, puesto que es evidente que las condiciones sociales, políticas y sobre todo económicas, impulsoras de las áreas técnicas y científicas, son una variante muy clara, que tiende a repercutir seriamente en los pensamientos culturales de conducta, y por ello los comportamientos humanos son altamente discordantes, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad en asumir una conducta que forme parte de un equilibrio y dar de sí lo conducente para contemplar un acto justo, en que este último, por citar un ejemplo, se traduciría en que el criminal aceptara su

falta a la víctima, que el Ministerio Público llevara la tendencia de tener facultades a la de los Jueces y no estar sometidos o confundan a la sociedad emitiendo decisiones que se aparten de su propia autonomía de buena fe respecto a los requisitos de comprobación legal del hecho o la no comprobación, o bien la posibilidad de atemperar una posible sanción, ya que al hacerse una revisión general de sus actuaciones, existe una nula actividad en el ámbito de no pedir el ejercicio de la acción penal ante los tribunales una vez consignado el asunto, así mismo de abstenerse de apelar en contra de los fallos de los jueces aun cuando son sabedores de que no existe forma de que se les otorgue lo pretendido tan pronto existe una reclasificación a favor del justiciable, cuyo fin es el afectar la situación jurídica del reo, y como órganos del Estado deben tener una visión mas clara del hecho con absoluta independencia; así mismo, que los jueces, ante el criminal, adopten una actitud de compromiso sobre el acontecer del hecho realizado por el delincuente que afecta a la sociedad, ello es de prever que si está en sus facultades poner al criminal en libertad, tengan una visión clara del destino del reo tanto en el reclusorio como en el andar de la sociedad, en que ponderen lo importante que es al no imponerle una carga al Estado con el hecho de tener a un reo encerrado, puesto que bien el reo puede contribuir en libertad a sanear la carga del erario público, puesto que se puede hacer uso de las facultades en los delitos que aparecen graves pero que no lo son, sino más bien son atenuados y que da lugar a darles la oportunidad, si es la primera vez, de que repongan su actitud, o bien, si existe dato alguno sobre que el criminal tenga problemas de consumo de drogas, pondere un aspecto de rehabilitación a favor del justiciable, invitándolo a que diga la verdad o bien, si no se expresa, dé lugar a una sanción para que colabore en aclarar viablemente los hechos del delito, no que lo primero es que se le dice no estás obligado a declarar, cuando fue la persona que tuvo conocimiento directo de los hechos, y que se le debe obligar a que declare so pena de sanción, puesto que si el criminal necesita que sean benévolos con él, también debe obligarse a

indicar claramente lo que aconteció, y para ello, debe darle un beneficio a cambio de tal postura, y lo que existe es en contraposición a lo indicado, incluso constitucionalmente, bajo el principio de la no autoincriminación, que si existe, es evidente que dé lugar a que se haga uso de tal recurso.

Sobre las impugnaciones, en México se estima que encuentran su justificación, debido a que el sistema de Justicia que impera se pretende que encuentre un sustento apegado lo más que se pueda a la certeza, en el ámbito relativo a la legalidad, y seguridad jurídica, por ello se estima que el Estado contemple los órganos de procuración de justicia y los tribunales que conocerán en primera instancia los asuntos, y en el caso de materia penal, en principio, para la iniciación de una investigación, se contempla la institución del Ministerio Público; asimismo, para la prosecución de preinstrucción e instrucción, sentencia y ejecución de la misma, se encuentran los juzgados tanto locales como de Distrito; para la apelación de las causas penales se instauró a los Tribunales Unitarios, y para los amparos Directos contra sentencia, los Tribunales Colegiados; así como las salas y el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para conocer en supuestos de inconstitucionalidad de artículos de alguna ley, o interpretación de alguna norma constitucional relacionada a delitos entre otros aspectos.

Para el Defensor en general, resultaría interesante que si bien, al haberse creado los órganos descritos, se autocuestionara en lo siguiente:

a) Si en los tiempos actuales, es posible que se conozca de un asunto legal por un juez, otorgando a éste el carácter de órgano terminal.

b) Si valdría la pena que la decisión del juez en primera instancia fuera revisada por el tribunal de alzada y que a ésta se le dé, en su caso, el carácter de una decisión que no admita recurso alguno.

c) También, si es correcto el proceder de que la resolución de un Tribunal de alzada o de apelación, sea revisada por un Tribunal Colegiado, ya sea conociendo en amparo directo contra sentencia,

o bien en el amparo bi-instancial, conozca del recurso de revisión de los asuntos de la autoridad de origen.

d) Es posible sostener que, de inicio, un señor Agente del Ministerio Público diga la verdad absoluta; o bien, la verdad absoluta la detenta el Juez de la causa; o tal vez el Magistrado de unitario en apelación, o amparo indirecto; o, los Magistrados del Tribunal Colegiado o bien los Ministros que componen el máximo Tribunal en asuntos de su competencia.

Para el defensor, no basta tener una inclinación meramente subjetiva, en apoyar o ser árbitro en determinar qué órgano dice la verdad, cuando no ha escuchado una opinión mediante una impugnación que confirme o no la decisión inicial, ya que en el caso se estima que es correcto el proceder en cuanto baste se pida que se dé una revisión de la sentencia o resolución del órgano o juzgador de primer conocimiento, así como que se estime, en su caso, un evento en que se pida amparo por lo resuelto en la alzada, y que ello, en mi concepto, siempre debe operar sobre los Autos de Formal Prisión y sobre todo de las sentencias, y excepcionalmente de autos diversos, como lo son el respectivo a los incidentes que nieguen beneficios o nieguen admitir pruebas, puesto que es a través de las impugnaciones como se encuentra contemplado en el sistema jurídico mexicano, cumpliendo con la certeza, legalidad y seguridad jurídica; la certeza puesto que se sostuvo ante el máximo tribunal revisor un acontecimiento de justicia; legalidad, puesto que no escapó a la máxima autoridad revisora en que se hayan aplicado los presupuestos de normas aplicables al asunto; y de seguridad jurídica, por cuanto a que la autoridad máxima contempla circunstancias de motivación o razonadas, para encuadrar en su caso el hecho, para evitar duda alguna.

De lo citado, es evidente que surge la necesidad de que se planteen las impugnaciones sobre las resoluciones de autos y sentencias, para dar un cabal cumplimiento al espíritu constitucional, conforme a sus artículos 14 y 16, ya que éstos definen con certeza el acto privativo o no de derechos personales, patrimoniales o la libertad

de los justiciables, que no encontrarían sustento a satisfacción, cuando conoce únicamente en primera instancia un individuo denominado Juez, al que está sujeto sea revisado por la alzada, que es en su caso el Tribunal Unitario y el Colegiado, que si bien, debido a ello, en términos reales como acontece, los tribunales de alzada y Colegiados se surten de diversidad de asuntos que concluyen en una carga laboral, ello no es pretexto para que no se acceda a los recursos materia de impugnación para que finalmente se le indique al justiciable que debido a que así lo determina la autoridad máxima, resulta inocente, o bien culpable, en el delito por el que es acusado, puesto que es lo que procede, y máxime aun cuando existe una posibilidad que, por mas mínima que sea, admite que se revise en última instancia; por lo que, de hacer uso de los recursos que la ley permite al justiciable, aun cuando exista una confesión plena sobre la participación en el delito, tiene derecho a elegir las impugnaciones, puesto que no es solamente sobre la culpabilidad de la que se ocupa la autoridad judicial, sino también de otros aspectos, como lo son la individualización de la pena y concesión de beneficios, de los que en éstos existe una facultad discrecional, en que puede darse el caso se le aplique al justiciable una sanción o negativa de beneficios y que pueden repararse mediante los recursos existentes; por ello se considera que el interponer los recursos no necesariamente lleva la tendencia de manejarse maliciosamente, ya que incluso en caso extremo que la autoridad máxima considere que cuenta con la razón el juez de origen, aun así, no existe la mala intención en la defensa, puesto que se insiste en que mientras exista un sistema legal de justicia como el que tenemos en México, que admite la impugnación de las resoluciones, el agotarlos en su totalidad no debe entenderse como malicioso o entorpecedor de la aplicación del derecho: si bien existe una carga laboral para los órganos y tribunales de procuración y administración de justicia, ése es un problema del Estado, mismo que deberá adecuar en que si le implica en gran medida un aspecto presupuestal difícil, tiene la opción de organizar toda su estructura y modificar a través de los órga-

nos legislativos, los regímenes procesales y sustantivos en la aplicación del derecho en general, para que constitucionalmente provea la restricción de las instancias y de diversidad de recursos que se deben dar en los procedimientos; si actualmente no existe tal restricción, todo aquel que se encuentre bajo un procedimiento judicial en materia penal, tiene el derecho, porque la ley se lo da, de agotar todas las instancias, para así contribuir con la aplicación de la ley en la certeza y seguridad jurídica en la que se interesó el constituyente de 1917, para promover en su caso el apego a los derechos humanos de las personas, y evitar se tilde a la nación de ente que restringe los derechos concebidos en la propia ley.

Entre otros aspectos, expone un compañero supervisor de nuestro Instituto de la Delegación Sinaloa, que el servicio de la Defensoría Pública le representa una emoción en cuanto llega el momento de atender a un usuario, puesto que lo equipara a un sacerdocio; al respecto, se concibe que, desde el punto de vista que se vea, el ejercicio de la Defensoría Pública, ya sea en el ámbito moral o teleológico, o bien como un conflicto social, al escuchar al usuario de los servicios de defensa, el profesionista es ese el momento en que convierte la posibilidad de extender todos sus sentidos como si en ese momento estuviera analizando el hecho para resolverlo, que dé lugar a que exista una aceptación emocional, para escuchar con ánimo al defendido, habida cuenta de que es el momento en que el usuario le confiesa de lo que adolece o la necesidad que tiene de que se le ayude a solventar en lo posible su caída ante un problema legal, en que tan pronto como se le dé y escuche una respuesta del personal profesional del Instituto, se vierte el fruto que arroja emocionalmente el defensor, Asesor Jurídico o cualquier servidor público de la Defensoría que se encuentre en los supuestos de la orientación sobre el problema planteado, cuando el justiciable encuentra una solución al problema que presenta, queda satisfecho; aun cuando no le sea favorable su situación legal, puesto que la valoración judicial máxima no le ayudó, se da por satisfecho, puesto que no se quedó con duda alguna acerca de lo que se le orientó y se

le gestionó en el patrocinio del asunto, y es ahí donde se considera que subsistió una función específica y elemental de la Institución; por lo que es posible que al momento de la prestación del servicio se dé un evento sacerdotal traducido teleologicamente para todos los que estimen una inclinación celestial; pero que lo más importante es que no pierdan de vista la necesidad que se tiene por parte de las personas de escuchar respuestas a su problema legal, respuestas que sean claras y sin reticencias, con voz clara y fuerte, seguro de lo que se dice como si se estuviera en un concurso de oratoria frente al usuario, sin descuidar el ámbito de la cortesía y respeto, desde luego, además de mostrarle que se tiene el tiempo suficiente para escucharlo en que no le quede duda alguna, porque ello representa en su caso una apariencia exterior sobre la seguridad y seriedad de lo que existe en nuestra Institución, además, que se tienen los elementos de estudios y preparación en todo el personal de la Defensoría Pública, para reflejar sin duda alguna la preocupación que se tiene en general por los que integramos el Instituto de responder a las exigencias sociales en el marco de la defensa.

Otro aspecto que se presenta, que desde luego es favorable a los que prestamos el servicio en el Instituto Federal de Defensoría Pública, es que tenemos todas las herramientas necesarias para desempeñar nuestras funciones, ya que con independencia de que algunos tengamos un espacio pequeño o bien que sea grande debido a determinadas circunstancias, ello no importa cuando se tiene la voluntad de incursionar en una actividad tan de buena fe y noble como lo es la defensa, máxime que nuestras directrices se encuentran plenamente interesadas en velar por consolidar una absoluta autonomía en la función del Defensor Público y Asesor Jurídico, así como todo el personal que conforma el Instituto, en que subsiste de seguro un contacto directo con el Defensor Público o Asesor Jurídico que se vea obstruido en su función por persona de algún órgano judicial o Agente del Ministerio Público de la Federación, para dar el respectivo seguimiento en lo relativo a la invasión de la autonomía, que desde luego es castigada severamente por atentar contra la

buena fe y prestación del servicio a la defensa adecuada, y si es defendida esta herramienta de la autonomía que no hay duda al respecto e incluso que se equipara a la de los órganos judiciales federales en la función, las demás herramientas, que son la preparación y la visión o táctica que se tenga, desde luego, como defensores en los asuntos, vienen solas porque no existe desestabilización emocional, y ello es lo que consolida una prestación de servicio real a la defensa; aprovechemos pues esa libertad que se tiene para conducirnos en el ámbito de la defensa, sin salirnos o alterar las exigencias de los requisitos normativos que nos rigen al respecto.

En un principio, cuando ingresé a esta honorable institución, cuando estuve adscrito al Juzgado Noveno de Distrito en Mazatlán, Sinaloa, me decía el respetable señor juez, hoy magistrado: "licenciado, veo que eres demasiado formal, no hay que ser tan acartonado"; en esa época no decidí contestarle, pero estuve analizando por qué me indicaba que no había que ser tan formal, y nunca me atreví a preguntarle, tal vez mi conducta le pareció demasiado formal, pero siempre he considerado que la formalidad es de trascendental importancia, puesto que a través de ella, puede manejarse un control relacionado con la seriedad, con un resultado productivo favorable en las tareas cotidianas que se realizan en la institución, cualquiera en que se preste el servicio, puesto que si no fuera así existiese un elemento proclive a la anarquía, incluso, es posible que los márgenes de error en la función sean menos habiendo una formalidad adecuada, y que incluso da lugar a concretar a los subordinados en hacer en su caso lo que les corresponde sin que deleguen actividad alguna a los compañeros que en su caso los suplen, y que ello es otro conflicto que puede acontecer, aparte, la formalidad reviste una integridad en lo que se dice y lo que se piensa, que se traduce en la actividad a favor de la institución o de persona alguna, incluso da confianza en sí de que la actividad realizada, cualquiera que sea, si no es en su plenitud excelente, se encuentra dentro de los parámetros regulares aceptable y no hay duda que sea productiva, o favorable en toda actuación que se tenga, tanto en lo hablado como en lo

escrito, e incluso es propia de un resultado eficaz en la preparación o capacitación, por lo que se sigue compartiendo el hecho de guardar la debida formalidad en el lugar que se encuentre dentro de la Institución, y fuera de ella en lo posible, por lo que estimo que la persona debe ser de convicciones propias definidas, para contemplar en sí sus objetivos, y en el caso del defensor, debe reflejar tal formalidad en tanto se encuentre prestando los servicios ante la Institución, entre ella está la de cuidar el vestir, sus ademanes, comportamientos o la forma de cómo se dirige ante los receptores en el diálogo que tenga, y en lo posible hacerlo con un lenguaje entendible en lo general sin rebuscamiento alguno.



La retención ilegal del detenido en flagrancia

*Eduardo Lara Salazar**

1.- LOS DERECHOS HUMANOS Y LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA

Los derechos humanos o naturales son esenciales en toda sociedad, pues con el pleno ejercicio de sus derechos, se logra el cabal desarrollo de los seres humanos; por ello, resulta imprescindible que el respeto, protección y su defensa, sean parte esencial del actuar cotidiano por parte de todos y cada uno de los órganos estatales; en el presente caso, por las diferentes corporaciones de seguridad pública, en sus tres niveles: federal, estatal y municipal.

En nuestro país, los derechos naturales del hombre se ven protegidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el establecimiento de las garantías individuales, lo que asegura que ningún gobernado se verá afectado en su esfera jurídica con la actuación voluntariosa de algún ente gubernamental; por el contrario, garantiza que el Estado ajustará su actuar con base en las disposiciones constitucionales para emitir cualquier acto de molestia en contra de cualquier gobernado, salvaguardando así los derechos fundamentales del hombre.

Dentro de esas garantías que consagra nuestro Código Supremo, encontramos la referente a las de seguridad jurídica, que salva-

* Defensor Público Federal.

guardan la vida, la libertad, la integridad física y la integridad moral de todos los individuos, con lo que le da certeza al gobernado del respeto a sus derechos por parte de cualquier autoridad, sea judicial o administrativa.

El Doctor en Derecho Ignacio Burgoa, señala que las garantías de seguridad jurídica: *"Son derechos subjetivos públicos a favor de los gobernados, que pueden ser oponibles a los órganos estatales, a fin de exigirles que se sujeten a un conjunto de requisitos previos a la comisión de actos que pudieran afectar la esfera jurídica de los individuos, para que éstos no caigan en la indefensión o la incertidumbre jurídica, lo que hace posible la pervivencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones"*.¹

Con base en lo anterior, se puede deducir que las garantías de seguridad jurídica conllevan implícitamente la prohibición para los órganos estatales de realizar actos que afecten la esfera jurídica de los gobernados, si no se cumplen previamente los requisitos previamente establecidos en las disposiciones constitucionales y legales vigentes, otorgando así la seguridad, al gobernado, de que no será afectado en su persona, su familia, sus derechos o sus posesiones, por el simple actuar voluntarioso de algún servidor público.

Ahora bien, dicha obligación que tienen los diferentes órganos estatales, para el cabal respeto de los Derechos Naturales del Hombre y a la Garantías Individuales, que al efecto prevé la Constitución Federal, no se encuentra supeditado a condición alguna, ni mucho menos a la voluntad de algún servidor público; salvo en el supuesto de que el gobernado, con su actuar, afecte el estado de Derecho, es decir, que con su actuar, se actualice el supuesto que haga procedente la inminente ejecución y procedencia del acto de molestia o privación, verbigracia, en la comisión flagrante de un delito.

En este supuesto, resulta claro que los órganos encargados de la Seguridad Pública, con facultades para hacer cumplir la ley, pueden

¹ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las garantías individuales*; Trigésima Cuarta Edición Actualizada, Editorial Porrúa, México 2002, pp. 504-505.

y deben proceder a la detención del presunto delincuente, siempre y cuando tal aseguramiento se realicen conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por México, y en las leyes y los reglamentos vigentes.

Pero su actuación conlleva implícita una obligación, consistente en que los agentes de autoridad que realizan la detención, se convierten en garantes de la integridad física y moral del detenido, es decir, su actuar no es ilimitado, sino que deben garantizar la seguridad e integridad del gobernado, independientemente de que cometa o no una conducta presumiblemente delictiva.

Tal afirmación encuentra sustento en la Recomendación General número 12, de fecha 26 de enero del 2006, emitida por el doctor José Luis Soberanes Fernández, en su calidad de Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, titulada: **"Sobre el uso ilegítimo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios o servidores públicos encargados de hacer cumplir la ley"**, dirigida al Secretario de Seguridad Pública del Gobierno Federal, Procuradores Generales de la República y de Justicia Militar, Gobernadores de las entidades federativas, Jefe de Gobierno del Distrito Federal, Procuradores Generales de Justicia y responsables de Seguridad Pública de las entidades federativas y de los municipios, que establece en su Capítulo III, denominado de "OBSERVACIONES", lo siguiente:

"La presente Recomendación General se emite con motivo del uso ilegítimo de la fuerza y de las armas de fuego, por algunos servidores públicos federales, estatales, del Distrito Federal y municipales, tal como quedará demostrado a continuación, lo cual ha sido acreditado mediante pruebas que constan en los expedientes respectivos, tales como peritajes médicos y de criminalística elaborados por peritos adscritos a diversas instituciones públicas y a esta Comisión Nacional; partes informativos de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; declaraciones de testigos y de servidores públicos; actas circunstanciadas de diligencias practicadas por Visitadores de los organismos públicos de Derechos Humanos

de las entidades federativas y de esta Comisión Nacional, así como fotografías, notas periodísticas y videos, entre otros".

Expuesto lo anterior, y con base en el análisis de los antecedentes referidos en el presente documento y su vinculación lógico-jurídica, esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos llegó a las siguientes consideraciones:

"A. En principio, los funcionarios o servidores públicos encargados de hacer cumplir la ley **son garantes de la seguridad pública**, la cual tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos. El Estado delega estas responsabilidades en las instituciones públicas y en los referidos funcionarios, de conformidad con los artículos 21, quinto y sexto párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 3 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública. De tal forma que dichos servidores públicos tienen facultades para detener, registrar y asegurar, así como para usar la fuerza y las armas de fuego conforme a diversos principios comunes y esenciales.

En todo Estado democrático y de Derecho debe encontrarse un equilibrio entre el interés del individuo en libertad frente a la interferencia gubernamental, y el interés público colectivo en la prevención del delito y la aprehensión de quien lo cometió. Hoy por hoy, la obligación de salvaguardar el orden, la paz pública y los Derechos Humanos se traduce en la imposición de determinadas formas de actuar por parte de la autoridad previstas en normas nacionales e internacionales, así como en el fortalecimiento de las políticas públicas y de medidas eficaces para la prevención del delito.

Es importante aclarar que sobre el uso legítimo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios o servidores públicos encargados de hacer cumplir la ley existen principios comunes y esenciales que rigen el uso de las mismas, como son la legalidad, la congruencia, la oportunidad y la proporcionalidad. La legalidad se refiere a que los actos que realicen dichos servidores públicos deben estar expresamente previstos en las normas jurídicas. La congruencia es la utilización del medio adecuado e

idóneo que menos perjudique a la persona y a la sociedad. La oportunidad consiste en que dichos funcionarios deben actuar inmediatamente, con su mejor decisión, rapidez y eficacia cuando la vida u otro bien jurídico de alto valor estén en grave e inminente peligro y no haya más remedio que neutralizar con la fuerza o con las armas rápidamente al causante del mismo. Mientras que la proporcionalidad significa la delimitación en abstracto de la relación de adecuación entre medio y fin en las hipótesis imaginables de uso de fuerza y armas de fuego y la ponderación de bienes en cada caso concreto.

Respecto del uso de la fuerza, en la medida de lo posible, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurrirán a medios no violentos antes de utilizarla. Actuarán como respuesta a una conducta desarrollada por la persona a la que deben detener, someter y asegurar. En los casos conocidos por esta Comisión Nacional se observa que algunos de estos funcionarios la utilizan de manera ilegítima al realizar detenciones; en casos de flagrancia; en cumplimiento de órdenes de aprehensión, y cuando ponen a detenidos a disposición de las autoridades competentes, ya que causan lesiones a personas que no oponen resistencia a los actos de la autoridad, ya están sometidas y no intentan huir. En otros supuestos, cuando los detenidos están bajo su custodia, y sin que éstos alteren el orden o amenacen la seguridad o la integridad física de alguna persona, los golpean. Aunado a lo anterior, se advierte que a los agraviados no se les proporciona la atención médica que se requería en esos momentos".²

2.- DERECHOS QUE LE ASISTEN A UNA PERSONA DETENIDA POR LA PROBABLE COMISIÓN DE UN DELITO FEDERAL

Toda persona que es detenida, sometida o asegurada por la probable comisión de alguna conducta considerada como delictiva por la legislación penal vigente tiene, entre otros derechos, los siguientes:

² Visible en la página oficial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos www.cndh.gob.mx, en la sección de recomendaciones generales.

I. Se le hará saber la personas o personas que haya realizado la detención, el día, hora y lugar de la detención, así como, en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público, se asentará o agregará, en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o haya recibido al detenido;

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante;

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) No declarar si así lo desea, o en caso contrario a declarar asistido por su defensor;
- b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere nombrar defensor se le designará desde luego uno de oficio;
- c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la Averiguación;
- d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la Averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de Averiguación Previa;
- e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquella se lleve a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpa-do o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y
- f) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su liber-

tad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 del Código Federal de Procedimientos Penales. Para los efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes;

IV. Cuando el detenido perteneciere a un pueblo o comunidad indígena o fuere extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el español, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Tratándose de indígenas, el traductor y el defensor que deberán asistirle, deberán tener además conocimiento de su lengua y cultura. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

Además de las antes mencionadas, se impone la obligación a los agentes que llevan a cabo la detención de una persona por la probable comisión de un delito, para que la pongan "SIN DEMORA" a disposición del Agente del Ministerio Público, la cual se encuentra prevista por el Párrafo Cuarto, del artículo 16 de la Carta Magna que señala: *"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"*, es decir, el gobernado que es detenido por la probable comisión de un delito, tiene el inalienable derecho de ser puesto a disposición del Agente del Ministerio Público, de manera inmediata, sin que exista justificación alguna que permita lo contrario, salvo los trámites inherentes que originen su puesta a disposición.

Además de que toda persona relacionada con un hecho delictivo, no está obligada a probar la licitud de su conducta, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del indiciado, sin que exista justificación legal alguna que avale o justifique la ilegal actuación de algún agente aprehensor, pues tienen la obligación de hacer la presentación de algún indiciado o indiciados, de manera inmediata ante la Representación Social, salvaguardando su integridad física, sin presionarlos ni coaccionarlos.

3.- CONCEPCIONES DEL TÉRMINO "SIN DEMORA" O "INMEDIATAMENTE"

EL Diccionario Jurídico Lex Jurídica, define el término DEMORA: *"Retraso en el cumplimiento de una obligación"*.³

Asimismo, se entiende como MORA a: *"La dilación, retraso o tardanza en el cumplimiento de una obligación. Demora en la obligación exigible. Más estrictamente, esa misma dilación cuando es culpable o se refiere a cantidad de dinero líquida y vencida"*.

Conforme a las anteriores concepciones, para el caso de que una persona sea detenida en la comisión flagrante de un delito, esto es, cuando el sujeto activo es sorprendido en el momento en que se está cometiendo el ilícito, o en los inmediatamente posteriores al de la ejecución y más, en aquellos instantes en los que el infractor es perseguido, el Constituyente no exigió que, previamente a esa detención, se girara orden de aprehensión, sino que, como se desprende del párrafo cuarto del artículo 16 constitucional, cualquier persona puede detenerlo, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Por ende, los agentes de las diferentes corporaciones policíacas, en los tres niveles de gobierno, cuando éstos lleven a cabo la detención de una persona, tienen la ineludible obligación de poner a disposición al probable responsable, de manera inmediata o sin de-

³ Diccionario Jurídico Lex Jurídica. Madrid y Alicante. Sitio en internet: www.lexjuridica.com.

mora alguna, ante el Agente del Ministerio Público que corresponda, sin que exista excusa alguna para prolongar su presentación por tiempo indefinido, ni que la misma esté sujeta a la disponibilidad de los servidores públicos que llevaron a cabo la detención del probable o a la presencia o disponibilidad del Representante Social que deba recibirlo, ya que de no hacerlo, se estarían violando de manera grave los derechos naturales del hombre, y como consecuencia, sus garantías individuales.

La anterior consideración, más que tratarse del cumplimiento irrestricto de una garantía individual, representa en sí uno de los más grandes cuestionamientos y reclamos sociales en materia de procuración y administración de justicia, no sólo en el Estado de Durango, sino en el territorio nacional, esto es, las conductas lesivas y vejaciones cometidas cotidianamente por las autoridades investigadoras de hechos delictivos, entre ellas, la práctica ancestral de la tortura y la retención ilegal, realizadas con el propósito de obtener un lucro indebido, con la consecuente promesa de ejercer o dejar de cumplir con una obligación legal, lo que genera impunidad.

Lo que significa que, constitucionalmente, se prohíbe a las corporaciones policíacas prolongar, de manera desmedida, la puesta a disposición de una persona que fue detenida por la comisión flagrante de un delito, pues es un secreto a voces que generalmente dicha medida la ejercen para obtener mediante violencia física o moral, un lucro indebido, o bien, para lograr triunfos espectaculares en el ramo del derecho penal.

Sin embargo, es triste saber que no existe disposición legal alguna que fije un parámetro de tiempo para que los agentes de autoridad cumplan cabalmente con la disposición constitucional de poner a disposición de un detenido en la comisión flagrante de un delito "sin demora", para acabar en cierto modo, la vergonzosa corrupción que se vive día a día en la administración de justicia, principalmente por los agentes de seguridad pública.

Sirve de manera ilustrativa el criterio aislado número VII. P.96 P, sostenido por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sépti-

mo Circuito, Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IX, Febrero de 1999, página 507, cuyo rubro y texto son:

"FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL NO ESTABLECE QUE EL DETENIDO SEA PUESTO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE MANERA INSTANTÁNEA O INMEDIATA. *El artículo 16 constitucional no exige que en los casos de delito flagrante el detenido deba ser puesto a disposición del Ministerio Público de manera instantánea o inmediata, sino que ello se verifique sin demora, como ocurrió en el caso, tomando en cuenta la circunstancia de que dicha detención se efectuó a las cinco de la mañana y en el transcurso de esta misma fue puesto a disposición del titular de la acción penal*".

Por ello, no se puede precisar el lapso de tiempo en que los aprehensores tienen la obligación de remitir a una persona al Agente del Ministerio Público, sino que debe ser analizado cada caso en particular de manera consciente, analizando la forma en que ocurrieron los hechos, el lugar de la detención, las circunstancias especiales del caso (verbigracia si el detenido es menor, o con capacidades diferentes, o indígena, o requiere atención médica o especializada, etc), así como la distancia existente entre el lugar de la detención y la residencia del Agente del Ministerio Público, entre otros aspectos.

A tal conclusión, llegaron los magistrados integrantes del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Vigésimo Primer Circuito, siendo Magistrado Ponente Joaquín Dzib Núñez, al resolver por Unanimidad de votos Amparo en revisión 313/95, promovido por Ranulfo Lugo Ortega, el día 14 de septiembre de 1995, en donde señala: **"Cabe observar, que no es factible definir el término "inmediatamente" en minutos, horas o incluso días, porque en cada caso en particular debe apreciarse en conciencia, el tiempo en que ocurrieron los hechos, el lugar y las circunstancias del caso"**.

La fuente del comentario se encuentra en el criterio aislado número XXI. 1º.5 P, sostenido por el Primer Tribunal Colegiado en

Materia Penal del Vigésimo Primer Circuito, con número de registro 202,971, Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Marzo de 1996, página 946, cuyo rubro y texto son:

"FLAGRANTE DELITO. CONCEPTO DEL TERMINO "INMEDIATAMENTE", EN LA TERCERA HIPOTESIS PREVISTA POR EL ARTICULO 69 REFORMADO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO). El artículo 16 de la Constitución Federal dispone que 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. Por su parte, el precepto 69, vigente a partir del primero de abril de mil novecientos noventa y cinco, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero, establece que existe delito flagrante: a) cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el delito; b) cuando es detenida después de ejecutado pero es perseguida materialmente; o c) cuando es detenida inmediatamente después de haberlo cometido y alguien la señala y se encuentra en su poder el objeto del mismo o el instrumento con que aparezca cometido, o aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad. Ahora bien, el término inmediatamente, que se emplea en esta última hipótesis de la existencia de delito flagrante, debe entenderse, como el lapso de tiempo comprendido entre el momento de la ejecución del delito y el momento de la detención (cuando no aconteció persecución material); lapso de tiempo que debe ser continuo y breve, que casi no haga necesaria la investigación, ya que la cercanía en el tiempo entre el momento en el que se comete el ilícito y el momento en que ocurre la detención, permiten a cualquier persona presumir, en base al señalamiento y a los hechos que tiene a la vista, que la persona que se detiene es la culpable. En otras palabras, en esta hipótesis, así como en las otras dos, por la cercanía entre ambos momentos, primero se detiene a la persona que se presume culpable y posteriormente el Ministerio Público inicia la averiguación, una vez que ha sido puesta a su disposición la persona detenida; atento a

lo dispuesto por la segunda parte del segundo párrafo del citado artículo 69. Cabe observar, que no es factible definir el término "inmediatamente" en minutos, horas o incluso días, porque en cada caso en particular debe apreciarse en conciencia, el tiempo en que ocurrieron los hechos, el lugar y las circunstancias del caso."

Sin embargo, la experiencia nos dice que la falta de una disposición legal, que prevea los lineamientos y las reglas que deban seguirse para el cumplimiento cabal de la garantía constitucional a que se refiere el artículo 16, párrafo cuarto, implica una laguna legal que genera vicios de corrupción, arbitrariedad e impunidad en nuestro sistema jurídico, por lo que se hace necesaria la reglamentación respectiva.

4.- EXPERIENCIAS EN LA UNIDAD MIXTA DE ATENCIÓN AL NARCOMENUDEO (UMAN)

En el mes de mayo del 2007, fecha en la que fui adscrito a la Unidad Mixta de Atención al Narcomenudeo en la ciudad de Durango, Durango, con tristeza me percaté de que los agentes policíacos de los niveles de gobierno estatal y municipal, es decir, los agentes de la actual Dirección Estatal de Investigación y de la Dirección Municipal de Seguridad Pública, a todas luces violaban los derechos humanos y la garantía individual de seguridad jurídica en cuestión, pues existieron supuestos en los que las personas detenidas por la comisión flagrante de un delito eran puestas a disposición del Agente del Ministerio Público de la Federación hasta veintiséis horas posteriores a su detención.

Debe resaltarse que la ciudad de Durango no tiene una gran extensión demográfica, ni geográfica, en lo que a su zona urbana se refiere, por lo que no existe excusa alguna que sirva de base para justificar la falta de cuidado para llevar a cabo la presentación "sin demora" de los detenidos, pues tomando como base la sede de las dos instituciones policíacas antes mencionadas, y sin pecar de exageración, en una hora cuando máximo, se llega al lugar más apartado de la ciudad de Durango, incluyendo los poblados que pertenecen al Municipio.

Ante tal situación, previo al ejercicio de cualquier acción legal, en una plática informal con las correspondientes áreas jurídicas de la Dirección Estatal de Investigación y de la Dirección Municipal de Seguridad Pública del Estado de Durango, con residencia en la Ciudad Capital, se me informó que la legislación local les concedía hasta 24 horas para que una persona fuera puesta a disposición del Representante Social de la Federación, por lo que sentían una seguridad plena en el ilegal actuar de los agentes de las citadas corporaciones policíacas.

Por ello, esta Defensoría Pública Federal adscrita a la UMAN, procedió a presentar queja ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos a fin de atacar la indebida actuación de los órganos encargados de brindar seguridad pública; haciendo notar que la primera queja por violación a los derechos humanos, se realizó con la primera persona que se le brindó el servicio de Defensa Pública por parte del suscrito.

En el período comprendido entre el 1 de junio del 2006 y el 13 de marzo del 2008, se han presentado un total de 40 quejas ante la Comisión Estatal de los Derechos Humanos en el Estado de Durango, por violaciones a los Derechos Humanos por parte de los agentes policíacos de la Dirección Estatal de Investigación y de la Dirección Municipal de Seguridad Pública; al respecto, el citado órgano protector de los derechos humanos, ha emitido 33 recomendaciones dirigidas al Procurador General de Justicia del Estado de Durango y al Presidente Municipal de Durango; en 31 de ellas se determinó la violación a los derechos naturales por retención ilegal por los agentes policíacos.

Los resultados obtenidos por el gran número de recomendaciones favorables que se han obtenido han tenido el efecto que se esperaba, pues en la actualidad las personas que son detenidas por la comisión flagrante de un delito –y no sólo federal sino también del fuero común– son presentadas con mayor celeridad, pues existen puestas a disposición de tan sólo una hora de diferencia entre la detención y su canalización al Representante Social de la Federación, y ya las más de 24 horas, como anteriormente sucedía.

5.– EL TÉRMINO "RETENCIÓN ILEGAL"

Tomando como fuente las múltiples recomendaciones que ha emitido la Comisión Estatal de Derechos Humanos en el Estado de Durango, por retención ilegal, se entiende:

"A) 1. La acción u omisión por la que se mantiene reclusa a cualquier persona sin causa legal para ello o sin respetar los términos legales

2. Realizada por un servidor público.

B) 1. La demora injustificada de providencias judiciales en las que se ordene dejar en libertad a un detenido,

2. Realizada por un servidor público.

C) 1. La retención injustificada de una persona como presa, detenida, arrestada o interna en un establecimiento destinado a la ejecución de sanciones privativas de libertad; custodia; de rehabilitación de menores; de reclusorios preventivos o administrativos,

2. Sin que exista causa legal para ello,

3. Por parte de un servidor público".

Con estas disposiciones, es incuestionable que lo que se busca combatir es la constante práctica y la falta de ética profesional que aún existe ante las diferentes corporaciones policíacas, para acabar con todos esos vicios e irregularidades a las que se encontraban expuestas las personas que estuvieran involucradas en la comisión flagrante de un delito, pues la corriente actual que persigue el Derecho Penal radica básicamente en hacer patente el Principio de Presunción de Inocencia que al efecto nos concede el Código Supremo.

6.– CONCLUSIÓN

En ese contexto, resulta indispensable garantizar constitucionalmente que todo inculcado tiene el derecho de ser puesto a disposición del Agente del Ministerio Público de la Federación sin demora alguna, para evitar vicios de corrupción e impunidad durante esa etapa de investigación, medida que, sin duda, constituye uno de los instrumentos jurídicos más eficaces para poder combatir con eficiencia y eficacia a esas reprochables conductas, lo cual seguramente se

deberá reflejar positivamente en su incidencia, evitando que cada día más personas inocentes estén sujetas inicialmente a una detención arbitraria o a una averiguación previa amañada y, posteriormente, a un proceso penal injusto, con el viacrucis que éstos representan, no sólo a nivel personal, sino también por la afectación familiar que implica dada su trascendencia social y económica; situación que se agudiza en tratándose de personas de escasos recursos, los cuales debido a su precaria situación económica y en ocasiones debido a su grave atraso socio-cultural, o simplemente por temor a represalias, se ven impedidos o imposibilitados para exigir el cumplimiento cabal de sus derechos naturales y sus prerrogativas constitucionales; por ello, a fin de evitar este tipo de situaciones, es importante unificar criterios dentro del Instituto Federal de la Defensoría Pública, para atacar de manera conjunta este tipo de actos arbitrarios violatorios de los Derechos Humanos.

Captura de camarón u otra especie acuática en zona y época de veda. Adición a la fracción II del artículo 420 del Código Penal Federal

Francisco Leiva Martínez*

INTRODUCCIÓN

La inquietud de proponer que se adicione el artículo 420 fracción II del Código Penal Federal se debe a que su necesidad es evidente para todo mundo, pues el propio órgano persecutor e investigador de los delitos se lamenta de que el Código Penal Sustantivo señalado no establezca la excusa absolutoria cuando se trate de captura de camarón u otra especie acuática en zona y en época de veda para el estricto consumo doméstico del activo y sus dependientes económicos.

CONCEPTO DE EXCUSA ABSOLUTORIA

El jurista Rafael de Pina, en su obra titulada *Diccionario de Derecho*, define a la excusa absolutoria, en los siguientes términos:

"Excusa Absolutoria. Circunstancia cuya existencia, en relación con un determinado delito, exime de la pena al autor a quien personalmente beneficie, y que no constituye un obstáculo para la sanción de los coautores (si los hubiere) que no se encuentran amparados por la misma".

El *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de don Joaquín Escriche, Magistrado Honorario de la Audiencia de Madrid, nos define a la excusa, y su clasificación, de la siguiente manera:

* Defensor Público Federal.

EXCUSA. La causa o razón que uno alega para disculparse de alguna falta o delito que se le imputa. La palabra excusa presenta dos ideas muy diferentes. En un sentido puede uno excusarse para hacer ver que no es culpable; y en otro para ver que aunque sea culpable, lo es mucho menos de lo que parece. Pueden distinguirse dos especies de excusas: excusas perentorias las que perimen o extinguen la suposición de culpabilidad del acusado, justificándole de manera que no deba el juez vacilar en absolverle. Así que, sir viéndote acusado de un homicidio que acaba de cometerse, te confiesas efectivamente su autor, pero haces ver que no lo has cometido por rechazar los ataques de un asesino, por vengar el ultraje que te hacía en el honor un adúltero a quien sorprendiste en fragante, por salvar de las manos de un raptor a una mujer llevada por fuerza por librarte de un ladrón que te escalaba de noche la casa o se apoderaba violentamente de tus cosas, la prueba de la verdad de estos hechos extinguirá toda suposición de culpabilidad y formará una excusa perentoria que justifique y exima de toda pena; Leyes 2 y 5, tit. 8, part. 7; leyes 1 y 4, tit. 21, ley 1, tit. 28, lib. 12, nov. Rec. Estas excusas perentorias pueden también llamarse excusas justificativas.

Las excusas atenuantes no producen el mismo efecto: éstas solo sirven para disminuir la culpabilidad y sustraer al acusado de los rigores de la ley, pero no de toda especie de pena.

Son excusas atenuantes:

1º La buena fe

Como las penas no se han establecido si no contra los que son verdaderamente delincuentes, y no hay delito donde no hubo intención de cometerlo, la buena fe del acusado es una salvaguardia en su favor contra el rigor de la ley: *in maleficio voluntas spectatus, non citux*.

Mas aunque la buena fe, cuando está bien caracterizada o probada por el acusado, sea una excusa suficiente para sustraerle las penas impuestas por la ley y para satisfacer a la vindicta publica, no siempre le sustrae de la necesidad de resarcir los daños y perjuicios que su delito aunque simplemente material, puede haber ocasionado.

2° La ignorancia

Aunque se presume que nadie ignora lo que está prohibido por la ley, es preciso convenir que de hecho existe un gran numero de personas que están muy distantes de saber lo que prohíbe la ley civil. Así es que los jueces no pueden prescindir a veces de entrar en algún examen sobre este punto, y de usar más o menos indulgencia según la mayor o menor apariencia del que el acusado ignoraba o no ignoraba la ley, y según el mayor o menor enlace que la ley misma tiene, en las cosas que condena, con la ley natural que es la única sobre la cual no se puede alegar ignorancia escuchable.

3° La cólera

Cuando el hombre se halla en un arrebató de cólera, la moderación, la prudencia y la razón de abandonan; y no pudiendo ya sujetar sus sentidos ciegos e inflamados, comete en su pasión excesos de que apenas puede hacersele responsable. Mas para saber cuál es la consideración que se debe tener a la cólera, es necesario examinar el principio que la ha producido. Si el que ha sido objeto de ella la ha provocado sin razón, deben imputarse así mismo hasta cierto punto los efectos que han sido su consecuencia: mas si por el contrario nada tiene de que acusarse, el hombre colérico que se ha olvidado de sí mismo, no podrá encontrar excusa en el injusto furor a que se ha entregado. La presencia de una persona que no se renueva escenas de amargura y de dolor, suele ser una excusa de los transportes de indignación que puede ocasionarlos. ¿Cómo podrá un hijo ver al asesino de su padre sin experimentar movimientos de venganza difíciles de contener? Los jueces ilustrados deben tomar en cuenta todas estas consideraciones y otras muchas que sería largo recorrer, y hacerse cargo de que en semejantes casos son jueces de la humanidad, pudiendo decir cada uno: *homo sum, nihil humani a me alienum puto*.

4° La embriaguez

5° La violencia y el miedo

Siendo el delito una violación libre y voluntaria de la ley penal, no puede decirse que es delincuente quien lo comete forzado por

otro; pero como la violencia no se presume, es claro que debe probarse por quien la alega.

El miedo no es siempre una excusa tan atenuante como la violencia, a no ser que quien lo alega se haya encontrado en la cruel alternativa de cometer el crimen o de experimentar el trato riguroso con que se le amenazaba.

El temor de desagradar al marido, al padre, al amo, al jefe de quien uno depende, que induce muchas veces a hacer cosas de que se abstendría sin nada que hubiese que temer; y aunque este temor no sea en rigor un motivo para hacer una cosa injusta, no puede dudarse que debilita la razón y merece alguna indulgencia, cuando no se trata de aquellos delitos graves que nada puede excusar.

6° La debilidad de la edad

En la vida del hombre hay dos extremos que se tocan, el de la infancia y el de la decrepitud. Como la delincuencia o culpabilidad consiste en el abuso de nuestra razón e inteligencia, no es fácil determinar cuál es la edad en que el hombre puede comenzar a hacerse delincuente, y cuál es aquella en que ya es incapaz de serlo. La ley empero ha fijado una regla general para los primeros años de vida, considerando al hombre incapaz de delinquir durante la infancia y la edad próxima a la infancia, y moderándole las penas desde el principio de la edad próxima a la pubertad hasta los diecisiete años; y aunque no ha dado iguales reglas con respecto a los viejos, quiere, sin embargo, que no se les impongan penas tan severas como a los jóvenes: de modo que la flaqueza de la edad en cualquiera de sus dos extremos es siempre una excusa en materia de delitos.

LA FRAGILIDAD DEL SEXO

Las mujeres son más tímidas, más fáciles de persuadir, más débiles que los hombres, y rara vez prevén también como éstos las consecuencias de las diferentes acciones que cometen. Por eso se les tienen más consideraciones que a los hombres, y se les trata con más indulgencia en los casos que no son de más gravedad.

Hay además de los indicados, otros medios de excusa que pueden disminuir la gravedad de los delitos, y que deben influir por lo tanto en la disminución de las penas, que reciben el nombre de circunstancias.

Circunstancias. Los accidentes y particularidades de tiempo, lugar, modo, condición, estado y demás que acompañan algún hecho o dicho.- Las circunstancias suelen ser causa de que sean juzgados de diferentes maneras negocios de una misma naturaleza: *circunstancia magnam induqunt juris diversitate*. Esta regla tiene lugar en asuntos civiles y sobre todo en los criminales, en los que las circunstancias aumentan o disminuyen la gravedad de un delito, y por consiguiente la pena con que debe ser castigado el delincuente.

En materias criminales, tienen las circunstancias un papel muy esencial. La calidad del delito depende casi siempre de las circunstancias: las circunstancias son las que hacen decidir si la muerte de una persona es un asesinato o bien un simple homicidio ocasionado por una riña o por la necesidad de defender su vida atacada por un injusto agresor.

Una vez determinada la naturaleza del delito, cuando se trata de convencer al acusado, no se debe deducir esta convicción únicamente de las circunstancias: son necesarias pruebas; pero estas pruebas pueden a veces debilitarse mucho por las circunstancias que sepultan a su favor.

En los casos en que las penas se dejan hasta cierto punto al arbitrio de los jueces y en que no se trata si no de examinar la mayor o menor gravedad del delito, solamente las circunstancias pueden determinar la extensión del castigo. Para graduar la pena es necesario empezar por la graduación del delito, y para graduar el delito se hace indispensable pesar las circunstancias que lo agravan o disminuyen. Las circunstancias agravantes pueden referirse a los efectos del delito; al modo, medios y lugar de su perpetración; a la calidad de la persona ofendida; y a la persona del delincuente. Las circunstancias atenuantes pueden referirse a las causas impulsivas del delito; al estado de incapacidad física, intelectual, o moral del

delincuente; y a la conducta posterior de éste con respecto al delito y sus consecuencias.

El Código Penal del 9 de julio de 1822 fija las unas y las otras bajo estas bases; y aunque carece este cuerpo de autoridad legal en el día, pueden sin embargo tomarse aquellas en consideración según están redactadas por ser precisamente las mismas que por común designan los autores.

La obra *Lineamentos de Derecho Penal* nos habla de que en función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de las penas; constituyen el aspecto negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

Nuestro máximo órgano judicial en el país determina que son las excusas en la siguiente tesis jurisprudencial:

"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 inculpa desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es inculpa, pero no es sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad". T.J. 11/2002.

El Código Penal Federal vigente en su artículo 420 fracción II,

establece: Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente: Capture, transforme, acopie, transporte o dañe ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda.

Por su parte, la Ley de pesca, en su artículo 1° establece que la misma es de orden público, reglamentaria del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en lo relativo a los recursos naturales que constituyen la flora y la fauna cuyo medio de vida total, parcial o temporal, sea el agua. Tiene por objeto garantizar la conservación, preservación y el aprovechamiento racional de los recursos pesqueros y establecer las bases para su adecuado fomento y administración.

En su artículo 3° fracción VI, establece fijar los métodos y medidas para la conservación de los recursos pesqueros y la repoblación de las áreas de pesca; regular la creación de áreas de refugio, para proteger las especies acuáticas que así lo requieran, así como establecer las épocas y zonas de veda.

Mientras el artículo 4° establece que para realizar las actividades de captura, extracción y cultivo de los recursos que regula la presente ley se requiere concesión, permiso o autorización según corresponda, excepto para la pesca de consumo doméstico que efectúan los residentes en las riberas y en las costas.

Y el reglamento de la Ley de pesca determina:

Artículo 24.— La Secretaría establecerá las épocas y zonas de veda para la flora y fauna acuáticas.

Al establecerse una veda, se precisará su carácter temporal y permanente, así como la denominación común y científica de las especies vedadas y las demás condiciones que la Secretaría juzgue necesarias para su protección, de conformidad con la ley y demás disposiciones aplicables.

Artículo 25.— Las especies declaradas en veda no podrán ser objeto de pesca a excepción de los volúmenes que se autorizan para el abasto de la producción acuícola y para el fomento pesquero con fines científicos o de investigación.

El artículo 29 establece que pesca es el acto de extraer, capturar, recolectar o cultivar, por cualquier procedimiento especies biológicas o elementos biogénicos, cuyo medio de vida total, parcial o temporal sea el agua, así como los actos previos o posteriores relacionados con ellas.

Artículo 30.— Las actividades pesqueras se clasifican en:

I. Captura o extracción con fines de: a) Pesca comercia, b) Pesca de fomento, c) Pesca didáctica, d) Pesca deportivo-recreativa y e) **Pesca de consumo domestico.**

Artículo 98.— La pesca de consumo domestico, es la captura y extracción que se efectúa sin propósito de lucro y con el único objeto de obtener alimento para quien la realice y sus dependientes, por tanto no podrá ser objeto de comercialización.

Artículo 99.— La pesca de consumo domestico que efectúan los residentes en las riberas y en las costas no requiere concesión, permiso o autorización, pero el interesado, deberá respetar las vedas y normas que la Secretaría señale.

Ahora bien, de las definiciones de la excusa absolutoria y de lo establecido por el Código Penal Federal, Ley de Pesca y su reglamento, se desprende que sus elementos son:

a) Que el sujeto activo habite en la ribera o costa; b) Que la conducta acreditada sea de captura; c) Que la conducta recaiga sobre camarón u otra especie acuática; y d) Que la conducta se ejecute en zona y tiempo de veda y haya tenido por finalidad exclusiva el estricto consumo doméstico del indiciado y dependientes económicos.

ANÁLISIS DE CADA UNO DE LOS ELEMENTOS SEÑALADOS

1. El primer elemento integral del ilícito se acredita principalmente con constancias del juez auxiliar y presidente del Comisariado ejidal y con prueba testimonial. 2. Respecto al segundo elemento, se acredita con el acta levantada por los inspectores y confesión calificada del activo. 3. El tercer elemento indicado se justifica con el dictamen del crustáceo y la fe ministerial. 4. Y el cuarto elemento, que

resulta el más relevante, se demuestra con la declaración del indiciado, el lugar y hora de su detención, prueba testimonial y estudio socioeconómico.

El penalista Francisco González de la Vega, en su libro *Derecho Penal Mexicano*, en el tema "Excluyente Estado de Necesidad", nos dice que existe un caso típico incluido dentro de esta excluyente, o sea, el robo por hambre, que la mayoría de los códigos reglamenta en forma destacada, sobre todo en los regímenes capitalistas, para no considerarlo como absolutamente lícito. En el Código Penal anterior figuraba como excluyente (Art. 45, fracción VII) la indigencia para el que sin emplear engaños ni medios violentos, se apoderaba una sola vez del alimento estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares y alimentación del momento. El legislador del Código vigente consideró que este caso especial, al que los penalistas llaman "hurto necesario", no ofrece ese carácter de generalidad para todos los delitos que presentan nuestras excepciones de inimputabilidad, por lo mismo, cabe como un caso especial dentro del delito de robo, y así lo puso en el artículo 379, modificando el texto relativo, pues como se encontraba en el código de 29, sólo cambia por alimentos, habiendo tenido que condenarse en muchos casos al que, medio desnudo, expuesto a morir de frío, se apoderaba de mantas para abrigarse, lo cual era inhumano pues no sólo el hambre impulsa al estado de necesidad, sino también la miseria, el frío y la dificultad de ganar sustento propio o el de los miembros de la familia. Esta modalidad de nuestro código es de las más avanzadas, pues sólo el Código Ruso y los de Friburgo y los Grisones la tienen.

En segundo lugar, el precepto que reglamenta el "robo de indigente", como lo llama Francisco Argüello, limita la justificación a una sola vez. Desgraciadamente –agregamos nosotros– la realidad de los hechos desmiente el optimismo del legislador, pues es inevitable que el estado de hambre o el de necesidad, manifestaciones de instinto de conservación, se remedien en muchos casos con el apoderamiento singular de los elementos estrictamente indispensables.

¿Qué razón existe, si se repiten las condiciones de verdadera necesidad, para no justificar un segundo o tercer robo? Afortunadamente, no obstante la literalidad del presente que comentamos –que parece dar una contestación negativa a la justificación de la reincidencia del indigente–, la solución puede encontrarse en la redacción de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, dentro de cuyos amplísimos términos caben todos los casos de necesidad.

Por supuesto, la excluyente por indigencia no amparará aquellos casos en que el agente finja necesidad para justificar su vagancia o mal vivencia habituales.

Luego entonces, los conceptos anteriores de excusa y sus elementos, nos permiten desarrollar un estudio sobre el tema mismo, como aquella figura dentro del código punitivo federal cuya aplicación a favor de una persona le exime de pena de prisión por el ilícito cometido.

Esta figura de la excusa cumple sus funciones como cualquier otra del orden jurídico, para ello fue incorporada en los instrumentos legales, pero se encuentra supeditada a ciertos requisitos específicos para su adecuación y validez, los cuales obviamente varían de acuerdo a la conducta normada por la legislación que la contemple, como sucede con las excusas previstas en el Código Penal Federal en lo referente a los narcóticos, bastantes para eximir la pena al fármacodependiente al que se encuentre en posesión de alguna droga necesaria para satisfacer su adicción, o al delito de robo cometido "por necesidad", verbigracia cuando una persona sustrae o roba el alimento suficiente para afrontar su hambre, sólo por citar unos casos, pues sería realmente absurdo, además de innecesario, imponer una sanción penal a quienes con su actuar procuran su subsistencia o satisfacer ciertas necesidades, como ya se estableció.

Es evidente entonces que el fin esencial de las excusas está dirigido a garantizar algunos derechos del ser humano (bienes jurídicos), congruentes con el sistema de derecho positivo vigente, así como a los diferentes entornos sociales y geográficos –incluidas las condiciones económicas, culturales, etc.– donde tiene aplicación la norma, en este particular, todo el territorio nacional, al tratarse del Código Penal Federal,

de aplicación en toda la República en materia Federal.

Por otra parte, también es importante referir que el bien jurídico tutelado representa los valores, los intereses o derechos de las personas físicas o morales protegidos por la norma penal mediante la sanción correspondiente, según lo definió César Augusto Osorio y Nieto en su obra titulada *Delitos Federales*.

En virtud del tema a tratar, el bien protegido por el Estado para los delitos relativos a la gestión ambiental mediante la aplicación de la sanción correspondiente, será la protección de la flora, fauna y ecosistemas existentes en el Territorio Nacional.

Por su parte, la fracción II del artículo 420 del citado Código sustantivo Penal Federal, refiere conductas como capturar o transportar especies acuáticas declaradas en veda; sin embargo, qué sucede cuando únicamente se realizan sobre lo necesario para subsistir y por primera vez, como el caso de una persona "padre de familia" cuyas condiciones de vida le impiden obtener ingresos económicos básicos para sostener a su cónyuge e hijos; ante esa situación, al tener los medios naturales a su alcance, seguramente se dirigirá al estero mas cercano para hacerse del camarón suficiente con el cual dar a comer a su familia, sin preocuparse siquiera de la veda imperante en ese momento, pues en ocasiones la ignoran, ya que la autoridad correspondiente es ajena a campañas de difusión sobre dichas prohibiciones ambientales, o si una persona compra un poco de producto acuático señalado y al trasladarse de la playa a una pequeña población urbana para llevarlo a su casa se le detiene, lo podrían procesar y castigar por transporte, pero también se le debería eximir de la pena si concurren las circunstancias anteriores y ser la primera vez detenido por esa razón.

En el mismo sentido, nuestro máximo órgano judicial en el país en las siguientes tesis jurisprudenciales, establece:

ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que impone el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. III, p. 78. A. D. 4050/56, Ricardo López Hernández. Unanimidad de 4 votos.- Vol. XXIV, p. 50. A. D. 1866/57, José María Mejorano Morales. Unanimidad de 4 votos.- Vol. XXV, p. 51. A. D. 2758/59, Pedro Hernández, Vicente, 5 votos.- Vol. XXVII, p. 49 A. D. 3685/58, José Gonzalo Chan Rosado y coags. Unanimidad de 4 votos.- Vol. XLI, p. 31. A. D. 5613/60, Segundo Moreno Islas. Unanimidad de 4 votos.

ESTADO DE NECESIDAD, JUSTIFICANTE. La responsabilidad de la quejosa se halla excluida en la especie en función de la justificante por estado de necesidad a que se contrae una parte de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, se demuestra en autos que la acusada es una persona de edad avanzada, de escasísimos recursos económicos, que su sostén es un hijo vicioso y que al efectuar el trueque de la marihuana no lo motivó ningún afán de lucro, sino la urgencia de alimentos. Por otra parte, está evidenciado que precisamente a cambio de la yerba recibió pan duro y tortillas duras para atender a sus apremiantes necesidades alimenticias, por lo cual se impone la concesión del amparo.

Sexta Época, Segunda Parte: Vol. LIII, p. 27. A. D. 2793/61, María Isabel Silva González, 5 votos.

OPINIÓN PARTICULAR

Entonces, si la excusa a que nos referimos opera a favor de cualquier persona, sin importar su situación económica, preparación, lugar donde habitan, con mayor razón a las personas que habitan en las riberas o en las costas, que debido a su situación económica y estado de necesidad se atreven capturar el camarón necesario para satisfacer el hambre por un día tanto del activo como de sus dependientes, pero no sucede eso, sino que al momento de pescar el camarón o recién capturado arriba la policía los detiene a veces con un kilogramo de dicho crustáceo y los pone a disposición del Ministerio Público de la Federación, autoridad que se encuentra obligada fijar una garantía para que puedan gozar de su libertad provisional bajo caución, y en el caso de que no se otorgue, no hay otra alter-

nativa que consignarse ante la autoridad jurisdiccional, juez ante el cual corre la misma fortuna, relativo que no se exhibe la garantía para obtener dicha libertad, toda vez que su situación económica sigue siendo la misma o tal vez peor, porque el poco dinero con el que se contaba ya se gastó en el traslado que hizo el familiar hasta la ciudad donde reside el juzgado; y ante esa situación desesperante, la persona que se enteró a grandes rasgos de la situación, se pregunta por que lo injusto del juez, sin saber que tal problema lo originó el legislador al omitir establecer la eximente de responsabilidad penal para el caso de que la acción de captura de camarón u otra especie acuática se destine para el único consumo doméstico del activo y sus dependientes económicos; es por ello que se propone la siguiente:

ADICIÓN.— El artículo 420 fracción II del Código Penal Federal debe quedar como sigue: Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente: Capture, transforme, acopie, transporte o dañe ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda, excepto a quien posea para su estricto consumo personal y de sus dependientes económicos camarón u otra especie acuática para satisfacer el hambre por un día y especialmente las personas que habitan en las riberas o costas.

BIBLIOGRAFÍA

- Fernando Castellanos: *Lineamientos esenciales de Derecho Penal*.
- Rafael de Pina: *Diccionario de Derecho*.
- Don Joaquín Escriche, Magistrado Honorario de la Audiencia de Madrid: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*.
- Francisco González de la Vega: *Derecho Penal Mexicano*.
- Marco Antonio Díaz de León: *Código Federal de Procedimientos Penales*.
- *Código Penal Federal*.
- *Ley de Pesca*.

La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo

*Enrique Lescrenier Landa**

La palabra *suspender* encuentra sus orígenes en el verbo latino "*suspendere*" que significa detener o diferir por algún tiempo, gramaticalmente significa un acto por virtud del cual se detiene temporalmente una acción u obra.

Cabe, en primer término, aclarar que los actos reclamados no son susceptibles de suspensión, lo que se suspende son sus efectos, su materialización, sus consecuencias. No es posible pretender, por medio de una demanda de amparo, impedir la actuación de las autoridades; una vez que las mismas actúan, puede solicitarse que sus efectos no se ejecuten, por lo tanto, se solicita la suspensión de los efectos, consecuencias o ejecución de los actos reclamados, y no de los actos en sí mismos; no es posible requerir a un juez que se abstenga de dictar sentencia, sólo es posible requerirle que no la ejecute.

Es indispensable atender a las opiniones de los diversos tratadistas de la materia, toda vez que ni la ley suprema, ni la ley de amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, ni la jurisprudencia, definen a la suspensión de los actos reclamados, estableciendo solamente la forma, requisitos y aspectos de procedencia.

En este sentido, el doctor Ignacio Burgoa, señala que la suspensión es un proveído judicial (auto o resolución que concede la sus-

* Jefe de Departamento.

pensión de plano u oficiosa, provisional o definitiva) creadora de una situación de paralización o cesación, temporalmente limitada, de un acto reclamado de carácter positivo, consistente en impedir a lo futuro el comienzo o iniciación, desarrollo o consecuencia de dicho acto, a partir de la mencionada paralización o cesación, sin que se invaliden los estados o hechos anteriores a ésta y que el propio acto hubiese provocado.

Por lo tanto, es indudable que la suspensión de los actos reclamados constituye una providencia cautelar, por cuanto que significa una apreciación preliminar de la existencia de un derecho, con el objeto de anticipar provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva y por este motivo, no sólo tiene eficacia puramente conservativa, sino que también puede asumir el carácter de una providencia constitutiva o parcial y provisionalmente restitutoria, cuando tales efectos sean necesarios para conservar la materia del litigio e impedir perjuicios irreparables a los interesados.

Existen supuestos en la ley de amparo, que al generarse, deben producir efectos restitutorios, como es el caso del señalado en el párrafo segundo del artículo 139 de la ley de amparo, que indica: "El auto en que se niegue la suspensión definitiva deja expedita la jurisdicción de la autoridad responsable para la ejecución del acto reclamado, aun cuando se interponga el recurso de revisión; pero si el Tribunal Colegiado de Circuito que conozca del recurso revocare la resolución y concediere la suspensión, los efectos de ésta se retrotraerán a la fecha en que fue notificada la suspensión provisional, o lo resuelto respecto a la definitiva, siempre que la naturaleza del acto lo permita".

La suspensión otorgada en revisión sí tiene efectos restitutorios y se condiciona únicamente a que la naturaleza del acto permita dicha restitución. Existen en la ley de amparo otros supuestos, que de generarse deberían tener, también, tales efectos, ya que de otra manera no tendrá objeto su concesión y son los casos siguientes:

El previsto en el artículo 140 de la ley de la materia, al prever que mientras no se pronuncie sentencia ejecutoriada en el juicio de

amparo, el juez de Distrito puede modificar o revocar el auto en que se haya concedido o negado la suspensión, cuando ocurra un hecho superveniente que le sirva de fundamento.

Por analogía, debería adoptarse, en el caso concreto, el efecto establecido en el artículo 140 de la ley de la materia, con el objeto de restituir las cosas en el estado en que se encontraban, hasta antes de ejecutarse el acto. Caso semejante es el previsto en el párrafo penúltimo del artículo 136 de la Ley; mismo que establece que: "Las partes podrán objetar en cualquier momento el contenido del informe previo. En los casos previstos por el artículo 204 de esta ley, se considerará hecho superveniente la demostración de la falsedad del contenido del informe y el juez podrá modificar o revocar la interlocutoria en que hubiese concedido o negado la suspensión".

Para Soto Gordo y Liévana Palma, la naturaleza de la suspensión no viene a ser sino una medida precautoria que la parte quejosa solicita, con el objeto de que los daños y perjuicios que pudiera causarle la ejecución del acto reclamado no se realice.

El estudio de las medidas cautelares no es aplicable totalmente a dicha suspensión, porque aun cuando se dirigen a la protección del individuo, bien sea en sus intereses jurídicos o económicos, aunque haya coincidencia entre la teoría que apoya las medidas cautelares del proceso civil y la medida especial, también cautelar, que significa la suspensión del acto de autoridad, la divergencia es manifiesta en lo que respecta al autor del daño o del perjuicio; en este aspecto no puede aplicarse a la teoría cautelar del derecho común, sino que es preciso elaborar una apoyada en el derecho público, que es el que regula la actividad de las autoridades en el ejercicio de su imperio. Sí hay analogía entre los casos de una medida precautoria propiamente dicha, regida por el derecho común y la medida suspensiva del acto reclamado en el juicio de amparo, porque en una y en otra se evita un daño o perjuicio inminente, pero el alcance y fundamento de una y otra es distinto, pues en el primero se limita a proteger al particular en sus derechos jurídicos y económicos, sin que la sociedad pueda ser afectada y en el caso de

la suspensión, tiene una protección mas amplia, porque comprende todos los derechos de las persona bien sea física o jurídica que protegen las garantías individuales.

Alfonso Noriega, después de describir y explicar su teoría, llega a la conclusión de que: "[...] Se puede afirmar que la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo es una providencia cautelar o precautoria, porque tiene, precisamente, los caracteres conceptuales inherentes a ésta; su propia naturaleza es una medida provisoria, limitada en su duración hasta que se dicta la resolución definitiva en el amparo y se resuelve sobre la constitucionalidad del acto reclamado, por una parte, y por otra, se justifica como una medida de urgencia para prevenir el periculum in mora, y, por último, tiene un carácter eminentemente conservativo, aun cuando en algunos casos anticipa en parte los efectos de la sentencia principal".

En relación con la citada Teoría, Ignacio Burgoa afirma que: "Se suele adscribir a la suspensión del acto reclamado, el carácter de providencia o medida cautelar. Esta consideración es correcta, si se toma en cuenta que dicho fenómeno o situación procesal conserva la materia del amparo, impidiendo que el acto de autoridad impugnado en la vía constitucional, se ejecute o produzca sus efectos con consecuencias en detrimento del quejoso, mientras se resuelve ejecutoriamente el juicio de garantías".

Además, la suspensión no es una "providencia constitutiva" sino mantenedora o conservadora de una situación ya existente, evitando que se altere con la ejecución de los actos reclamados o por sus efectos o consecuencias. En otras palabras, la suspensión dentro del amparo, no crea intereses o derechos jurídicos sustantivos a favor del quejoso, sino que los preserva únicamente, en cuanto a que no se afecten por dicha ejecución, efectos o consecuencias, preservación que imparte, independientemente de que los actos impugnados sean o no inconstitucionales y mientras no se resuelva o se finalice ejecutoriamente el juicio de garantías. Tampoco la suspensión es una providencia "parcial o provisionalmente restitutoria". Dicho en otros términos, la suspensión no opera frente a actos consumados.

El juicio de amparo constituye en nuestro país el medio esencial de control constitucional y de protección en general de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es el medio más perfecto para salvaguardar los derechos y libertades del individuo frente al eventual actuar ilícito o extralimitado de cualquier autoridad.

Esta institución se ha ido perfeccionando desde su incorporación en la Constitución Yucateca hasta nuestros días, sin cambiar los principios esenciales incorporados desde su gestación; sin embargo, se ha ido adaptando a los requerimientos que nuestro México ha determinado, merced a su crecimiento demográfico, económico y social.

El juicio de amparo es una herencia que recibimos las nuevas generaciones de los grandes juristas que ha dado nuestra patria y nos corresponde a nosotros adentrarnos en su estudio, conservar sus principios esenciales, proponer ideas nuevas para perfeccionarlo, ajustarlo y adecuarlo a las exigencias de una sociedad moderna y extraordinariamente cambiante; corresponde a nosotros emprender los esfuerzos necesarios para lograr que siga cumpliendo su teleología.

La función administrativa y su ejercicio han tenido históricamente un papel preponderante en las últimas décadas, hemos asistido a un enorme y acelerado crecimiento de nuestra sociedad en general, que demanda todo tipo de servicios del gobierno, determinando un crecimiento extraordinario de la Administración Pública, propiciando también la preponderancia del ejercicio administrativo y la ratificación de su fortaleza, hemos visto crecer sus atribuciones, funciones, facultades y competencia; por lo que la legislación en este ámbito resulta ineficaz.

Son insuficientes los sistemas procesales con que cuentan los gobernados, en sus relaciones con la administración para asegurar la protección de sus derechos subjetivos públicos y la suspensión de los actos reclamados no cumplen plenamente con sus fines.

Es necesario, por todo esto, revisar a fondo todo lo relativo al ejercicio de la función administrativa, a sus facultades y competen-

cia; es necesario también relacionar este ejercicio con nuestro juicio de amparo, para evitar que en este ámbito pierda su eficacia; y finalmente, es urgente revisar y perfeccionar la suspensión de los actos reclamados en el amparo, adecuando esta institución a la realidad social.

La suspensión del acto reclamado está actualmente regulada por los artículos 122 al 144 de la Ley de Amparo, supuestos que rigen para todas las materias, tal es el caso de la suspensión en materia penal, cuando se solicita en contra de orden de aprehensión librada por su presunta responsabilidad en la comisión de algún delito grave, se concede para efectos de que quede a disposición del Juez de Distrito, por lo que respecta a su libertad y ordena al quejoso que se recluya en el lugar que determine la autoridad responsable.

EFFECTOS DE LA SUSPENSIÓN CONTRA UNA ORDEN DE APREHENSIÓN QUE NO HA SIDO EJECUTADA

La hipótesis en la cual se solicita la suspensión contra una orden de aprehensión, cuando ésta aún no ha sido ejecutada y que, en consecuencia, el quejoso se encuentra gozando de su libertad, supone dos casos a saber:

1. Que el delito que se le impute al agraviado no sea de los considerados como graves y que, por lo tanto, alcance el beneficio de la libertad provisional bajo caución, ello con base en la fracción I del artículo 20 constitucional, así como en la legislación secundaria, federal o local, aplicable al caso.

En tal supuesto: "se concede la suspensión para que el quejoso no sea privado de su libertad y quede a disposición del juez de amparo por lo que toca a su libertad personal y a la del juez de su causa para los efectos de la continuación del procedimiento penal, con la obligación de presentarse ante el juez de su causa y la de otorgar caución que fije el juez de distrito".

2. Que el delito sea de los catalogados como graves y que, por ello, no se le pueda otorgar al gobernado el beneficio de la libertad provisional bajo caución. "Se concede la suspensión para el efecto de que una vez aprehendido, quede a disposición del juzgado de

distrito en el lugar en que sea recluso únicamente por lo que se refiere a su libertad personal y a la del juez de su causa para la continuación del procedimiento penal..."

EFFECTOS DE LA SUSPENSIÓN CONTRA UNA ORDEN DE APREHENSIÓN QUE YA FUE EJECUTADA

Por su parte, esta hipótesis supone que el quejoso ya se encuentra privado de su libertad. Encontramos también dos casos, dependiendo de que, con base en el delito que se le atribuye, sea factible otorgarle o negarle la libertad caucional, en los términos de la fracción I del apartado "A" del artículo 20 constitucional.

En el primer caso, tratándose de delito no grave, se concede la suspensión para que el quejoso quede a disposición del juez de distrito en el lugar en que se encuentre recluso, en cuanto a su persona y libertad, y a la del juez de su causa por lo que hace a la continuación del procedimiento. El juez de amparo puede concederle la libertad provisional en el incidente de suspensión, siempre y cuando no la haya solicitado, o bien cuando, teniendo derecho, le haya sido negada.

En el segundo, que se refiere a delito grave: "se concede la suspensión para que el quejoso quede a disposición del juzgado de distrito en el lugar en que se encuentra detenido, en cuanto a su persona y libertad, y a la del juez del proceso por lo que hace a la continuación del procedimiento..."

La suspensión concedida contra los efectos de una orden de aprehensión no supone necesariamente la libertad del quejoso. Esto sólo es posible, según se explicó, en el caso en que haya sido girada por delito no grave, y que la misma aún no se encuentre ejecutada, pues la suspensión evita dicha ejecución, o bien que ya se hubiese detenido al agraviado, en donde la libertad, más que por efecto de la suspensión, lo es por el motivo de que se le otorgue el beneficio previsto en la fracción I del artículo 20 constitucional.

En cambio, tratándose de delitos de los enumerados por la legislación federal o local aplicable como graves, la suspensión no trae como consecuencia la libertad real del gobernado, sino exclusi-

vamente que quede a disposición del juez federal en cuanto a ésta en el lugar en que se le recluya o ya esté detenido.

Con base en lo anterior, es de concluirse que son desacertadas las críticas de censura hacia la suspensión contra los efectos de una orden de aprehensión. Es incorrecta la afirmación de que con ella se impida la detención del probable responsable y que, por lo tanto, evite el que se procesado. En consecuencia, resulta fuera de razón el calificativo de que sea un instrumento favorable para la delincuencia ni que represente un fenómeno ominoso para la impartición de justicia en nuestro país.

Esto se acentúa aún más cuando, según el artículo 136 de la Ley de Amparo, se establece que con el otorgamiento de la suspensión, independientemente del delito y de que esté o no ejecutada la orden de aprehensión, el efecto es que el quejoso quede, en cuanto a su libertad, a disposición del juez de amparo, pero siempre a la del de su causa en cuanto a la continuación del procedimiento. Se buscará no entorpecer y que continúe éste. Inclusive es común, en la práctica, que con el otorgamiento suspensivo, se establezca como requisito para su efectividad el comparecer ante el juez del proceso penal respectivo.

Debe aclararse que esto último ha provocado que existan quienes sostengan que la suspensión, en estricto sentido, no representa en muchos casos reales beneficios para el quejoso, al no suspender propiamente el acto reclamado.

Como opinión personal, dada la naturaleza del acto que se combate, en el cual se pone en juego uno de los derechos mas preciados del gobernado, como es la libertad, el Juez de Distrito, dentro del incidente de suspensión, podría analizar el acto de autoridad a la luz de lo establecido por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quizá adelantándose a lo que tuviera que resolverse de fondo en la sentencia del expediente principal, etapa a la cual no se llegaría de advertirse la inconstitucionalidad del acto, otorgándose en ese momento el amparo y protección de la justicia federal, obligando a la responsable a que dejara sin efectos

su acto y emitiera uno nuevo fundando y motivando correctamente su proceder.

En cuanto a la materia administrativa de aplicación de estricto derecho, la suspensión en el amparo no procede respecto de actos consumados, como podrían ser las clausuras ejecutadas, cuya constitucionalidad sería materia de la sentencia de fondo, existe una excepción cuando el juez de Distrito, previo al estudio de la procedencia de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, la primera se basa en un conocimiento superficial del asunto dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado; y el segundo, sustentado en la posible frustración de los derechos del solicitante de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo, advierte que se actualizan los supuestos previstos por el artículo 124 de la Ley de Amparo, que sea solicitada por el quejoso, no se contravengan disposiciones de orden público o se afecte el interés social, y que de consumarse los actos reclamados sean de difícil reparación, acorde a lo sustentado por el siguiente criterio jurisprudencial:

Registro No. 172664, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, Página: 1626, Tesis: I.15o.A. J/3, Jurisprudencia, Materia(s): Común

Rubro: SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. EL EXAMEN DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY RELATIVA, ES PREVIO AL ESTUDIO DE LA PROCEDENCIA DE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA.

Texto: La suspensión de los actos reclamados es una providencia cautelar en el juicio de amparo, de carácter instrumental, para preservar la materia del propio juicio a efecto de evitar que se con-

sume de manera irreparable la violación de garantías alegada. De acuerdo con esa finalidad de la suspensión, el examen de su procedencia debe partir del análisis de la naturaleza del acto o actos reclamados, para arribar a la conclusión de si pueden ser o no paralizados, en razón de que bien puede suceder que carezcan de ejecución, por ser simplemente declarativos, o que habiendo revestido ejecución, ésta se haya consumado; hipótesis en las que la medida cautelar carecería de sentido, particularmente en esta última, en la que, ordinariamente, sólo el otorgamiento de la protección constitucional sería el que podría restituir la situación jurídica al estado en que se encontraba antes de la violación de garantías relativa y, eventualmente, la actualización de la figura de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora que, en conceptos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la primera se basa en un conocimiento superficial del asunto dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado; y el segundo, sustentado en la posible frustración de los derechos del solicitante de la medida, que puede darse como consecuencia de la tardanza en el dictado de la resolución de fondo. En esos términos, el estudio de la actualización de la apariencia del buen derecho y del peligro en la demora, precisan del análisis y satisfacción previa de los requisitos establecidos en el artículo 124 de la Ley de Amparo, pues ésta no puede concederse, aun ante la actualización de esa apariencia y peligro, cuando no se encuentran satisfechos tales requisitos legales, es decir, ante el evento de que no la solicitara el agraviado (fracción I), se contravinieran disposiciones de orden público o se afectara el interés social (fracción II), o no se causaran al agraviado daños de difícil reparación (fracción III); esto es, sería un contrasentido jurídico que se otorgara la medida cautelar, aun ante la apariencia del buen derecho y peligro en la demora, a quien no fuera el agraviado, cuando se actualizara una contravención a disposiciones de

orden público o se afectara a la sociedad, o cuando el daño que pudiera causarse al quejoso no fuera de difícil reparación, pues en cualquiera de estos casos el otorgamiento de la medida cautelar no encontraría justificación y pondría en peligro los intereses de la sociedad o de otros sujetos de derecho, desnaturalizándose de esta manera la institución de la suspensión, toda vez que la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora sólo puede justificar el otorgamiento de la medida cautelar en presencia de actos consumados, cuando se hayan satisfecho antes de un aparente buen derecho y peligro en la demora, los requisitos mínimos establecidos en el citado artículo 124.

DÉCIMO QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Queja 19/2006. Inmobiliaria Parque Cuauhtémoc, S.A. de C.V. 12 de junio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas.

Incidente de suspensión (revisión) 365/2006. Jorge Antonio Aboumrada Ayub y otros. 30 de agosto de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Edgar Genaro Cedillo Velázquez.

Incidente de suspensión (revisión) 367/2006. María Dolores Alonso Rebaque Rengel. 30 de agosto de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Ricardo Gallardo Vara.

Queja 36/2006. Casa Mallorca, S.A. de C.V. 4 de diciembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Edgar Genaro Cedillo Velázquez.

Incidente de suspensión (revisión) 514/2006. Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. 4 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 31/2007-PL, en el Tribunal Pleno.

Por lo tanto, de reunirse los supuestos del 124 ya señalados, y advertirse la existencia de la apariencia del buen derecho y el peli-


gro en la demora, el juzgador, de conformidad con la tesis de jurisprudencia señalada, estaría obligado a conceder la suspensión para efectos de que se mantuvieran las cosas en el estado en el que se encontraban, se mantuviera viva la materia del amparo y se resolviera sobre su constitucionalidad en la sentencia de fondo, que culminaría otorgando la protección de la justicia federal, únicamente hasta ese momento y en cumplimiento de la ejecutoria de amparo, se levantaría la clausura.

No obstante el resultado, el quejoso sufriría daños y perjuicios en su patrimonio, dejaría de obtener ganancias lícitas durante el tiempo que estuvo clausurado su negocio y que duró el trámite del juicio de amparo, que nadie le restituiría, por lo que en este caso, para evitar esa pérdida, propondría que la autoridad responsable exhibiera una garantía en el incidente de suspensión, a fin de que se indemnizara al quejoso afectado de declararse inconstitucional su acto en la sentencia dictada en el expediente principal, y por el contrario le sería devuelta de resultar constitucional el acto impugnado.

Otra solución al problema planteado sería que, una vez que causara ejecutoria la sentencia de amparo indirecto que declarara la inconstitucionalidad del acto reclamado, se abriera un incidente de pago de daños y perjuicios distinto del que actualmente contempla el artículo 129 de la Ley de Amparo, en el cual el quejoso pudiera exigir, de la autoridad responsable, le restitución de las ganancias lícitas que dejó de percibir durante el tiempo que estuvo clausurado su negocio, que vienen a traducirse un detrimento en su patrimonio.

CONCLUSIÓN

Como medida cautelar en el Juicio de Amparo, institución por excelencia protectora de las garantías del gobernado, y dada la naturaleza noble y protectora de la suspensión, es necesario adecuar el sistema procesal que la rige a la realidad social de nuestro país, a fin de que siga cumpliendo con su verdadero objetivo que es el suspender el acto de autoridad.



J usticia penal juvenil y derecho de menores

"Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres"
Pitágoras de Samos.

*Domingo Javier López Pérez**

La delincuencia juvenil ha sido tratada por diversos doctrinarios especializados en la materia precisamente por la ineficacia de los sistemas de justicia en materia de menores implementados en México.

Normativamente puede hablarse de dos cambios realmente importantes para el tratamiento de menores, la fundación de tribunales para menores realizada en el plano nacional entre 1920 y 1940 y la sustitución de éstos por los consejos tutelares en la década de los setenta.¹

En 1974, en México se dejó de contemplar en el derecho penal para adultos a los menores infractores y se buscó para ellos un nuevo sistema de justicia.

Surge así el sistema tutelar, en el cual el menor es considerado como objeto y no como sujeto de derecho, es decir, es considerado inimputable por el derecho penal, en el sentido de que no es capaz de comprender el hecho delictivo por su falta de desarrollo biopsicosocial y es sometido a un tratamiento de adaptación por parte del Estado.

* Oficial Administrativo.

¹ Azaola, Elena, *La institución correccional en México. Una mirada extraviada*. Siglo XXI editores, México, 1990, p. 46.

El sistema tutelar sustituye al sistema correccional prevaleciente hasta la derogación del artículo 119 del Código Penal Federal, que remitía a los menores de edad que cometían infracciones a las leyes penales a internados para su corrección educativa.²

Sin embargo, la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su artículo 2º establece la obligatoriedad para los estados de hacer realidad las normas contenidas en la misma y en cuyo artículo 3º establece el principio rector de un nuevo sistema de justicia para menores: "el interés superior del niño".

La Convención de los Derechos del Niño plantea un modelo de protección integral de los derechos de la niña y el niño y un sistema de responsabilidad penal juvenil basados en los conceptos del derecho penal de mínima intervención o sistema garantista de derecho penal.

Este sistema abarca solamente un grupo de la población juvenil y excluye a los mas pequeños, garantiza jurídicamente la imposición de cualquier sanción o medida socio-educativa u otra medida de cualquier tipo, reconoce a niños, niñas y adolescentes las garantías sustantivas procesales que le corresponden a los adultos en juicios criminales.

Un sistema de responsabilidad penal juvenil en un estado de derecho debe reconocer, al menos, las garantías sustantivas de culpabilidad, de legalidad, de reserva, de igualdad ante la ley, de lesividad y de humanidad, así como también las garantías procesales de contradicción, inviolabilidad de la defensa, de impugnabilidad, de legalidad del procedimiento y de publicidad del proceso; así como las garantías de ejecución de sanciones.³

Al ratificar México la convención citada en 1990, se incorporó al derecho interno del país, conformando de esta manera junto con la Constitución Federal, la cúspide del sistema normativo mexicano,

² López Betancourt, Eduardo. *imputabilidad y culpabilidad*. Ed. Porrúa, México. 1993. p. 17.

³ Pinto, Gimol. *Recepción de la Convención sobre los Derechos de la Niñez en el sistema normativo mexicano: diagnóstico jurídico y propuestas para su adecuación sustancial*. Serie de documentos de trabajo número 1. UNICEF, México, 2000.

atento al principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo que el 24 de diciembre de 1991 es publicada la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, la cual tiene como objetivo principal reglamentar la función del estado en la protección de los derechos de los menores y la adaptación social de aquellos que infraccionen las leyes penales federales.⁴

Así mismo, el 29 de mayo del 2000, México promulga la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; instrumento que junto con el otro constituyen un acercamiento a las bases del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil Latinoamericano, acorde a lo exigido por la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como Directrices de Riad.

Empero, aun y cuando estas leyes son un intento para satisfacer o adecuar el sistema normativo de menores a tratados o convenios internacionales, carecen de un verdadero cimiento jurídico en cuanto a justicia de menores, puesto que básicamente concentran todo el tratamiento de menores infractores en un solo poder, en el Ejecutivo, lo que obviamente repercute en la imparcialidad de las decisiones respecto a las medidas de tratamiento impuestas a éstos, aun y cuando se hable de una independencia entre las figuras jurídicas que integran el Consejo Tutelar.

En su caso, la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; si bien alude a Ministerios Públicos, Jueces y Defensores de Oficio especializados en su artículo 45, incisos E) y H), tampoco garantiza la independencia de estas tres figuras jurídicas porque siguen dependiendo del Ejecutivo.

⁴ Artículo 1º de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

En un afán por esa independencia, el 12 de diciembre de 2005, se publica el decreto que reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorren en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los que se advierte principalmente:

- a) El establecimiento de un sistema integral de justicia aplicado a personas mayores de doce años y menores de dieciocho años.
- b) La rehabilitación y asistencia social de las personas menores de doce años.
- c) La creación de instituciones, tribunales y autoridades especializadas en la procuración e impartición de justicia para adolescentes.
- d) La garantía del debido proceso legal y la independencia de las autoridades que intervengan en la remisión e imposición de medidas a menores que infrinjan las leyes penales.
- e) La aplicación de medidas de orientación, protección, tratamiento con base en la protección integral y el interés superior del adolescente; y
- f) El internamiento como medida extrema a adolescentes mayores de catorce años únicamente por conductas calificadas como graves.

La anterior reforma al artículo 18 constitucional, constituye un avance significativo en el tratamiento para menores infractores, debido a que claramente advierte un sistema garantista así exigido por los diversos tratados internacionales en materia de menores en los cuales México forma parte y está obligado a cumplir, orillando dicha circunstancia a la creación de la iniciativa con proyecto de decreto para la expedición de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes acorde a las tendencias modernas del garantismo constitucional, el derecho penal mínimo y los lineamientos establecidos por la Organización de las Naciones Unidas para la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

De la iniciativa propuesta se desprenden una serie de reformas

a leyes que intrínsecamente se encuentran relacionadas con el proyecto de ley, como en su caso resultan ser la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y la Ley Federal de Defensoría Pública, así como los reglamentos internos de cada dependencia; ello a efecto de que en cada una de ellas se busque la especialización en materia de justicia para adolescentes y la independencia de los órganos que intervengan en ella; así tendríamos que:

- a) El Ministerio Público para adolescentes, dependería del Poder ejecutivo Federal.
- b) El defensor Público para adolescentes, dependería del Poder Judicial de la Federación, como órgano autónomo regulado por el Consejo de la Judicatura Federal, al igual que el Juez especializado para adolescentes, el Juez de ejecución de medidas para adolescentes y el Magistrado para adolescentes.
- c) La Dirección General de Ejecución de Medidas para Adolescentes y el Director de los centros federales de internamiento para adolescentes dependerían del órgano desconcentrado de prevención y readaptación social de la Secretaría de Seguridad Pública, que depende, obviamente, del Poder Ejecutivo.

Lo rescatable de este proyecto de ley, como ya hemos dicho, es la independencia de los diversos órganos que intervienen en el tratamiento de los menores de edad que infringen normas penales, la especialización de las personas que convergen en la aplicación de los mismos, las garantías procesales que se les otorgan y la intervención mínima del derecho penal como instrumento punitivo del Estado.

Sin embargo, la propuesta antes mencionada es sólo el principio de una serie de reformas en instrumentos jurídicos que, como sociedad, debemos exigir, ya que consideramos que no sólo debe darse una reforma al sistema penal juvenil, sino una reforma integral que abarque todos los aspectos que tengan que ver desde las medidas de prevención hasta el tratamiento de los menores que infringen las normas penales; es decir, no debemos esperar que el menor delinca

para que pueda ser tratado o internado para su adaptación a la sociedad, sino que debemos ir al fondo de la problemática.

Debemos, como sociedad, buscar la solución a los factores que orillan a dichos menores a delinquir, eso, es una verdadera protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Pues como señala Mauricio G. Ruiz Garza⁵, afirmar la realidad del derecho del menor es destacar la importancia y substancialidad de la adecuada asistencia y protección de la infancia, en cuanto a que lo primero y más importante en una sociedad es salvaguardar, a través del derecho, su demanda de todo aquello imprescindible para su óptimo desarrollo. Por consiguiente, son dos las orientaciones principales para la debida protección de la niñez:

- a) Una específica, encaminada a satisfacer la realidad de los menores que advienen a la existencia al margen de un medio connatural próximo, o en uno nocivo o deficiente, y que es el núcleo de la sociedad (la familia).
- b) Una genérica, que persigue subsanar la incapacidad de acción del menor para demandar todo lo que le facilite su sano desenvolvimiento físico y espiritual, mediante la ordenación positiva y justa que recaiga sobre la acción de un sujeto en pleno uso y ejercicio de sus derechos para que asuma con respecto al menor la carga correspondiente a su cuidado y protección, o sea, mediante la imposición de un deber, ante la falta de libertad del menor para hacer por sí solo cuanto fuese preciso para satisfacer sus necesidades, debido a su natural situación de independencia.

Es decir, debemos inclinarnos por establecer un verdadero derecho de menores, que tenga como objeto regular la protección integral del menor para favorecer, en la medida de lo posible, el mejor desarrollo de la personalidad del mismo y para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores condiciones físicas, intelectuales, emotivas y morales, a la vida social normal,⁶ basado en los

⁵ Ruiz Garza, Mauricio G. *Menores Infractores. Una pedagogía especializada*. 2ª ed. Ed. Castillo. México, 2000, pp. 263 y 264.

⁶ Sajón, Rafael, *Derecho de Menores*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, p.17.

objetivos generales propuestos por las Declaraciones de los Derechos Humanos del Niño, el Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, y la Convención sobre los Derechos del Niño, con una perspectiva humanista, fincado en la democracia, en el estado de derecho, procurando la libertad, la justicia, la realización de la vida plena del menor; inspirador del desarrollo y de la paz en la concepción creativa del ordenamiento jurídico de la protección integral y del interés superior del menor y que se fundamenta en el amor, valor objetivo supremo de la convivencia humana.

Por ello, como sociedad, debemos preocuparnos por establecer mecanismos efectivos que hagan cumplir las normas que protejan los derechos de los menores, y a menudo nos interrogamos si es efectiva la política criminal planteada por el estado para la disminución del índice de criminalidad y es común encontrarnos con expresiones comunes que hacen pensar en la ineficacia de las normas y su aplicación; por un lado, el discurso político nos dice que la criminalidad ha bajado, pero nuestra percepción de la realidad es otra, y lo que es mas alarmante aún es que menores de edad se encuentren involucrados en dicho fenómeno sociológico.

Por ello, se reitera, es necesaria una transformación en todos aquellos aspectos que involucren a menores, empezando por una verdadera transformación educativa, debemos apostarle a la educación y prevención del delito antes de castigar; a la actualización de las universidades, a crear condiciones sociales, educativas, legales verdaderamente eficaces a favor de los menores.

Para ello, se requiere, antes que todo, un análisis de las principales causas que orillan a los menores a delinquir; en ello tenemos una gama de opiniones por parte de diversos autores, entre los que se encuentran principalmente:⁷

a) Las causas biológicas

En general no se concibe la idea de una conducta infractora de origen innato ni en menores ni en adultos, sin embargo, es innega-

⁷ Cfr. op. cit. nota 5, pp. 80-125.

ble que algunas personas presentan secuelas hereditarias y que abundan en los menores que delinquen, hijos de padres alcohólicos, que redundan en una inestabilidad emocional, fuerte tendencia a la perversión de sus instintos, constitución física enfermiza y falta de voluntad, que claro está no siempre es determinante.

b) Las causas psicológicas

Éstas son el resultado de la interacción de experiencias agresivas, frustrantes, inhibidoras o destructivas. En el terreno psicológico, toda experiencia frustrante engendra agresividad, ya sea que se exprese abiertamente o entrando en conflicto con el ambiente, o se proyecte a manera de autodestructividad. Ello supone una inadaptación por parte del menor hacia el medio en que se desenvuelve y deriva en tres grados de inadaptación o adaptación: la adaptación difícil, la no adaptación y la adaptación al grupo patológico.

Lo anterior puede derivar en situaciones irregulares como en intereses negativos y ocultos e inconscientes y complejos, como de superioridad, inferioridad, autoridad, complejos sexuales que dan lugar a conflictos morales con diversos desenlaces; así como un exceso de actividad ligada a rebeldía, inestabilidad, exceso de energía y carácter agresivo. Trastornos emocionales que pueden ser una clave fundamental para la desviación del comportamiento.

c) Las causas sociales

Entre las causas sociales más representativas de los menores infractores, encontramos la pobreza, mala vivienda, disgregación familiar, alcoholismo, fracasos escolares, vida constante en calle y malas compañías, carencia de medios de esparcimiento y recreación sana para los niños y adolescentes, marginación social y subempleo de los menores, medios de comunicación masiva que impulsan al adolescente a buscar el tener más que el ser y el abandono y la vagancia. La mayoría de los autores consideran que son más propensos a delinquir personas pobres; sin embargo, no consideramos determinante la pobreza como causa de las infracciones cometidas por menores; ello, sí es verdad, podría constituir un factor que coadyuvado con otro puede volver propenso a un menor a cometer

una infracción, pero no determinante, ya que lo mismo delinque un "junior" que un menor de clase baja; en otras palabras, el exceso es malo igual que la carencia, la diferencia es que uno puede hacerlo por diversión y el otro por necesidad, ¿acaso la culpa es menor en uno que en otro por el hecho de tener más o menos dinero? No lo sabemos, lo único que podemos decir es que pudiera darse el caso en que, por falta de dinero, son más los menores infractores que se encuentran reclusos.

En este rubro podemos ubicar las conductas de los padres en el seno familiar que desencadenan la antisocialidad en niños y adolescentes, como el autoritarismo y la agresividad para educar y el lado opuesto de ello, los padres incapaces de corregir a los hijos. El maestro Luís Rodríguez Manzanera⁸, señala que hay padres que sienten a los hijos como una molestia y que disgregan a sus hijos del seno familiar, motivando una ausencia de comunicación entre padres e hijos; sin embargo, hablar de una familia idónea resulta utópico, pero para que una buena familia funcione deben converger cuatro aspectos fundamentales: amor, autoridad, buen ejemplo, comunicación.

La ausencia de estos conceptos denota una clara pérdida de valores familiares y sociales, donde el respeto, la honestidad, la honradez, el trabajo, la educación, etc. pasan a ser figuras difusas de una sociedad ávida de materialismo, poder y corrupción.

Sin duda, uno de los factores que más llaman nuestra atención y en el que podríamos decir que debemos poner especial interés es el social, puesto que es en éste donde el Estado juega un papel importante como mediador de la estabilidad social y órgano de imposición de sanciones, en el caso de menores, medidas de tratamiento.

Por ello, sugerimos un tratamiento verdaderamente integral que englobe todos los aspectos que factorizan la conducta delictiva del menor, ya que hasta este momento hemos visto que las medidas propuestas por el Estado han sido verdaderamente ineficaces, y no por que uno lo piense o lo diga, sino porque es palpable en todas las

⁸ Citado por *ibidem*.

noticias que vemos, escuchamos o leemos, donde las estadísticas hacen ver una cruda realidad en las que cada vez mas menores de edad son actores principales de robos, homicidios, violaciones, etc.

Antonio Sánchez Galindo, presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, asegura que la delincuencia infanto-juvenil tiene dos causas fundamentales: la difusión desmedida de la violencia a través de los medios de comunicación, que los convierte en factores criminógenos, y la intrafamiliar.

"La difusión intensiva de la violencia, el alcoholismo, el tabaquismo, y el sexo, entre otros estereotipos, condiciona la actitud de los menores de edad y les ofrece una realidad con la que se identifican en su desempeño cotidiano, de tal suerte que la violencia les resulta un hecho natural que se refuerza ante la pérdida de la conciencia individual y el predominio de la imitación".

Para Margarita Vázquez Sánchez, directora de la Agencia Central de Investigación para Menores de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el problema de la delincuencia infanto-juvenil ha adquirido proporciones alarmantes, puesto que la pérdida absoluta de valores alcanza cada vez más a niños de menos de ocho años cuyo cinismo estremece, porque llega al grado en que conocen muy bien sus derechos y los usan para delinquir con mayor impunidad.

Lamentablemente, agrega, este conocimiento de sus derechos ha propiciado que cada vez más niños sean utilizados por el crimen organizado para cometer delitos de todo tipo, lo mismo robo o asalto que contra la salud, es decir narcotráfico⁹.

Por lo tanto proponemos, como ya mencionamos con anterioridad, una verdadera reforma integral pero no sólo en justicia penal para adolescentes, cuya propuesta de proyecto de ley es muy bueno, por qué no decirlo; pero aún falta más, mucho más, debemos poner especial ahínco en una verdadera reforma en materia educativa, pedagógica, donde la inculcación de valores sea un aspecto funda-

⁹ Menores infractores. www.revista.com.

mental para los educandos y donde, a base de programas de apoyo educativo, becas y estímulos, se identifiquen las aptitudes y capacidades de los menores para impulsarlos.¹⁰

Deben establecerse órganos y mecanismos autónomos tendientes a vigilar la función de todas aquellas dependencias que tengan como objeto la protección de los derechos de los menores no sólo en el ámbito jurisdiccional.

Afortunadamente, y en cuanto hace a la función punitiva del estado, con la reciente propuesta de una ley de justicia para adolescentes, se pretende dar grandes avances en cuanto al tratamiento de los menores infractores estableciendo un sistema garantista de justicia penal juvenil, basados en los principios de interés superior de la adolescencia, transversalidad, certeza jurídica, mínima intervención, subsidiariedad, especialización, celeridad procesal, flexibilidad, equidad, protección integral y reincorporación social.

Aun y cuando algunas medidas pudieran resultar criticables, por ejemplo, podemos encontrar como medidas de orientación y protección,¹¹ con el fin de regular las conductas de los adolescentes que afecten a la sociedad respetando los derechos de éstos, las siguientes:

- a) El apercibimiento.
- b) La libertad asistida.
- c) Prestación de servicios a favor de la comunidad.
- d) Reparación del daño.
- e) Limitación o prohibición de residencia.
- f) Prohibición de relacionarse con determinadas personas.
- g) Prohibición de asistir a determinados lugares.

¹⁰ Cabe señalar que en el Estado de Guerrero, en el periodo de gobierno del licenciado Alejandro Cervantes Delgado, de formación docente, se impulsó un centro regional de educación primaria especial, donde además de las distintas actividades académicas, se pretendió formar a los alumnos con actividades artísticas, deportivas y talleres complementarios, así como implementar, dentro de su programa de estudios, el desarrollo de cinco talentos básicos: pensamiento productivo, talento de planeación, predicción, toma de decisiones y comunicación, con el objeto de impulsar a jóvenes con aptitudes sobresalientes con escasos recursos económicos, que dio muy buenos resultados y lamentablemente no fue apoyado por administraciones siguientes, de verdad lamentable.

¹¹ Título IV. capítulo II, artículos 97-127 del proyecto de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes.

- h) Prohibición de conducir vehículos motorizados.
- i) Obligación de acudir a determinadas instituciones para recibir formación educativa, técnica, orientación o asesoramiento.
- j) Obligación de obtener un trabajo.
- k) Obligación de abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes y demás sustancias prohibidas.

Decimos que puede ser criticable porque: ¿podemos obligar a un menor infractor a obtener un trabajo, cuando a veces lo que los orilla a delinquir precisamente es la falta de mismo, cuando los más explotados en materia laboral son menores de edad? ¿Podemos obligar a un menor infractor a que se abstenga de ingerir bebidas alcohólicas, cuando en el artículo que prevé dicha medida refiere que la misma no implica ni admite la obligación de someterse a tratamiento médico y psicológico de posibles adicciones? No, debemos obligarlos a que se sometan a un tratamiento de rehabilitación. ¿Podemos obligar a un menor a que asista a determinadas instituciones para recibir formación educativa, técnica, orientación o asesoramiento cuando no se especifica quién está obligado a cubrir las necesidades de este menor en esa formación educativa cuando sea un menor producto de una familia desintegrada o huérfano?

Y así nos podemos seguir, pero el objeto en este breve comentario respecto al derecho de menores, no es la crítica destructiva de un esfuerzo que se está haciendo para la protección de los derechos de los menores; las interrogantes únicamente surgen con el objeto de establecer, como ya se dijo en líneas que anteceden, que una reforma integral en materia de menores no únicamente requiere la reforma en materia de justicia de adolescentes sino que ésta sea verdaderamente integral, cubriendo todos los aspectos que tengan que ver con la formación, desarrollo y plena madurez de los niños, niñas y adolescentes; y en la que todos como sociedad debemos jugar un papel muy importante, padres, familiares, maestros, amigos, autoridades, funcionarios, instituciones, gobiernos en sus distintas esferas; obligándose a los estados a adherirse a las nuevas reformas que se están dando en materia federal.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA

- Azaola, Elena, *La institución correccional en México. Una mirada extraviada*. Siglo XXI editores, México, 1990.
- López Betancourt, Eduardo. *Imputabilidad y culpabilidad*. Ed. Porrúa, México. 1993.
- Pinto, Gimol. *Recepción de la Convención sobre los Derechos de la Niñez en el sistema normativo mexicano: diagnóstico jurídico y propuestas para su adecuación sustancial. Serie de documentos de trabajo número 1*. UNICEF, México, 2000.
- Ruiz Garza, Mauricio G. *Menores Infractores. Una pedagogía especializada*. 2ª ed. Ed. Castillo. México, 2000.
- Sajón, Rafael, *Derecho de Menores*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.

TRATADOS

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención de los Derechos del Niño.

LEGISLACIONES

- Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

INTERNET

- www.revista.com./menoresinfractores/.

La readaptación a la sociedad del reo es o no una utopía

Marco Antonio López Rendón*

Del estudio del derecho criminal surge el considerar importante a la figura principal del drama penal, el **reo**. *No ya castigar, sino corregir*, lema solemne que ha escrito en su bandera una escuela humanista de criminalistas modernos. La nueva escuela quiso hacerse dueña de la justicia; quiso prescribirle la medida de los castigos, levantar barreras que con su obra pudiera franquear; y llegó finalmente a minar el poder de aquella, negándole autoridad para castigar a los malvados, salvo en cuanto sirviese para enmendarlos, y no más. Esta modesta formula que predica la simpática idea de que hay que procurar la enmienda del reo se pasó a detener el brazo que la severa justicia extendía sobre el culpable; se llevó a negarle el derecho a la detención perpetua; se quiso obligar a revocar las sentencias, fraccionar condenas dictadas contra los facinerosos, a permitir que se les libere a la mitad de la pena para experimentar si se había mejorado; se llegó, en una palabra, a desconocer completamente la necesidad de la tutela jurídica. Y finalmente poniendo como única base y como único fin del derecho penal la enmienda del delincuente, se sostuvo que la pena no debía ser un mal, sino un beneficio para el condenado.

Actualmente, el tema de la privación de la libertad, una de esas tristes realidades que aún nos amarran a una concepción penal, se

* Defensor Público Federal.

hace necesario hacerle frente con más ímpetu que nunca, si realmente queremos hablar con propiedad de modernidad y avance. Porque, aunque no queramos verlo, aún hay analfabetos en nuestro país. Porque aún son muchos los que no saben qué significa la codicia de dinero y poder. Porque aún son muchos los que olvidan que nuestro planeta tiene las tres cuartas partes cubiertas de agua. Y porque, en definitiva, muchos olvidan que la cárcel puede estar más cerca de lo que puedan imaginar, quizás esperando a la vuelta de la esquina, en silencio, al igual que el cementerio. Es una realidad que esta ahí, delante de nuestros ojos, por mucho que volteemos la cara.

La prisión es y será una sanción penal de imposición generalizada, en contra de lo que suele creerse ser una institución antigua. Casi diecisiete siglos después de nuestra Era, ha tardado el hombre en descubrir el intercambio como reacción penal. En la actualidad es por antonomasia: *la sanción propia del Derecho Penal; pero si su finalidad es la plena reintegración social del recluso, las cifras de reincidencia delictiva muestran la amplitud de su fracaso*; es por ello que el debate en torno a su futuro ha alcanzado su punto más alto. El mal de la prisión, expresan algunos autores, consiste en la sola privación de libertad, sin marginar al recluso de una sociedad de la que continúa formando parte.

El procesado no abandona sus muros y la sociedad, sólo llega a traspasarlos en forma ocasional y con los minutos contados. Se propugna ahora por hacer un uso racional de la prisión, en vista de que lo que se obtiene no es satisfactorio; ya que el diagnóstico es claramente verificable: la prisión aún persiste. Es urgente que la pena de prisión sea revisada desde su raíz. Todo lo que converge al resultado fallido debe examinarse y en su caso modificarse. Las personas, aún cuando estén privadas de libertad, debemos sentir para ellos respeto a su integridad física, a su integridad psíquica, el trato justo y humano que deben recibir durante el proceso de cumplimiento de su sanción y, sobre todo, la proyección de garantizar siempre un proceso satisfactorio de reincorporación a la sociedad, una vez cumplida su sanción.

El dinámico desarrollo de la industrialización, de la urbaniza-

ción y de los cambios tecnológicos y sociales, no son obstáculo para imponer la pena de prisión y el consecuente internamiento penitenciario. Esto trajo como significativa consecuencia el hacinamiento de la población penal, la incapacidad de los sistemas de justicia penal para reaccionar con eficacia frente a las nuevas modalidades y dimensiones de la delincuencia. En contra de la pena privativa de libertad se ha aducido, además: la naturaleza deshumanizante del encarcelamiento; la debilitación de la personalidad humana que produce el internamiento total; la incapacidad de las instituciones penales de reducir las tasas de delincuencia. Obviamente, el objetivo del encierro es evitar que la persona vuelva a delinquir y reeducarla según las pautas de comportamiento que la sociedad considera adecuadas.

La prisión, según *Foucault*, es la última figura de la edad de las disciplinas. Conjuntamente con lo anterior podemos afirmar que los primeros años del último tercio del siglo XX fueron testigos de una crisis doctrinal generalizada de la pena de privación de libertad.

Las sanciones de prisión constituyen un fracaso histórico: no solamente no socializan, sino que, a partir de las investigaciones sociológicas desarrolladas desde el enfoque del interaccionismo simbólico, se han aportado valiosos datos para demostrar lo contrario. Por otro lado, es dable advertir que las prisiones no sólo constituyen un perjuicio para los reclusos, sino, también, para sus familias; especialmente cuando el internamiento representa la pérdida de ingresos económicos del cabeza de familia; el otro aspecto que ha coadyuvado a la crisis actual viene dado por la falta de interés social por el problema de las prisiones. Apatía que no se limita al ámbito carcelario común, sino que –lo que es mucho más grave– se extiende a quienes tiene a cargo la conducción del Estado. En tal sentido, y más allá de excepciones, es patente la falta de voluntad política de los Estados para cumplir sus propias leyes de ejecución y sus propios compromisos internacionales en materia de sistemas penitenciarios cuyo objetivo sea el de una verdadera readaptación social. Por último, al lado de estos cuestionamientos observamos una críti-

ca no menos profunda. Nos referimos, más concretamente, a aquella concepción que censura la denominada "ideología del tratamiento" por considerarla un mero "conductismo"; una manipulación de la personalidad del interno; una negación de sus derechos y libertades fundamentales, en donde el sistema normativo de los Estados asuma, más bien, una postura propia de una moral autoritaria que la de un ordenamiento jurídico democrático. Esta crítica fue muy bien captada, desde los inicios mismos de la orientación político-criminal que, desarrollada al amparo de la crisis de la prisión, postuló la formación de un nuevo sistema de reacciones penales. Lo que ciertamente no es justificado es fundamentar la concreta intervención penal elegida en una supuesta necesidad de tratamiento. Lo que, desde luego, se permite, e incluso es necesario, al intervenir penalmente, es que se le ofrezca al delincuente, en la medida en que sea posible, el servicio o tratamiento que pueda precisar. Quizás de este modo puedan lograrse ciertos resultados rehabilitadores, en especial si, de acuerdo con el delincuente, se establecen diversas formas de ayuda social. Pero este argumento no justifica la obligación de la realización de tales ofertas. Las personas sometidas en la actualidad a las sanciones penales más completas son, con frecuencia, personas no privilegiadas en muy distintos sentidos, es un derecho que tiene el afectado por él, pero no una obligación que pueda ser impuesta coactivamente. El deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona, tanto más cuando este tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores. El "derecho a no ser tratado" es parte integrante del "derecho a ser diferente" que en toda sociedad pluralista y democrática debe existir. Si se acepta este punto de vista, el tratamiento sin la cooperación voluntaria del interno deberá considerarse simple manipulación, cuando no imposición coactiva de valores y actitudes por medio de sistemas más o menos violentos. El tratamiento impuesto obligatoriamente supone, por tanto, una lesión de derechos fundamentales, reconocidos en otros ámbitos.

De hecho, los autores han señalado que una de las ideas que deben inspirar a una política penitenciaria progresista está dada,

precisamente, por el denominado principio de "democratización", según el cual es necesario y conveniente obtener la participación voluntaria del interno en los programas rehabilitadores.

El monótono discurso penalista lleva dos siglos reproduciendo la cantinela humanista de regeneración del reo y comprobando el continuo fracaso de la prisión a la hora de alcanzar esos objetivos altruistas: lejos de mejorar, los delincuentes reinciden. En fin, la cárcel es medio poco terapéutico y difícilmente rehabilitador. La cárcel es contraria a todo modelo ideal educativo, porque estimula la individualidad, el auto-respeto del individuo, alimentado por el respeto que le profesa el educador. La educación alienta el sentimiento de libertad y de espontaneidad del individuo; la vida en la cárcel, como universo disciplinario, tiene un carácter represivo y uniformante.

Exámenes en materia de psicología aplicada realizados mediante clásicos test de personalidad han mostrado los efectos negativos del encarcelamiento sobre la *psique* de los condenados y la correlación de estos efectos en la duración de éste. Los estudios de género concluyen que: "la posibilidad de transformar un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a través de una larga pena carcelaria no parece existir", y que "el instituto penal no puede realizar su objetivo como institución educativa".

El régimen de "privaciones" tiene efectos negativos sobre la personalidad y contrarios al fin educativo del tratamiento. La atención de los estudiosos ha recaído particularmente en el *proceso de socialización a que es sometido el recluso, proceso negativo que ninguna técnica psicoterapéutica y pedagógica logra volver a equilibrar*. Tal proceso se examina desde dos puntos de vista: el *primero*, el de la "desculturización", esto es, la desadaptación a las condiciones que son necesarias para la vida en libertad, la incapacidad para aprehender la realidad del mundo externo y la formación de una imagen ilusoria de él; el alejamiento progresivo de los valores y modelos de comportamiento propios de la sociedad exterior. El *segundo* punto de vista, opuesto completamente, es el de la "culturización" o

"prisonalización". En este caso se asumen las actitudes, los modelos de comportamiento y los valores característicos de la subcultura carcelaria. Estos aspectos de la subcultura carcelaria, cuya interiorización es inversamente proporcional a las oportunidades de reinserción en la sociedad libre, se han examinado desde el punto de vista de las relaciones sociales y de poder, de las normas, de los valores, de las actitudes que presiden estas relaciones, así como también desde el punto de vista de las relaciones entre los reclusos y el personal de la institución penal. Bajo este doble orden de relaciones, el efecto negativo de la "prisonalización" frente a cada tipo de reinserción del condenado se ha reconducido hacia dos procesos característicos: la educación para ser criminal y la educación para ser buen detenido. Sobre el primer proceso influye particularmente el hecho de que la jerarquía y la organización informal de la comunidad está dominada por una minoría restringida de criminales con fuerte orientación asocial, que, por el poder y, por tanto, por el prestigio de que gozan, asumen la función de modelos para otros y pasan a ser al mismo tiempo una autoridad con la cual el personal del centro carcelario se ve constreñido a compartir el propio poder normativo de hecho. La manera como se regulan las relaciones de poder y de distribución de los recursos (aun relativos a las necesidades sexuales) en la comunidad carcelaria, favorece la formación de hábitos mentales inspirados en el cinismo, en el culto y el respeto a la violencia ilegal. De esta última se transmite al recluso un modelo no sólo antagónico del poder legal sino caracterizado por el compromiso por éste.

La educación para ser un buen recluso se da en parte también en el ámbito de su comunidad, puesto que la adopción de un cierto grado de orden, del cual los jefes de los reclusos se hacen garantes frente al personal de la institución, forma parte de los fines reconocidos en esta comunidad. Esta educación se da, por lo demás, mediante la aceptación de normas formales del establecimiento y de las informales impuestas por el personal de la institución. Puede decirse, en general, que la adaptación a estas normas tiende a

interiorizar modelos de comportamientos ajenos, pero que sirven al desenvolvimiento ordenado de la vida en la institución. Éste deviene el verdadero fin de la institución, mientras la función propiamente educativa se ve excluida en alto grado del proceso de interiorización de las normas, aun en sentido de que la participación en actividades comprendidas en esta función se produce con motivaciones extrañas a ella, y de que se ve favorecida la formación de aptitudes de conformismo pasivo y de oportunismo. La relación con los representantes de los organismos institucionales, que de esa manera se torna característica del comportamiento del encarcelado, está marcada al mismo tiempo por la hostilidad, la desconfianza y una sumisión no consentida.

Lo cierto es que tales circunstancias han profundizado la controversia en torno a la utilización de la pena privativa de libertad, han contribuido a la crítica generalizada del sistema penal y, principalmente, han propiciado el moderno desarrollo, en el ámbito de la teoría y en el de las legislaciones, de nuevas fórmulas sancionadoras para sustituir el internamiento. En general, los cambios se han centrado en tres esferas principales: primera, en la reducción del campo de aplicación del Derecho Penal, mediante la aplicación de profundos y bien organizados procesos de despenalización; segunda, en la consideración del delincuente no como un mero receptor pasivo del tratamiento, sino como una persona con derechos, obligaciones y responsabilidades; y tercera, en el empleo del internamiento sólo como sanción extrema de "última fila", ampliando al mismo tiempo otros métodos de tratamiento o adoptando nuevas medidas que no entrañan la reclusión en centros penitenciarios.

Es imposible afirmar que un día la humanidad alcanzará un grado de perfección tal que hará innecesarias las prisiones. Lo cierto es que en los tiempos que corren no podemos prescindir de ellas y engendra más problemas éticos, sociales, psicológicos y económicos que los que resuelve. Obviamente, la solución al problema penitenciario no puede transitar por vía del endurecimiento en la ejecución. O en su caso, como diría agriamente *Foucault*: cada reforma

"es isomórfica a pesar de su idealismo" con el funcionamiento disciplinario de la cárcel, lo que lo lleva a concluir que toda esa preocupación acerca del éxito o fracaso de la cárcel está totalmente fuera de lugar ya que la cárcel inventa al delincuente; por tanto, no puede "fracasar" porque como todo castigo no está destinado a eliminar los ilegalismos, sino a distinguirlos, distribuirlos y usarlos.

Otro de los aspectos que ha motivado discusión, es en torno a la comunidad carcelaria; viene dado por la falta de interés social por el problema de las prisiones. Apatía que no se limita al ámbito del ciudadano común sino que, lo que es mucho más grave, se extiende a quienes tienen a su cargo la conducción del Estado. En tal sentido, y más allá de loables excepciones, es patente la falta de voluntad política de los Estados en cumplir sus propias leyes de ejecución y sus propios compromisos internacionales en materia de sistemas penitenciarios. En este sentido, tanto el derecho penal como el derecho internacional pertenecen, al menos parcialmente, al ámbito del derecho simbólico, promulgado para dar la apariencia de que el Estado o la Comunidad de Estados asumen la función de defensa de la sociedad que la propia sociedad reclama.

Muchas son prisiones donde rigen tres especies de normas: las leyes o reglamentos; las reglas definidas por los custodios; el código de conducta de los presos. Prisiones cuyo contagio generado por la convivencia intensa y forzada, las transforma en instrumentos de deterioro, en fábricas de malhechores relapsos. Prisiones gobernadas por la corrupción, donde se paga por la lealtad; se compra el paso a determinadas áreas, la ubicación en lugares más cómodos, la pieza para la visita conyugal, los exámenes criminológicos, los servicios médicos, odontológicos y psiquiátricos, los aparatos electrónicos, las llamadas telefónicas y mucho más. Prisiones donde menudean las revisiones abusivas a los atracos; y golpizas se suceden, con frecuencia turbadoras, a la luz del día. Prisiones donde hoyos oscuros, insalubres, sin lecho, se utilizan como celdas de aislamiento.

El sistema cuya selectividad reproduce y agudiza las desigualdades sociales, padece, cada vez más, la superpoblación, la violencia

(física, psíquica y sexual), la drogadicción, males que hacen de las cárceles ambientes de estigma, de inadaptación, de metástasis social, en donde se envilece la personalidad, se destroza la privacidad, se vulnera la dignidad, se destruye la identidad social, se acentúa la inseguridad, en un ejercicio continuo de despotismo y degradación por parte del personal administrativo y de los cabezas de la masa carcelaria.

Las condiciones deplorables en que viven los procesados o sentenciados, en un número expresivo de prisiones hacen plantearse que hay mucho por hacer en pos de la mejoría del sistema carcelario en nuestro país. En este sentido existen autores que han propuesto enmarcar la cuestión penitenciaria en el contexto más amplio de la política social, la política de defensa social y la seguridad pública, así como pugnar por la clasificación de los condenados y la individualización de la pena; seleccionar e incrementar el número de funcionarios de las prisiones, principalmente custodios, y al mismo paso capacitarlos y brindarles mejores condiciones de trabajo, entrenamiento regular, carrera penitenciaria y un salario acorde con la importancia y la aspereza de su oficio, considerando siempre la advertencia de Cuello Calón de que el personal: "si no lo es todo, es casi todo". A lo expuesto anteriormente se suma la humanización de la pena privativa de libertad, puesto que la salvaguardia de los derechos humanos es un imperativo de la ley y de la justicia y obligación del Estado, por ello, viene a garantizar al preso, sujeto de derechos y facultades (y del mismo modo, de obligaciones y deberes), asistencia material jurídica, médica (preventiva y curativa), educacional y social. Ofrecer asistencia al egresado, lo que requiere, especialmente en los primeros meses, la participación activa de la comunidad, a quien toca no sólo acogerlo sin discriminaciones, resistencias o rechazos, sino también darle oportunidad de empleo, a fin de evitar su marginación. Como dos últimos presupuestos tenemos la reducción del descompás entre la ley y la práctica, indudablemente uno de los mayores retos del sistema penitenciario; y expandir la conciencia a través de congresos, seminarios, universi-

dades, academias militares, magistraturas, entre otras instituciones de que la prisión no es la única respuesta y que los sustitutivos penales encarnan un derecho penal moderno, centrado en la garantía de los derechos humanos.

Es este naciente siglo XXI el que exige *una nueva política penitenciaria* que logre alterar la dramática situación de gran parte de nuestras prisiones, albergando, tal vez, una recreación del sistema de ejecución penal. Éste es el mayor desafío, vencer el escepticismo de muchos que llaman a esto una utopía, pero el gran reto lo es para la sociedad y para las autoridades judiciales.

La readaptación social del sentenciado no debe ser abandonada, sino que debe ser reinterpretada y reconstruida sobre una base diferente, porque a pesar de que la cárcel es una institución en crisis, la misma ha servido para que un grupo de reclusos se sientan a gusto en un ambiente propicio para el desarrollo de su personalidad y vida, toda vez que no encuentran en la sociedad el hábitat necesario para conformar sus exigencias como ser humano y buscan un reconocimiento por parte del grupo social; a lo anterior se suma la existencia de otros que, influidos por el clima social y familiar donde se desarrollaron; todo ello crea las bases para una cultura carcelaria o la no adaptabilidad para la vida en sociedad, lo que conlleva transgresiones de las normas sociales y jurídicas y su consecuente responsabilidad penal; otros encuentran en la prisión el amigo o amiga que lo comprende como ser humano, y le brinda el apoyo que necesita desde su punto de vista, o encuentra aquella persona que le sirve de patrón para el padre o madre que nunca tuvo y que siempre ha deseado tener y con el cual se identifica. A lo anterior se suma la conciencia social de represión de conductas delictivas a través de la prisión y la extirpación del agente en el seno de la sociedad; recordemos que los ciudadanos esperan que el mal que se le inflige al condenado sea un freno al impulso del mal ejemplo.

La privación de la libertad es aún una sanción pertinente y en tal razón se debe seguir utilizando. Bajo estos criterios, y con la preclara idea que la prisión es una institución que en estos momen-

tos no está en condiciones de desaparecer por las mismas circunstancias sociales, debemos trabajar por una visión más humana del castigo basado en la fundamentación de una evolución de la conciencia social sobre el tema y con la aspiración de la implementación de procedimientos dirigidos a modificar hábitos y conductas delictivas con el empleo de técnicas y métodos que refuercen los valores del ser humano en prisión y su reincorporación a la sociedad.

Hoy en día, la cárcel no parece idónea para cumplir los objetivos preventivos que con ella se persiguen, y al mismo tiempo la han justificado. Se conforma como la más grave y significativa de las penas a nivel mundial, y es objeto por ello de grandes preocupaciones, tanto por su incidencia sobre uno de los bienes jurídicos más preciados: *la libertad*, como por su estrepitosa ineficacia en aras de alcanzar el *objetivo rehabilitador* que, en todo caso, está llamada a perseguir; puede decirse que su único valor es el de mantener apartada de la sociedad a una persona peligrosa durante cierto tiempo. Las penas largas son puestas en entredicho porque tienen efectos demasiados perniciosos, y conducen a la destrucción de la personalidad del reo; las demasiado cortas, porque dada su limitación temporal, convierten en imposible el tratamiento, pero sí hacen posible, en cambio, el contagio criminal.

En otro orden de ideas, tal vez uno de los mayores retos que enfrenta el sistema penitenciario, particularmente el mexicano, sea el de lograr la verdadera readaptación social del individuo que delinque al terminar de purgar su condena. Muchas veces, los ex convictos sufren para reincorporarse a su comunidad, bien por los resentimientos provocados por la propia sentencia o las mismas experiencias negativas en el interior del centro penitenciario, que en México muchos críticos señalan como verdaderas escuelas del crimen, por el rechazo, poca atención o desvinculación de la familia o por el estigma que significa ante la sociedad el hecho de haber cometido un delito. Los planes de readaptación no siempre funcionan; la sociedad entera, desde los responsables de procurar la readaptación social del infractor, así como la familia, debería ofrecer

oportunidades más claras y adecuadas a este propósito de integrar al sujeto que cometió un delito, pagó su sentencia y ha salido libre para rehacer su vida. Si bien es cierto que al interior de los centros penitenciarios de México los reos cuentan con una serie de recursos, como talleres de capacitación para el trabajo, educación, atención psicológica, entre otros, para favorecer esta meta, sin embargo, no siempre el ex presidiario consigue una plena reinserción en la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- *Opúsculos del Derecho Criminal I*, Francesco Carrara, Buenos Aires, 1955.
- Abrahamsen, David; *Delito y Psique*; Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- Alarcón Borges, Ramón Yordanis; *La figura del Juez de Ejecución a partir de una nueva visión de las estrategias penitenciarias*; Trabajo Investigativo, Facultad de Derecho, Ediciones de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2004.
- Alberca Lorente, Ramón; *Psiquiatría y Derecho Penal*; Editorial Tecnos, Madrid, 1965
- Álvarez Buylla, Adolfo; "El individuo y su sociedad"; México, Fondo de Cultura Económica, 1945
- Aniyar de Castro, Lolita; "Democracia y Justicia Penal"; Ediciones del Congreso de la República de Caracas, Venezuela, 1992.
- Barros Leal, César; "La ejecución penal en América Latina y el Caribe: realidad y desafíos": Ponencia Impartida en el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados; México, D.F., 9-14 de febrero de 2004.
- Tesis en Opción al Grado de Máster en Ciencias Criminológicas; Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Octubre, 2004.
- Melossi-Pavarini; *Cárcel y fabrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI - XIX)*; Nueva Criminología, Siglo Veintiuno Editores, S.A., México, 1980.

La admisibilidad de probanzas en la segunda instancia. Alcances y límites

*Miguel Lugo Salas**

En este trabajo, se desarrollará el tema sobre la admisión de las probanzas en el trámite de la apelación o de segunda instancia, dadas las particularidades que reviste, porque en la práctica cotidiana, algunas probanzas que son ofrecidas por la defensa o el inculpado, son desechadas, por las razones y motivos que se expondrán más adelante y ello trae como consecuencia que se deje en total estado de indefensión al reo e imposibilitada la defensa de expresar los agravios en determinado punto, porque la prueba, al no ser admitida, trae como consecuencia que, en los agravios expresados, no se pueda invocar dicha probanza a favor del indiciado, para que se declare fundado el agravio, simple y sencillamente porque el juzgador de segunda instancia no podrá valorar dicha probanza, al no haberla admitido, ello obviamente, sin perjuicio de interponer el recurso de revocación en contra de la negativa de la admisión (que casi siempre se confirma) y luego alegar dicha violación procesal en el Amparo Directo respectivo.

Previo al estudio del tema, se hace necesario relacionar, como antecedentes, la opinión de los doctrinarios respecto a las pruebas en materia penal, como enseguida se abordará.

Guillermo Colín Sánchez considera que la prueba es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento penal; de ésta

* Defensor Público Federal.

dependerá el nacimiento del proceso, su desenvolvimiento y la realización de su último fin. Etimológicamente, prueba proviene de probandum, cuya traducción es: patentizar, hacer fe. Para Vicente y Caravantes, prueba, del adverbio probe, significa: honradamente, porque se piensa que toda persona, al probar algo, se conduce con honradez. Gramaticalmente, es un sustantivo referido a la acción de probar; es decir, a la demostración de que existió la conducta o hecho concreto; origen de la relación jurídico-material de Derecho Penal, y luego, de la relación jurídica-procesal.

Florián, al estudiar el tema, señala: En el lenguaje jurídico la palabra "prueba" tiene varios significados. Efectivamente, no sólo se llama así a lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad y certeza del hecho, o cosa, sino también este resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo.

Prueba, en materia penal, es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del presunto delincuente, y bajo esa base definir la pretensión punitiva estatal.

Adato Green y García Ramírez, comentan: "Si el juzgador ha de resolver sobre un tema litigioso, debe esclarecer determinados extremos –la perpetración del delito, las circunstancias en que éste se produjo, la participación del imputado, ciertos aspectos relativos a la personalidad del infractor, fundadamente– y adquirir la certeza que apoye, razonablemente, la emisión de sentencia. En el proceso penal, donde entran en juego bienes del más alto valor social, generalmente indispensables, domina la necesidad de establecer la verdad histórica, material o real; de ahí el descollante papel de la prueba y las amplias potestades de indagación del juzgador, que no puede, sin embargo, suplir las deficiencias probatorias o acusatorias del Ministerio Público.

En el más amplio sentido de la palabra, la prueba se entiende como un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho. La sentencia, que ha de versar sobre la verdad de los

hechos de la acusación, tiene por base la prueba. Suministrar la prueba de los hechos del cargo, tal es la misión de la acusación; en cuanto al acusado, hacer venir a tierra el aparato de las pruebas contrarias, y presentar las que le disculpan. Un tercer personaje, el juez instructor, establece por su parte la prueba de diversos hechos decisivos en el proceso; y por fin, los magistrados fundan su decisión sobre aquellos hechos que miran como demostrados. Se ve, pues, que sobre la prueba gira la parte más importante de las prescripciones legales en materia de procedimiento criminal. Descubrimiento de la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos de orden físico o de orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.

Probar-indica Chiovenda-significa formar el convencimiento del juez acerca de la existencia o no existencia, de hechos de importancia en el proceso. Por su parte, Carnelutti, dice que las pruebas son los objetos mediante los cuales el juez obtiene las experiencias que le sirven para juzgar. Igualmente dice que se entiende por prueba la actividad de las partes y del tribunal encaminada a proporcionar al juez la convicción de la verdad o de la falsedad de un hecho.

A su vez Schonke, nos ilustra diciéndonos que se entiende por prueba todo lo que en el proceso puede conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio con el cual aquél termina y continúa expresando: a) Objetivo de prueba es lo que en proceso hay que determinar, es el tema a probar (*thema probandum*), y consiste en la cosa, la circunstancia o el acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso: por ejemplo, el homicidio exige la prueba de la muerte del quejoso; b) Órgano de prueba es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de la prueba; en el homicidio, por ejemplo, el testigo que declara haber presenciado el hecho de la muerte; c) Medio de prueba es el acto por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba: por ejemplo: la declaración del testigo, el informe del perito.

Es sabido que la finalidad del derecho procesal en general y del derecho procesal penal en particular, es reconocer y establecer una verdad jurídica; tal fin se alcanza por medio de las pruebas que se asumen y se valoran según las normas prescritas por la ley del procedimiento.

Ahora bien, el procedimiento penal mexicano contempla los siguientes sistemas probatorios: a) sistema libre; b) sistema tasado y c) sistema mixto.

SISTEMA LIBRE

Por lo que se refiere a este sistema, se toman como ejemplo los extremos del artículo 206 del ordenamiento adjetivo federal, el cual indica que se admitirá como prueba: "todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra el derecho, a juicio del juez tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad".

En efecto, cuando el Ministerio Público recibe noticia de un determinado hecho criminal, sea que se haya realizado o se pretenda realizar, de inmediato procederá a integrar la Averiguación Previa correspondiente, practicando las actuaciones, desahogando pruebas periciales, confesionales, testimoniales, interrogatorios, diligencias e inspecciones conducentes, con objeto de recabar y aportar todos los elementos de convicción necesarios para la comprobación del cuerpo del delito que se trate y hacer probable la responsabilidad del sujeto activo en su comisión, por lo que al ejercitar la acción penal que le compete, lo hace fundado en el acervo probatorio que contiene la Averiguación Previa. En conclusión, todo el procedimiento penal descansa sobre una obra arquitectónica construida por el Ministerio Público, como lo es la Averiguación Previa perfectamente integrada, que constituye el cimiento fundamental del proceso, por lo que si el Representante Social falla, todo el edificio se colapsará y el acusado obtendrá su libertad. Como fundamento legal del principio o sistema de prueba libre tenemos el artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en íntima relación con el diverso numeral 206

de este Código Procesal en comento, puesto que tanto el acusado y la víctima u ofendido por el delito, en su caso, así como el Ministerio Público en su papel de parte, tienen derecho a aportar todas las pruebas permitidas por las disposiciones antes invocadas, sin más impedimento que las mismas no vayan contra el derecho, la moral o las buenas costumbres.

SISTEMA TASADO DE PRUEBA

Éste se sustenta en la verdad formal, basándose exclusivamente en los medios probatorios establecidos por la ley y para cuya valoración el juez debe sujetarse a las reglas establecidas para tal efecto y que constituyen una necesidad de prevenir arbitrariedades e ignorancia del juez. Es decir, que en este caso el órgano jurisdiccional debe sujetarse a las pruebas señaladas en el Código Procesal Penal de que se trate, como son la Confesión, Inspección, Pericial, Testimonial, Confrontación, Careos y Documental. En relación a este sistema, González Bustamantes afirma que no son los jueces los que, según los dictados de su conciencia, deben juzgar de un hecho determinado, sino que sus fallos deben sujetarse a la norma preestablecida por la ley y no a su libre albedrío, por lo que sus resoluciones deben dictarse apreciando las pruebas de acuerdo con las reglas procesales para su valoración.

SISTEMA MIXTO

Se le considera como la combinación que surge entre el libre y el tasado, o sea, que no obstante que las partes deben sujetarse a las pruebas señaladas en la fracción V del artículo 20 Constitucional y el 206 en comento, así como la obligación del juez de observar las reglas para su valoración, las partes también pueden ofrecer y desahogar cualquier elemento probatorio que contribuya a la búsqueda de la verdad, siempre que no estén en contra del derecho, la moral o las buenas costumbres y dejar al juzgador su libre albedrío para valorarlas. Sin embargo, Fernando Arillabas aduce que existe el cuarto sistema, que es el de la sana crítica, que sujeta la valoración de la prueba tanto a las reglas de la lógica como a la experiencia del juez.

En el procedimiento penal mexicano existen los siguientes medios enunciativos pero no limitativos de prueba: a) La confesión; b) La inspección; c) La pericial; d) La testimonial; e) La confrontación; f) Los careos y g) La documental.

Ahora bien, se argumenta que para que la prueba adquiera pleno valor probatorio legal, nuestro sistema debe sujetarse a los siguientes principios:

a) El de inmediación, consistente en que el juez deberá recibir personalmente las pruebas, con excepción de las que deban practicarse fuera del lugar de la residencia del tribunal o de la jurisdicción, las que se desahogarán mediante exhorto, despacho o requisitoria. Lo primeramente expresado significa que en todo acto procesal de desahogo de prueba el juez debe estar presente (obligación que en la mayoría de los casos se delega en el Secretario de Acuerdos), apreciar de visu el desarrollo de su realización y estar en posibilidad de formular preguntas y ordenar la práctica de otra que surja como consecuencia del tal acto procesal e indirectamente delegar facultades a otras autoridades para el desahogo de probanzas.

b) El de contradicción, principio procesal que indica que el desahogo de toda prueba debe llevarse a cabo con citación de la parte contraria, sea la víctima u ofendido del delito o el Ministerio Público, pues de no cumplirse con ello, tal acto procesal carece de validez legal por dejarse con ello a una de las partes en estado de indefensión, debido a que tiene derecho de estar presente y formular las preguntas que estime procedentes a sus intereses.

c) El de publicidad, según el cual las audiencias deben celebrarse en el lugar donde el público tenga libre acceso.

d) El de legalidad, consistente en que cada prueba debe ofrecerse, admitirse y desahogarse cumpliendo con los requisitos de forma, formalidades y solemnidades.

e) El de equilibrio entre las partes, significando que las mismas deben gozar de derechos iguales dentro del procedimiento, puesto que si una de ellas ofrece dos o más pruebas, la otra tiene derecho de hacer lo mismo, también de formular preguntas o repreguntas.

f) La idoneidad, Consistente en que todas y cada una de las pruebas que ofrezcan las partes dentro del procedimiento, deben ser aptas para inducir al juez al pleno conocimiento de la verdad y no se vea en la necesidad de desecharlas por inconducentes, improcedentes o inútiles.

Rafael Pérez Palma agrega que los procesalistas para el estudio de las pruebas, han hecho de éstas diversas clasificaciones y así consideran que las hay:

a) Directas e indirectas.— Las primeras son las que, por sí mismas y de manera directa, tienden a acreditar el hecho que se investiga. Las segundas no demuestran el hecho investigado, de manera directa e inmediata, pero sí otro, del que la culpabilidad puede ser deducida o supuesta.

b) Pruebas materiales o pruebas personales.— Materiales son las producidas por las cosas, como las fracturas, las horadaciones, las lesiones; y personales las que provienen del dicho del hombre, como las testimoniales, las confesiones o las periciales.

c) Pertinentes o idóneas.— Son las indicadas, las apropiadas, las aptas o exigidas por la ley, para demostrar algún hecho determinado.

d) Útiles e inútiles.— Si se refieren a cuestiones fundamentales o esenciales del proceso, o a otras que carecen de trascendencia dentro de él.

e) Previstas en la ley o no previstas en ella.— Las primeras están enumeradas en la ley; las segundas, como los informes proporcionados por las autoridades administrativas, que no están previstos, pero son admisibles.

f) Inmorales.— No porque con ellas se pretenda probar un hecho inmoral, sino porque, en sí mismas, resultan contrarias a la moral o a las buenas costumbres.

CARGA DE LA PRUEBA

La carga de la prueba —según Manuel Rivera Silva— o sea la determinación de la persona obligada a aportar pruebas, no existe en

materia penal, pues nadie, en particular, está obligado a aportar determinadas pruebas para acreditar ciertos hechos y todos están obligados a ayudar al esclarecimiento de la verdad histórica. No es válido el principio "quien afirma está obligado a probar", pues la búsqueda de la verdad, en materia penal, es independiente de quien afirme, pruebe o no su aseveración. A pesar de las aseveraciones hechas, por lógica jurídica se pueden establecer dos reglas en lo tocante a la carga de la prueba, a saber:

1.— Si por principio general, toda persona es inocente hasta que se pruebe lo contrario, la carga de la prueba del delito, imputabilidad, culpabilidad y demás circunstancias, así como el monto del daño causado, descansa en el Ministerio Público.

2.— Ante la existencia de una presunción legal, probados los elementos descritos en la ley, la carga de la prueba descansa en el inculcado, para los efectos de destruir la presunción. La descarga de las pruebas acusatorias aportadas por el Ministerio Público dentro de la Averiguación Previa corresponde ineludiblemente al inculcado, toda vez que aquél lo acusa de ser probable responsable de la comisión de un determinado hecho criminal y éste tiene el derecho de desvirtuar esos elementos de convicción en su contra, exclusivamente por lo que concierne a la presunta responsabilidad que se le atribuye.

Marco Antonio Díaz de León, al comentar el Código Federal de Procedimientos Penales, precisa que los tres criterios para establecer si una prueba es contraria a derecho son: los que se refieren al medio en sí, los que tienen que ver con su producción, o bien, los que se relacionan con el hecho particular a investigar.

Los fundamentos que sirven para determinar la ilicitud de los medios de prueba en sí, derivan de no tener validez científica reconocida, de atentar contra la moral, la libertad o la dignidad de las personas o de no estar autorizadas por la ley o bien porque las prohíba.

En cuanto al trámite de su producción, se consideran contrarias a derecho aquellas pruebas que en su actuación se apartan del

procedimiento establecido en la ley para su desahogo. La ilicitud no se refiere aquí al medio en sí, que puede estar aprobado por la ley procesal, sino que la ilegalidad sobreviene al apartarse de las formas y procedimientos determinados para su ofrecimiento y desahogo.

Y el hecho particular de investigar puede originar, igualmente, la ilegalidad de las pruebas, en aquellos casos donde los medios carecen de sentido para el proceso; tales son por ejemplo, las pruebas que no tengan relación con la materia del procedimiento penal, o que se refieran a hechos no controvertidos en el proceso.

En este orden de ideas, el Título Décimo, "Recursos", CAPÍTULO II, "Apelación", del Código Federal de Procedimientos Penales, regula el trámite del recurso de apelación y los artículos que se relacionan a continuación regulan la tramitación del recurso de apelación (en lo que interesa) y la admisibilidad de las pruebas en esta segunda instancia, mismos numerales que se transcriben a continuación:

"ARTÍCULO 363.— El recurso de apelación tiene por objeto examinar si en la resolución recurrida no se aplicó la ley correspondiente o se aplicó ésta inexactamente, si se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba, si se alteraron los hechos o no se fundó y motivó correctamente.

ARTÍCULO 364.— La segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte legítima, para resolver sobre los agravios que estime el apelante le cause la resolución recurrida..."

"ARTÍCULO 373.— Recibido el proceso, el duplicado autorizado de constancias o el testimonio, en su caso, *el tribunal lo pondrá a la vista de las partes por el plazo de tres días; y si dentro de ellos no promovieran prueba, se señalará día para la vista*, que se efectuará dentro de los treinta días siguientes a la conclusión del primer plazo, si se tratare de sentencias definitivas, y dentro de cinco días si se tratare de autos..."

"ARTÍCULO 376.— *Si dentro del plazo para promover prueba a que se refiere el artículo 373, alguna de las partes lo promueve, expresará el objeto y naturaleza de la prueba.* Dentro de tres días de hecha la

promoción, el tribunal decidirá, sin más trámite, si es de admitirse o no. *Cuando se admita la prueba, se rendirá dentro del plazo de cinco días.*

ARTÍCULO 377.— Si la prueba hubiere de rendirse en lugar distinto al en que se encuentre el tribunal de apelación, éste concederá el término que crea prudente según las circunstancias del caso.

ARTÍCULO 378.— Sólo se admitirá la prueba testimonial en segunda instancia, cuando los hechos a que se refiera no hayan sido materia del examen de testigos en primera instancia.

ARTÍCULO 379.— Siempre que se haya interpuesto el recurso de apelación en contra de una sentencia definitiva, el tribunal tiene facultad para admitir las pruebas que se no hubieren promovido o practicado en primera instancia para justificar la procedencia de la condena condicional y para resolver sobre ella al fallarse el asunto, aun cuando no haya sido motivo de agravio al no haberse concedido ese beneficio en la primera instancia. Tratándose de apelaciones respecto de los autos de formal prisión, sujeción a proceso o libertad por falta de elementos para procesar, el tribunal podrá ordenar el desahogo de las pruebas que no se hubiesen practicado, si las partes las promueven.

ARTÍCULO 380.— Los instrumentos públicos son admisibles mientras no se declare vista la causa".

En opinión jurídica del que esto escribe, si bien pudiera considerarse que la etapa de la segunda instancia es una revisión de lo actuado en la primera, ello no constituye un impedimento para la admisión de las probanzas en dicho trámite del recurso de apelación. Se considera lo anterior, porque es el artículo 373 ya transcrito, que establece el derecho del inculpado, de que puesto a la vista de las partes el expediente por el término de tres días, pueden, entre otros actos procesales, promover pruebas, es decir ofrecer pruebas, de otra forma, el legislador no hubiera creado el referido numeral. Lo anterior, se entiende, porque durante la instrucción del juicio, por descuido de su defensa, por no aportarlas el inculpado al defensor en el periodo probatorio de primera instancia o por tratarse de pruebas supervenientes, es conveniente que se le admitan las pro-

banzas que ofrezca, como se dijo, en descargo de la acusación que pesa en su contra y atendiendo al principio de que siempre se solicitará o resolverá lo más favorable al reo, en términos del artículo 20 Constitucional, Apartado A, fracción V, y 206 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En estricto orden, en la práctica, tratándose de autos de formal prisión, sujeción a proceso o libertad por falta de elementos para procesar, las probanzas son admitidas, con la condición de que se hubieren ofrecido en la primera instancia y que por causas no imputables a las partes ni al juez no hayan sido desahogadas, es decir, se trata de la reiteración de las mismas pruebas ofrecidas ante el a quo y que la ley faculta al tribunal de apelación, a admitirlas y ordenar su desahogo en términos del artículo 379, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales, lo cual en opinión del suscrito, es incorrecto, porque la propia ley permite la admisibilidad de cualquier otra probanza e incluso para ello concede un término probatorio que se abre en la segunda instancia.

Por su parte, el diverso artículo 378 del propio cuerpo de leyes, es limitante al establecer que sólo se admitirá la prueba testimonial en segunda instancia, cuando los hechos a que se refiera no hayan sido materia del examen de testigos en primera instancia, lo cual se comparte, porque sería ocioso interrogar a los testigos sobre los mismos hechos y quizá con las mismas preguntas. Sin embargo, dicha limitante no debe ser taxativa para la admisión de otras distintas probanzas, como ocurrió en un caso concreto, en el que este artículo fue correlacionado con otros para negar la admisión de diversa probanza.

Por otra parte, es común, que tratándose de la prueba testimonial de moralidad o buena conducta, cartas de recomendación, certificados de estudios o cualquier otra documental que se exhiba para acreditar tales extremos (por ejemplo, en un caso concreto, el sentenciado aportó el documento o comprobante fiscal que acreditaba que estaba cubierto el interés fiscal), dichas probanzas son admitidas con fundamento en el artículo 379 del Código Procesal de la

materia, porque se argumenta, como lo establece dicho artículo, que se ofrecen para justificar la procedencia de la condena condicional y para resolver sobre ella al fallarse el asunto. Sin embargo, diferente probanza que no tenga ese objeto es desechada, con los consiguientes perjuicios para el reo.

Por último, el numeral 380 del citado cuerpo de leyes determina que los instrumentos públicos son admisibles mientras no se declare vista la causa; sin embargo, dichas probanzas documentales públicas normalmente son desechadas y no admitidas en la segunda instancia, bajo el argumento de que no guardan relación con la procedencia de la condena condicional como lo establece el diverso numeral 379 del Código en comento, lo cual es incorrecto porque dicho numeral es terminante al establecer que serán admisibles siempre que tengan la calidad de públicos y que no se haya declarado vista la causa e incluso tengo conocimiento de que en otros circuitos se admiten con fundamento en dicho numeral, incluso documentales privadas.

Ahora bien, en opinión jurídica del que esto escribe, debe proceder la admisibilidad de las probanzas en la segunda instancia, ello obviamente dentro del marco normativo vigente y con las limitaciones que en la propia ley se establecen, por las siguientes razones jurídicas.

Dispone el artículo 20 Constitucional, Apartado A, fracción V, que: "En todo proceso del orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: A: Del inculpado: I.— ... II.— ... III.— ... IV.— ... V.— *Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca*, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

A su vez, el Código Federal de Procedimientos Penales estatuye:

"ARTÍCULO 206.— *Se admitirá como prueba* en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre

que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal..."

En este orden de ideas, del numeral 206 antes referido, el mismo establece la admisibilidad de todo medio de prueba, siempre que pueda ser conducente y cuando no vaya contra derecho.

En tal contexto, nuestra Carta Magna, no establece ninguna taxativa o limitante para la admisión de las pruebas, pues estatuye que se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca y aun cuando pueda deducirse que el Código Procesal imponga para la admisión de las pruebas, que se admitirán siempre que puedan ser conducentes y no vayan contra el derecho, tal norma de menor jerarquía no puede estar por encima de la norma fundamental. Sin embargo, el Código Adjetivo establece que se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra derecho, lo cual permite al inculpado ofrecer las pruebas que él considere necesarias para su mejor defensa.

Hay que tener en cuenta que en el trámite de todo asunto penal, hay entre las dos instancias una relación de continuidad, puesto que lo actuado en la primera sirve de base a la segunda para la resolución del recurso de apelación y existen casos en que la recepción de otras probanzas o la ampliación de las ya desahogadas, se impone para el mejor esclarecimiento de los hechos, sobre todo cuando se trata de una sentencia definitiva en que está de por medio la suerte de un reo y toda vez que se está en presencia de una nueva etapa procesal –diversa de la primera instancia– como lo es la de alzada y ante diverso órgano jurisdiccional como lo es el Tribunal Federal de Apelación, sin que sea obstáculo que jurisprudencia establezca que la fracción V del artículo 20 Constitucional determina que la prueba no debe recibirse en cualquier tiempo y a voluntad del quejoso, sino en el tiempo que la ley concede al efecto, misma jurisprudencia del rubro: "Pruebas en el proceso"; porque en términos del artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Penales, éste establece que los procedimientos de preinstrucción, instrucción y primera instancia, así como la segunda instancia ante el tribunal de apelación,

constituyen el Proceso Penal Federal, de ahí que mientras no concluya la segunda instancia, al inculcado le asiste en todo momento el derecho de ofrecer pruebas.

Es decir, es de vital importancia la admisión de las probanzas que ofrezca la defensa o el inculcado, porque constituyen elementos que pudieran ser favorables a los intereses del defendido y que servirán para que el Tribunal de alzada tenga mejores elementos de juicio al fallar en definitiva en esta instancia y con ello evitar el estado de indefensión del reo, ya que incluso la propia ley que regula el trámite de la apelación establece no solamente el periodo probatorio de tres días, sino incluso el término en que se desahogarán las probanzas y el término que el Magistrado crea prudente cuando éstas se desahogarán fuera de su jurisdicción.

Por lo que es totalmente contrario a derecho el actuar de la autoridad jurisdiccional que niega la admisión de probanzas y con dicho proceder se vulnera igualmente el derecho de todo procesado o sentenciado a la adecuada defensa prevista en el artículo 20 Constitucional, Apartado A, fracción IX, porque la defensa adecuada se entiende no únicamente con la persona del defenso, sino con el desarrollo mismo de la función y a la mayor amplitud de contar con posibilidades de aportar pruebas, tal y como lo establece igualmente el propio artículo en su fracción V; en descargo de la acusación que pesa en su contra y es durante todo el proceso penal federal que concluye en la segunda instancia, donde se practican todas las diligencias ante los tribunales, con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiere sido cometido y las peculiaridades de los inculcados así como sobre la responsabilidad penal de éstos y en términos del artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable o plena responsabilidad del indiciado, los tribunales gozan de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.

Relacionado con lo anterior, el artículo 384 del Código Federal de Procedimientos Penales, faculta al Tribunal de Apelación a decretar diligencias para mejor proveer, que en la práctica, no es otra cosa que el allegarse de elementos probatorios para resolver el asunto sometido a su potestad y que constituye una razón más para admitir las probanzas en segunda instancia y por todo lo expuesto, es dable la admisión de probanzas en la segunda instancia.

Se invocan las siguientes tesis que avalan la admisibilidad de las probanzas en la segunda instancia, aclarando que únicamente se invocan, por falta de espacio, el rubro y el razonamiento:

PRUEBA DOCUMENTAL PÚBLICA, EL JUZGADOR, TIENE LA OBLIGACIÓN DE ANALIZARLA SI SE OFRECIÓ ANTES DE QUE SE DECLARE VISTO EL ASUNTO PARA DICTAR SENTENCIA. Es incorrecto el proceder del tribunal de apelación al dejar de analizar las pruebas documentales ofrecidas, si el ofrecimiento se hizo antes de que se declarara visto el asunto para dictar sentencia, en razón que conforme a lo dispuesto por el artículo 380 del Código Federal de Procedimientos Penales, dichas pruebas son admisibles mientras no se haga esa declaración.

PRUEBA DOCUMENTAL PÚBLICA EN SEGUNDA INSTANCIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO). De acuerdo a lo establecido en el artículo 204 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tabasco, en segunda instancia son admisibles toda clase de pruebas que no se hubiesen rendido en primera instancia, y que la documental pública puede ofrecerse en todo momento antes de que se dicte sentencia. Por lo tanto, si a la responsable se le solicitó el cotejo de documentos con sus originales, sin que se procediera a efectuar dicho cotejo, esa sentencia es violatoria de garantías, y deja en estado de indefensión al quejoso, si a través de esa prueba se pretende acreditar que en la causa penal de donde deriva el acto reclamado, se decretó un sobreseimiento, en cumplimiento de una diversa ejecutoria del amparo concedido a la quejosa.

PRUEBAS DE APELACIÓN. Teniendo en consideración que en el trámite de todo asunto penal, hay entre las dos instancias una

relación de continuidad, puesto que lo actuado en la primera sirve de base a la segunda para la resolución del recurso de apelación, lo cual en principio hace innecesaria en ésta la repetición de pruebas bien practicadas; sin embargo, existen casos en que la recepción de otras probanzas o la ampliación de las ya desahogadas, se impone para el mejor esclarecimiento de los hechos, sobre todo cuando se trata de una sentencia definitiva en que está de por medio la suerte de un reo. Tal pensamiento es, a no dudarlo, el que campea en el Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer en su artículo 376 la posibilidad de que las partes en la apelación promuevan pruebas "expresando el objeto y naturaleza de la misma", sin más limitación que la prevista para la testimonial y que consiste en que ésta se refiera a hechos que no hayan sido materia del examen de testigos en primera instancia, y lo cual está demostrando que el legislador no quiso que la apelación fuera una simple revisión del derecho, sino de la realidad de las cosas por interés mismo del delincuente y la confianza que la sociedad debe tener en una justa administración de la justicia. En estas condiciones, es inconcuso que la recepción es pertinente para no dejar en estado de indefensión al inculpado.

PRUEBAS, OFRECIMIENTO Y RECEPCIÓN DE, EN SEGUNDA INSTANCIA. De acuerdo con el artículo 20 constitucional, los juzgadores están obligados a recibir todas aquellas pruebas que ofrezcan los acusados por sí o por medio de sus defensores, sin que sea impedimento para ello que se ofrezcan en la segunda instancia, pues el artículo 373 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que "si dentro de ellos (se refiere al término de tres días) no promovieren prueba se señalará día para la vista ...", lo que significa que en la referida instancia sí se pueden promover pruebas y no deben desecharse, so pretexto de que el recurso de apelación tiene por objeto examinar si en lo recurrido se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba.

PRUEBAS EN LA APELACIÓN. ADMISIÓN DE LAS. CUÁNDO PROCEDE. Del texto de los artículos 373, 376 y 378

del Código Federal de Procedimientos Penales, se obtiene que en el procedimiento de segunda instancia las partes pueden ofrecer y rendir pruebas, con la única limitación de que el anuncio se haga dentro del término de tres días que al efecto se les señala en el auto de radicación y que, tratándose de la testimonial, ésta se refiera a hechos que no hayan sido materia de examen de testigos en primera instancia. Así que, con independencia de que ante el juez instructor se ofreció la prueba de testigos y que tal ofrecimiento fue rechazado, por extemporáneo, así como que el auto relativo no se hubiese impugnado, ello no significa que tal prueba no pueda ser admitida y desahogada en segunda instancia, debido a que se dan los requisitos de ley y no puede sostenerse que el auto que denegó su admisión hubiese quedado firme, por no haber sido materia de impugnación, dadas las facultades que se confieren al tribunal de apelación en tales dispositivos, en materia de recepción de pruebas.

Reflexiones en torno al servicio de defensa pública en ejecución de sentencias

*Concepción Luna Arellano**

CONSIDERACIÓN PREVIA

El presente artículo no pretende de ninguna manera ser una guía consultable sobre los diversos procedimientos administrativos y judiciales en materia de ejecución de sentencias, ni mucho menos erigirse en un documento dogmático o teórico al respecto, sino más bien busca reflexionar en torno a las diversas aristas que actualmente presenta la prestación del servicio de defensa pública en esta etapa.

INTRODUCCIÓN

La Defensa Pública Federal, actividad loable encomendada al Instituto Federal de Defensoría Pública, constituye un derecho fundamental de todos los gobernados, establecido en el artículo 20 de nuestra Carta Magna, derecho que busca garantizar la adecuada defensa en materia penal.

Precisamente en busca de esa garantía, el Instituto cuenta con un cuerpo de defensores públicos federales, integrado por profesionistas capacitados para ello, cuyas facultades y obligaciones se encuentran plasmadas en la Ley Federal de Defensoría Pública y las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del propio Instituto.

Así tenemos que la referida Ley en su artículo 4°, fracción I, señala que los servicios de defensoría pública se prestarán a través

*Delegada del Instituto Federal de Defensoría Pública.

de Defensores Públicos, en los asuntos del orden penal federal, desde la averiguación previa hasta la ejecución de las penas.

En ese contexto, se observa que el servicio de defensa pública es una actividad que incluye la etapa de ejecución de las sentencias, la cual se regula entre otros ordenamientos por el Código Penal Federal, Código Federal de Procedimientos Penales y por la Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados.

Derivado de lo anterior, la actividad del defensor público federal en materia de ejecución de sentencias es un tanto dispersa, dado que se advierte que para ese efecto puede promover tanto en órganos jurisdiccionales como ante autoridades administrativas. En ese sentido, los beneficios que comprende la legislación son, entre otros:

- a) El indulto y el reconocimiento de inocencia: se encuentran comprendidos entre los artículos 94 y 98 del Código Penal Federal, son un caso verdaderamente ejemplificativo de la dispersión de la actividad del defensor en esta etapa, pues a primera vista pareciera que se trata de instituciones distintas, pero de acuerdo a la interpretación del Máximo Tribunal, podemos hablar de que el indulto puede darse por gracia o por reconocimiento de inocencia, aquél se tramita ante el Ejecutivo y éste ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación; consecuentemente, el reconocimiento de inocencia es un medio para obtener el indulto¹;
- b) Libertad preparatoria, artículo 84 del Código Penal Federal;
- c) Conmutación de sanciones, previsto en el diverso 73 del mismo ordenamiento;
- d) Modificación de la sanción, en el 75 del Código Penal Federal; y
- e) Tratamiento preliberacional comprendido en el artículo 8º de la Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados.

¹ Visible en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, Primera Parte, Julio a diciembre de 1988, página, 152 bajo el rubro INDULTO. POR GRACIA O POR RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. TIPOS DIVERSOS.

Para cumplir con dicha actividad, el defensor público podrá hacer uso de todos los medios legales que estén a su alcance, a fin de que los defendidos sean procesados en el marco de la garantía contenida en el artículo 20 constitucional, y los sentenciados en el cumplimiento de las penas, reciban un trato justo, así como los beneficios preliberacionales a que en su caso tengan derecho.

Ahora bien, no obstante que existen defensores públicos federales adscritos a las agencias del Ministerio Público de la Federación, así como a los órganos jurisdiccionales, para garantizar la adecuada defensa, no se advierte un señalamiento especial de defensores públicos que se encarguen exclusivamente de la ejecución de sentencias, por lo que, actualmente dicha función recae en los defensores públicos adscritos a los órganos jurisdiccionales, destacando que, en la práctica y por la naturaleza de los asuntos, quienes generalmente se encargan de la actividad de defensa después de concluido el procedimiento son los adscritos al órgano jurisdiccional que conoció de la causa penal, a efecto de que represente al sentenciado de mérito y promueva lo que en derecho proceda.

En tal virtud y tomando en consideración las cargas de trabajo que en ocasiones se tienen en los Juzgados y Tribunales Federales, se advierte que el servicio de defensa pública, en etapa de ejecución de sentencias, paulatinamente pasa a segundo término tomando en cuenta la preponderancia de las actividades en averiguación previa, primera y segunda instancia; dejando de lado la relevancia que importa al estado la readaptación social de los defendidos.

Por ello, este trabajo está encaminado a reflexionar sobre la trascendencia de esa etapa de la defensa y la necesidad de servidores públicos encargados exclusivamente de velar por el cumplimiento de los derechos de los defendidos en la ejecución de sus penas. En la materia, es un esfuerzo importante el que realiza la Dirección de Ejecución de Sentencias adscrita a la Unidad de Defensoría Pública de nuestro Instituto, al fungir como enlace entre los defendidos, las delegaciones y la autoridad ejecutora federal, además de que en apoyo a esta actividad realizan demandas de amparo por derecho de

petición, cuando los sentenciados solicitan algún beneficio y la autoridad ejecutora no da respuesta, y un sinnúmero de actividades que amplían los horizontes de la defensa en esta etapa, debido a la enorme complejidad que implica cada uno de los beneficios a los cuales tienen derecho los sentenciados.

ANÁLISIS DE LA ETAPA EN FUNCIÓN DEL MARCO LEGAL

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Penal Federal
- Código Federal de Procedimientos Penales
- Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados
- Ley Federal de Defensoría Pública
- Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto

Ya sabemos que las actividades de defensa pública son realizadas en términos del 20 constitucional. En esa tesitura, dentro del marco jurídico que rige al Instituto Federal de Defensoría Pública, en la parte que nos interesa, se desprende, entre otros dispositivos, el artículo 4, de la Ley Federal de Defensoría Pública, que en su fracción I establece que el servicio de defensa pública se prestará desde la averiguación previa hasta la ejecución de las penas; el diverso 12, que en su fracción VIII establece que el servicio de defensoría pública, ante los Juzgados y Tribunales, comprende "practicar las visitas que sean necesarias a los centros de reclusión con el objeto de comunicar a su defendido el estado procesal en que se encuentra su asunto, informar los requisitos para su libertad provisional bajo caución, así como aquellos para obtener los beneficios preliberacionales que en su caso correspondan"; así mismo la fracción IX, refiere: "Vigilar el adecuado cumplimiento de las sentencias, procurando para sus representados, los beneficios que, en su caso, establezcan las disposiciones legales aplicables"

Como se puede apreciar, la ley que nos rige, oportunamente establece que el servicio de defensa pública se presta inclusive en la etapa de ejecución de las penas, vinculando para tal fin a los defen-

sores públicos asignados a tribunales y juzgados, quienes deberán vigilar el adecuado cumplimiento de la sentencia y procurar beneficios para sus representados, para lo cual se indica que deberán informarles en visita carcelaria los requisitos necesarios para el logro de alguno de ellos.

Ahora bien, con la finalidad de atender la etapa de ejecución de sentencias, la fracción VII del artículo 7 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública señala como una de las funciones de la Unidad de Defensoría Pública y Evaluación en Materia Penal el: "apoyar las peticiones que formule el defensor público, el sentenciado o sus familiares, para la obtención de los beneficios que prevén las leyes, constituyendo un enlace institucional con las autoridades competentes y que permita participar en los procedimientos de ejecución de sentencias a los servidores públicos del Instituto".

El precepto señalado en el párrafo anterior, refiere la base de la Dirección de Ejecución de Sentencias, la cual precisamente constituye un enlace institucional sumamente útil y práctico, permitiendo, por ejemplo, mayor celeridad en la presentación de documentos ante la autoridad ejecutoria federal, y sirviendo de orientador para los defensores públicos en esta materia.

No está de más señalar que del análisis de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto se observan dos secciones, relativas, una, a la defensa pública en averiguación previa, la otra, a la defensa pública ante órganos jurisdiccionales; no obstante que de los artículos 26 y 27 de la sección segunda se desprenden otras obligaciones para los defensores públicos en tales instancias *además de las que señala el artículo 12 de la Ley* (en el cual se contempla la ejecución de sentencias) es de hacer notar que no se dedica una sección específica a la etapa de ejecución.

En este punto tiene una relevante intervención la Delegación y los defensores públicos federales de primera instancia, quienes se encargan de tramitar en los centros de reclusión las constancias que sirvan para acreditar cada uno de los puntos anteriores, a saber: cons-

tancias de reclusión, buena conducta, laboral (principalmente) actividades deportivas, académicas, culturales, y todas aquellas que permitan establecer la readaptación plena del sentenciado; además, se pide a los familiares que obtengan una carta de ofrecimiento laboral, así como aval moral a favor del sentenciado. No obstante, el problema se presenta por cuanto a la fracción II del artículo, en virtud de que la razón principal por la cual el órgano técnico niega (momentáneamente) el beneficio de preliberación, es precisamente la falta de los estudios de personalidad, en este caso (ante la negativa por este motivo), la Dirección de Ejecución de Sentencias apoya en la realización del amparo indirecto correspondiente para insistir en la obtención de la respuesta solicitada.

PROBLEMÁTICA

Como ya quedó establecido, actualmente no existen defensores públicos encargados exclusivamente de la etapa de ejecución de sentencias, lo que conlleva a que la actividad de la defensa en esa etapa ocupe un lugar secundario en las funciones de los defensores, considerando las altas cargas de trabajo y la encomienda primordial respecto de la representación dentro de los procedimientos penales en averiguación previa, primera y segunda instancias, así como en el caso del amparo.

La cualidad secundaria de la etapa, se constata en el hecho de que el esfuerzo que en esta materia realizan los defensores no es considerado por el supervisor y que incluso no existe un rubro particular en el libro de gobierno para anotar la actividad realizada en este campo.

La actividad del defensor después de concluido el procedimiento, no consiste únicamente en verificar el trato adecuado dentro de los centros de reclusión, si no el buscar la aplicación de beneficios preliberacionales, e incluso, de ser el caso, iniciar procedimientos a través de los cuales se logre el reconocimiento de inocencia o el indulto; o bien el tramitar alguno de los beneficios preliberacionales que establece la ley.

En la actualidad, todos los defensores públicos federales tienen encomendada esa actividad de defensa, sin embargo, las variadas cargas de trabajo en ocasiones impiden que esos servidores realicen por decisión propia esa función, considerando además el alto número de sentenciados por delitos federales que actualmente cumplen sus condenas. Es por ello, que se reitera la trascendencia de defensores públicos federales, encargados exclusivamente de velar por los derechos de las personas que han sido sentenciadas por delitos del fuero federal, pues de ser el caso, tendrían mayor oportunidad de atender, cuando sean procedentes, las peticiones de los sentenciados.

Se destaca que, actualmente, los expedientes integrados por los defensores públicos son dados de baja en el momento en que la sentencia causa ejecutoria, no existiendo continuidad para documentar la actividad del defensor, previa a la sentencia definitiva, lo que además obstruye la revisión por parte de las delegaciones del cumplimiento de la función del defensor en esa etapa.

Por ello y considerando que en la última década la defensoría pública ha pugnado por el respeto a la garantía contenida en el artículo 20 de nuestra Carta Suprema, obteniendo logros importantes y sobre todo mayor efectividad, se considera que, una vez que existan defensores con la función específica, en cumplimiento de las sentencias, se va a cubrir en todos sus aspectos con el derecho fundamental establecido.

No deben pasarse por alto los logros obtenidos por los defensores públicos federales en esa área, pues aun con la carga de trabajo derivada de la defensa penal dentro del procedimiento, los defensores públicos realizan los diferentes trámites señalados, destacando principalmente la labor respecto de los trámites preliberacionales, misma que constituye un alto número de demandas de amparo y visitas carcelarias relacionadas con esa función. Sin embargo, se considera que, de existir defensores públicos asignados exclusivamente a esa función, se obtendrían mayores logros dado el cúmulo de trámites que conlleva obtener esos beneficios, pues como es sabi-

do, la actuación del defensor público después de concluido el procedimiento está dirigida ante autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales, dependiendo del caso en concreto.

Otro de los puntos a resaltar es que, en la mayoría de los casos, la actividad del defensor público en la etapa de ejecución de sentencias, se da a petición expresa de los defendidos, quienes generalmente se comunican a la Delegación para solicitar ser visitados por un defensor, con el objeto de que se les explique respecto de los trámites preliberacionales, y en su caso se les promueva el que corresponda.

Por citar un ejemplo, a raíz de las reformas a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y Código Penal Federal en relación a los delitos de portación de arma de fuego sin licencia y portación de arma del uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, en los que las penas mínima y máxima fueron modificadas, motivando la necesidad del trámite de incidentes de adecuación de la pena, algunos órganos jurisdiccionales lo realizaron de oficio; sin embargo, otros no, y es el caso que muchos sentenciados por dicho delito no conocían el mecanismo para adecuar su pena y dado que no existe el seguimiento adecuado, los defensores públicos federales no tenían acercamiento con los sentenciados para apoyarlos en los trámites relacionados con tal incidente.

Por su parte, en relación a los delitos establecidos en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el problema se presenta cuando los defendidos son sentenciados por delitos del fuero federal y común y frente a tal situación desconocen su situación jurídica; por ejemplo, existen asuntos en los que el interno ha sido sentenciado por el delito de robo de vehículo y portación de arma de fuego sin licencia, es común en estos casos que no sepan qué pena están compurgando (la federal o la local), cuántas sentencias están compurgando, cuándo van a salir, si es procedente o no que compurguen simultáneamente sus penas, si tienen derecho o no a un beneficio de preliberación, qué beneficios les otorga su condición de indígenas, etcétera; es decir, una serie de peculiaridades y

particularidades para cada asunto, lo que pudiera beneficiar al defendido, pero que dado el poco seguimiento que existe las desconocen y en muchos casos terminan compurgando dos penas que pudieran haber compurgado al mismo tiempo.

Al respecto, orientan los criterios jurisprudenciales que al efecto se citan:

JUEZ DEL PROCESO, ES LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA APLICAR LA REFORMA A LOS ARTÍCULOS 25 Y 64, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL (PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 26 DE MAYO DE 2004), Y NO EL COMISIONADO DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DESCONCENTRADO DE PREVENCIÓN Y READAPTACIÓN SOCIAL DE LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA.

Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Marzo de 2006; Página: 2023; Tesis: I.2o.P.124.P; Tesis aislada; Materia Penal.

REDUCCIÓN DE LA PENA. LA APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE AL REO, AÚN CUANDO YA ESTÉ EN EJECUCIÓN LA SENTENCIA, CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUDICIAL (LEGISLACIÓN FEDERAL).

Contradicción de tesis 106/2005-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito. 09 de noviembre de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalía Rodríguez Mireles.

En la misma tesitura, se debe destacar la deficiente actuación del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública, el cual tiende a responder tardíamente, en ocasiones dilata hasta

3 o 4 meses, y cuando contesta lo hace sin fundamentación ni motivación, lo que origina la promoción de juicios de amparo indirectos que igualmente pueden tramitarse en 2 o 3 meses, retardando con ello el egreso de sentenciados que cubren con los requisitos necesarios para obtener su libertad.

Ello además, en perjuicio del estado y la sociedad, pues resulta evidente que en la actualidad la sobrepoblación existente en los centros de reclusión es un generador importante de problemas e irregularidades en el interior de los mismos; tal pareciera que a la autoridad ejecutora no le conviene desahogar las cárceles, ahorrar presupuesto en el mantenimiento de internos, o lo que pudiera ser aún más grave, no le interesa la efectiva readaptación del sentenciado y su reinserción en la sociedad.

El tema viene al caso, dado que la existencia de defensores públicos federales especializados, adscritos a un área particular de ejecución de sentencias, ahorraría un mayor esfuerzo en esta materia.

CONCLUSIONES

La etapa de ejecución de sentencias forma una parte importantísima de la prestación de un servicio adecuado de defensa y su efectividad trasciende incluso a las esferas de la tarea del Ejecutivo de cumplir con una efectiva readaptación social de los sentenciados.

Como se observa, el reto que implica la ejecución de sentencias bien podría merecer defensores públicos federales dedicados particularmente a la materia, pues actualmente quienes de ello se encargan son los adscritos a órganos jurisdiccionales, pero su carga de trabajo es tan preponderante que infortunadamente la ejecución de las sanciones termina por ser una labor secundaria.

Algunas de las bondades que podría generar un defensor público federal especializado en esta etapa, serían:

- Que el sentenciado reciba una mejor y especial atención respecto a la forma en la que podrá compurgar la o las sentencias a las que fue condenado.
- Desahogar la carga de trabajo de los defensores públicos de

primera o segunda instancia, encargados de manera contingente de dicha labor.

- Evitar que los sentenciados internos en un centro de reclusión compurguen tiempo innecesario.
- Colateralmente, el desahogo de la sobrepoblación de los centros de reclusión.
- Que dichos beneficios sean parte de la efectiva readaptación social del sentenciado.

LEGISLACIÓN CONSULTABLE

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Ley Federal de Defensoría Pública.
- Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

BIBLIOGRAFÍA

- *Manual del Justiciable en Materia Penal*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- *La defensoría pública federal*. César Esquinca Muñoa. Porrúa.

A nálisis del artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

*Carlos Eduardo Mendoza López**

1. INTRODUCCIÓN

La libertad es un derecho natural del hombre, protegido por nuestra Constitución, siendo esta misma la que contempla sus propios límites o restricciones, ya sea en casos de orden criminal, civil y administrativo, los cuales durante el desarrollo de este tema, nos corresponde analizar.

En México, la libertad de tránsito es un derecho subjetivo, garantizado por el artículo 11 de nuestra Constitución. Para circular libremente por el territorio nacional, no se requiere traer consigo: carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos, empero, existen casos en los cuales dicha libertad está limitada o subordinada a diversos requisitos, establecidos en las legislaciones secundarias, tal es el caso de la Ley General de Salud y de la Ley General de Población, sin que ello implique violación a las garantías individuales.

Aparentemente, este artículo es muy claro, sin embargo, si razonamos, respecto a las restricciones que hacen con frecuencia las autoridades policíacas, ya sea a nivel Estatal o Federal, cuando implementan los retenes en diversas carreteras, podríamos analizar si estas autoridades están violando la libertad de tránsito o no.

* Oficial Administrativo.

Para el desarrollo del tema, comenzaré con un poco de historia en cuanto al precepto en estudio, es decir, refiriendo diversos países en cuanto a su cultura antigua, hasta llegar al nuestro. Además, es importante examinar el concepto de libertad desde un punto de vista filosófico, así como jurídico; de igual manera también, será necesario dedicarle importancia al estudio del concepto de "garantía de libertad", analizando las restricciones que existen a la misma libertad de tránsito y así concluir con una opinión personal sobre el citado artículo 11 constitucional.

2. DESARROLLO

2.1. LA LIBERTAD A TRAVÉS DE LA HISTORIA

En las culturas griega y romana, entre otras, no podía hablarse de la libertad como una cualidad esencial de todos los individuos; la existencia de la esclavitud y de privilegios clasistas imposibilitaba la libertad común. Unos eran hombres libres y otros esclavos. Los primeros contaban con prerrogativas negadas a los segundos. Incluso en el ámbito jurídico se reguló profusamente la institución de la esclavitud, a fin de que el acceso a la libertad respondiera al cumplimiento de determinados requisitos.

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente, punto de partida de la Edad Media, la libertad continuó al alcance de unos cuantos. La esclavitud prevaleció y variaron sus formas. Surgieron regímenes como el feudalismo y la gleba, que entrañaban para muchos, condiciones de vida opresivas. Por lo demás, la fortaleza de las clases nobles implicaba desplegar acciones gubernamentales tendientes a impedir el acceso pleno a la libertad para todos.

En México, la libertad no fue tomada plenamente en serio sino hasta que se consumó la lucha independentista. Antes de la conquista, la sociedad destacó por su escalonada organización social, donde los nobles dominaban a los esclavos, quienes solían pagar con la vida cualquier intento de rebelión. La llegada de los españoles transformó las condiciones de vida de los naturales, quienes pronto fueron protegidos por los clérigos que pretendían convertirlos al cris-

tianismo. Las predicas de ciertos religiosos contra el trato inhumano recibido por muchos indios, prefiguraron la expedición de leyes favorecedoras de la libertad. No obstante, el desarrollo de la encomienda¹ y el requerimiento² mantuvieron a la esclavitud como la forma de vida típica de la mayoría de los naturales.

La idea de la libertad fue un factor clave de la Revolución Francesa y adquirió rango prácticamente constitucional. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789), proclamaba en su primer artículo la igualdad y la libertad de todos los hombres. El triunfo de ese movimiento puso fin a siglos de dominación de una clase sobre otra y provocó que mundialmente se legislara a favor de la libertad individual. De hecho, a partir del siglo XVIII proliferaron declaraciones referentes a las libertades humanas. Concretamente sobresalen la propia *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* y las declaraciones de derechos de los nuevos Estados de la Unión Americana, especialmente en el estado de Virginia (1776), integrada al cuerpo de la Constitución Federal de 17 de septiembre de 1787. Esas ideas repercutieron en México, a grado tal que los próceres de la lucha emancipadora las usaron como bandera para su causa. Las primeras Constituciones del México Independiente establecieron principios de libertad en varios artículos.

Aun cuando la Constitución de 1857 contuviera un capítulo de garantías individuales, donde podía percibirse la intención de proteger la libertad, el régimen presidencial del general Porfirio Díaz, iniciado en 1876, se caracterizó por el autoritarismo y la aristocratización de la clase gobernante, además de una economía liberal a ultranza, lo que depauperó las condiciones vitales de gran

¹ Por medio de la encomienda, algunas comunidades indígenas quedaban a cargo de un conquistador o colonizador. Éste realizaba obligaciones tutelares, militares y religiosas a favor de los indígenas, quienes a cambio debían dar trabajos y tributos.

² Era un documento donde se exponía a los indígenas la existencia de un Dios único, el papado como su representación en la Tierra, la donación hecha a los Reyes Católicos, el derecho de éstos de ocupar las Indias y el deber de los indígenas antes de hacerles la guerra, con lo que se les daba la oportunidad de que aceptaran voluntariamente su situación. Si ellos no estaban de acuerdo, el propio texto establecía que se les haría la guerra, se les quitarían sus bienes, mujeres e hijos y se les esclavizaría.

parte de la población. Ese estado produjo la Revolución de 1910, movimiento del que surgiría la actual Constitución de 1917, fue específico respecto de la necesidad de proteger la libertad humana. La experiencia histórica había enseñado que el Estado de derecho exigía que el texto constitucional asegurara la libertad de los hombres. Lo anterior también se cifraba en la formación liberal de los Constituyentes, para quienes la libertad de uno consistía en hacer todo aquello que no vulnerara la de los demás. Consideraban lícito que el Estado la restringiera si ello era indispensable para proteger el desarrollo social.

2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN MÉXICO

Durante la antigüedad, precisamente en la Edad Media, la libertad de tránsito no fue conceptuada porque siempre había que recabar una autorización antes de trasladarse. Fue hasta los albores del liberalismo cuando se pensó en garantizar este derecho. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* lo consagró en su artículo 4º, relativo a qué debe entenderse por libertad. En México, desde principios de la Independencia se tomó en cuenta la posibilidad de transitar libremente por el país. *El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana* se refirió a la libertad de tránsito en su artículo 17; por su parte, las Siete Leyes Constitucionales la previeron en el artículo 2º, fracción IV, de la primera ley, que consideraba un derecho del mexicano: "*no podersele impedir la traslación de sus personas y bienes a otro país, cuando le convenga, con tal de que no deje descubierta en la República responsabilidad de ningún género, y satisfaga, por la extracción de los segundos, la cuota que establezcan las leyes*". La fracción XIV, del artículo 9º de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, prácticamente repitió el contenido del artículo transcrito de la primera ley constitucional. El estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana dedicó su artículo 34 no tanto a la libertad de tránsito como a la residencia, pues señalaba:

"A nadie puede privarse del derecho de escoger el lugar de su residencia, de mudarlo cuando le convenga, y de salir de la República y transportar fuera de ella sus bienes, salvo el derecho de tercero

y el cumplimiento de los deberes del empleo o encargo que se ejerza".

En la Constitución de 1857 se previó la libertad tanto de tránsito como de residencia en el artículo 11, cuyo texto permaneció casi idéntico en la Constitución de 1917, previsto también en el número 11.

El artículo 11 de la Constitución a la letra dice: *"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. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país"*.

El citado artículo consagra una garantía individual, como es la libertad de tránsito, o también conocida como garantía de libertad. Y para una mejor comprensión me permito mencionar un concepto de garantía individual, según la *Real Academia de la Lengua Española*. La palabra garantía proviene de garante; entre sus acepciones destacan: "efecto de afianzar lo estipulado" y "cosa que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad". Puede decirse que las garantías individuales son derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna.

El hecho de que el artículo 1° constitucional señale que: "en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución", significa que los derechos que todo ser humano tiene son perfectamente reconocidos, pero su efectividad depende de que sean garantizados —es decir, afianzados o asegurados— mediante normas de rango supremo, de modo que las autoridades del Estado deban someterse a lo estipulado por ellas.³

³ Las garantías individuales parte general, poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2ª. Edición. México D.F., 2005.

2.3. CONCEPTO FILOSÓFICO DE LIBERTAD

La palabra libertad proviene del latín *libertas*, -atis, y gramaticalmente significa: "facultad natural que tiene el hombre de obrar, por lo que es responsable de sus actos", así como "estado o condición de quien no es esclavo". La razón permite que el hombre actúe de un modo u otro, o que no lo haga, pues la idea de libertad sólo puede predicarse respecto de seres racionales. Por lo tanto, quien no es esclavo se considera libre porque nadie restringe su facultad de obrar como su razón le indique.

Aristóteles consideraba la libertad como la elección que el hombre hace de los medios que le permitan llegar a su fin último: la felicidad. En la Edad Media, autores cristianos concluyeron que la libertad consistía en elegir el bien mejor, lo que sólo podía lograrse mediante la razón. Según estos autores, antes de tal elección debía existir siempre un juicio, que facultara para elegir no sólo un bien, sino el bien mejor, y este último se obtendría si, junto con la razón y el juicio previo, el hombre contaba con una voluntad fuerte.

También se ha estudiado la libertad según una clasificación que la divide en positiva y negativa. La primera implica que un sujeto oriente su voluntad hacia un objetivo, sin que tal acto sea determinado por voluntad de otros, mientras que la segunda supone que un individuo esté facultado para obrar o no. La positiva también se entiende como autonomía o autodeterminación y generalmente alude a una colectividad, en tanto que la negativa es exclusiva del individuo y se traduce en que éste haga lo que las leyes le permiten y no haga lo que prohíben.

Filosóficamente, la libertad que importa es la negativa, la plena autodeterminación para hacer o dejar de hacer algo. Este tipo de libertad corresponde al fuero interno, de ahí que no le importe al derecho. Cuando la libertad positiva y negativa se unen, puede concluirse que una sociedad es libre, pues la libertad negativa presupone a la positiva, con tal que la facultad libertaria de los hombres no se desproporcione y en consecuencia, afecte a la sociedad.

La libertad negativa y la positiva pueden equipararse, respecti-

vamente, con la libertad subjetiva y la social. La subjetiva es propia del fuero íntimo del sujeto, en tanto que la social sí es considerada por el derecho, pues implica que cuando un sujeto exterioriza su libertad mediante actos, puede incidir en la esfera de libertad de otros. La completa libertad subjetiva sólo se concibe en el estado de naturaleza en que, según Rosseau, se encontró el hombre antes de vivir en sociedad. Actualmente la libertad se concibe con base en la normativa jurídica.

"La libertad, genéricamente considerada, es la facultad racional del hombre que le permite encauzar su voluntad hacia los objetivos que desee, sin que tal acción trascienda en el ámbito que comparte el común de los hombres y sin que nadie pueda restringirla".⁴

2.4. CONCEPTO JURÍDICO DE LIBERTAD

Jurídicamente, la libertad no puede ser sólo subjetiva. La vida social impide al hombre desplegar su voluntad como si estuviera aislado. A este respecto, conviene tener presente que la correcta marcha de todo conglomerado humano debe regirse por un principio de orden, sustento de la armonía y, por ende, de la sana convivencia social. Entonces la libertad social es relevante para el derecho, que no desconoce la trascendencia de los actos humanos del ejercicio de la libertad subjetiva. Es decir, si el acto de un individuo aislado interfiere la evolución pacífica de la sociedad, el orden jurídico debe señalar las prevenciones necesarias para que la libertad individual no altere la social.

En toda organización humana se limita imperativamente el ejercicio pleno de la libertad. Los Estados modernos deben asegurar que sus habitantes no cedan al libertinaje, de ahí que elaboren leyes destinadas no sólo a configurar las instituciones que regirán a la sociedad, sino también a establecer las restricciones necesarias al ejercicio de la libertad.

Podemos concluir que, jurídicamente, la libertad es la facultad adecuada a los intereses de la sociedad, con que el individuo realiza

⁴ Ibidem, p. 16.

los fines que se ha propuesto, dentro de los límites impuestos por el orden jurídico y a favor de la persistencia de las relaciones armónicas entre los individuos que la integran.

2.5. CONCEPTO DE GARANTÍAS DE LIBERTAD

Las garantías de libertad son un conjunto de derechos públicos subjetivos para ejercer, sin vulnerar los derechos de terceros, libertades específicas que las autoridades del Estado deben respetar, y que no pueden tener más restricciones que las expresamente señaladas en la Constitución. Su calidad de derechos subjetivos públicos permite que sean reclamables ante el Estado, que está obligado a no interferir en la esfera de garantías libertarias de los individuos, así como asegurar las condiciones para que aquéllas gocen de vigencia, imponiéndoles algunas limitaciones en beneficio de la paz, el orden y la armonía sociales.

3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 11

3.1. LA LIBERTAD DE TRÁNSITO

La libertad a que alude el artículo 11 constitucional involucra la garantía de cuatro derechos: a) libertad para entrar en la República; b) libertad para salir de ella; c) libertad para viajar en su interior, y d) libertad para cambiar de domicilio. En síntesis, la libertad de tránsito es el derecho de que goza todo individuo para desplazarse por el territorio nacional, sin necesidad de autorización o permiso previo de la autoridad, pasaporte o salvoconducto, carta de seguridad o cualquier otro requisito semejante; así como la libertad para entrar y salir del país, sin autorización o permiso previo.

Se trata de una garantía que protege sólo a los individuos, sin tomar en cuenta los medios que utilicen para desplazarse, como lo ha dado a entender el Pleno de la Corte: *Los ordenamientos legales invocados no vulneran la garantía de libre tránsito contenida en el artículo 11 constitucional, pues aun cuando establecen restricciones a la circulación de vehículos automotores en el Distrito Federal y su zona conurbada, ello no implica que se esté coartando al gobernado la posibi-*

lidad de transitar libremente por el territorio nacional, incluyendo el área mencionada, habida cuenta que la garantía individual que consagra la norma constitucional supracitada no consiste en el derecho al libre tránsito en automóvil, sino en el derecho que tiene "todo hombre", es decir, toda persona en cuanto ente individual, para entrar, salir, viajar y mudar su residencia en la República sin que para ello requiera de documentación alguna que así lo autorice, pero siempre refiriéndose al desplazamiento o movilización del individuo, sin hacer alusión en lo absoluto al medio de transporte, por tanto, ha de considerarse que la garantía de libre tránsito protege al individuo únicamente, no a los objetos o bienes en general, del mismo.

3.2. LÍMITES A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO

La libertad de tránsito puede restringirse a causa de una pena privativa de la libertad, un arraigo civil o situaciones previstas en la Ley General de Población o disposiciones sanitarias. En cuanto a la orden de arraigo, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito ha señalado: *"La orden de arraigo no sólo afecta la libertad de tránsito sino también la personal, por lo que en términos de los artículos 133 y 136 de la Ley de Amparo, procede la concesión de la suspensión provisional respecto de actos de esa naturaleza, pues al concederse esa medida, se obliga a la parte quejosa a permanecer durante el tiempo que se le fije, en un determinado inmueble, sin que pueda salir de éste"*.

Por otra parte, las fracciones VII Y VIII del artículo 3º. de la Ley General de Población aluden a cuestiones migratorias que limita la libertad de tránsito, pues señalan que la Secretaría de Gobernación podrá promover las medidas necesarias para sujetar la inmigración de extranjeros a las modalidades que estime pertinentes, así como restringir la emigración de nacionales por razones de interés nacional. Otro numeral de la ley señalada que restringe la libertad de tránsito es el 13, que establece: *"Los nacionales y extranjeros para entrar o salir del país, deberán llenar los requisitos exigidos por la presente Ley, sus reglamentos y otras disposiciones*

aplicables". Otra limitación se desprende del artículo 33 de la Constitución Federal, que permite al Presidente de la República ordenar que abandone el territorio nacional todo extranjero cuya presencia en el país juzgue inconveniente.

Para concluir, es importante hacer mención de una restricción constitucional, misma que se encuentra prevista en el artículo 29 de nuestra Constitución, ya que el Presidente de la República, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, de la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, o de la Comisión Permanente en su caso, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, sólo en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

4. CONCLUSIONES

El artículo 11, tal como lo conocemos hoy, no ha sufrido ninguna reforma desde la promulgación de nuestra Constitución vigente (1917), ya que fue tomado del mismo artículo de la Constitución de 1857, que había sido reformado en 1908 para agregar las posibles restricciones con base en las leyes de migración e inmigración y salubridad general de la República. La última frase del artículo, referida a los extranjeros perniciosos, fue agregada al artículo en el proyecto que don Venustiano Carranza presentó al Congreso en 1916.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege este bien jurídico, que es la libertad de tránsito, libertad de movimiento, es decir, que todas las personas hombres y mujeres, podemos trasladarnos a donde más nos plazca, siempre y cuando no afectemos la propiedad de otros y no nos encontremos dentro de los supuestos de restricción a esta libertad, que señala la misma Constitución Federal.

Atendiendo al concepto "todo hombre", éste no se refiere a una interpretación estricta, solamente a los hombres, sino a los hombres y mujeres, por lo que todos los ciudadanos podemos desplazarnos

libremente por todo el territorio nacional, sin necesidad de solicitar a determinada autoridad, que nos conceda alguna autorización.

Del citado artículo se desprenden cuatro elementos: 1) Entrar al país, 2) Salir de México, 3) Trasladarse por el territorio nacional, y 4) Cambiar de residencia.

El primer elemento, **entrar al país**, mediante este elemento, da la oportunidad a todos los individuos para entrar al territorio nacional, ya sea para constituir en él un domicilio, para pasear por él, o simplemente pueda pasar por el territorio nacional con la finalidad de llegar a otro. Este derecho faculta a las personas a ingresar al territorio nacional, sin que ninguna autoridad pueda restringir el ejercicio de esta facultad, a menos que la persona que pretenda ejercerlo, se encuentre en alguno de los supuestos que prevé la legislación de salud, como por ejemplo, que la persona sea portador de un virus que pueda producir una epidemia, entre otros.

Es importante señalar, que quien quiera ejercitar este derecho, deberá reunir los requisitos legales, tal como lo dispone el artículo 13 de la Ley General de Población: *"Artículo 13. Los nacionales y extranjeros para entrar o salir del país, deberán llenar los requisitos exigidos por la presente ley, sus reglamentos y otras disposiciones aplicables"*.

El ejercicio de la libertad de tránsito, se entiende que los sujetos que pretendan ejercerlo lo puedan hacerlo por vía terrestre, aérea y marítima, debiendo cumplir con los requisitos necesarios, como es el caso traer consigo un pasaporte, recibir una vacuna previa o bien, no traer determinados productos.

Por otro lado, la Ley General de Salud, prevé en determinados preceptos los requisitos que deben reunirse para poder ingresar al país: *Artículo 360. Cuando así lo estime conveniente la autoridad sanitaria, someterá a examen médico a cualquier persona que pretenda entrar al territorio nacional[...]*

Por lo tanto, la libertad de entrar al país no es absoluta, sino que para ejercerla, se debe cumplir con las disposiciones de las leyes secundarias, tales como las normas antes mencionadas.

El segundo elemento, **salir de México**, cabe mencionar que to-

dos los individuos podemos salir del país, con la finalidad de visitar otros países, sin necesidad de que el Estado al que pertenezcamos pueda impedir la salida que pretendamos realizar. La persona que haya dispuesto salir del territorio nacional, puede volver en el momento en que él decida, empero debe satisfacer los requisitos establecidos en la ley, como lo es exhibir su pasaporte.

Es importante mencionar que también la Ley General de Salud establece algunas disposiciones en materia de emigración, señalando en el artículo 367: *Las embarcaciones y aeronaves procedentes del extranjero con destino al territorio nacional, así como las que partan del territorio nacional al extranjero, deberán estar provistas de la documentación sanitaria exigida por los tratados y convenciones internacionales a que se refiere el artículo 351 de esta Ley y demás disposiciones generales aplicables.*

En materia penal, cuando en la sentencia definitiva se concede el beneficio de la condena condicional y el sentenciado se acoge a dicho beneficio, éste también se obliga hacia con la autoridad a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre el ciudadano la vigilancia.

Trasladarse por el territorio nacional. La Carta Magna nos autoriza, mediante esta disposición, a viajar por todos los Estados de nuestro país, sin necesidad de cumplir con requisito alguno, entendiéndose que el pago de peaje en las casetas de cobro de las autopistas no se debe entender como limitación a dicha garantía, ya que si bien las podemos usar, también podemos usar las carreteras libres, por lo que el pago de una caseta de cobro viene a ser el pago de un derecho para usar tal carretera.

Un caso interesante por analizar es el de los retenes que ponen en las carreteras las autoridades judiciales, militares y aun las municipales, o conjuntamente, y que son puntos estratégicos para vigilar, investigar o prevenir los delitos; en primer término, aparentemente no prohíben que la persona pueda transitar, por lo que no sería violatorio de esta garantía, empero, en el momento en que detienen el libre tránsito de una persona para revisarlo, debie-

ran mostrarle una orden por escrito, debidamente fundada y motivada, tal como lo señala el artículo 16 de nuestra Constitución, por lo tanto, son inconstitucionales dichos retenes, sólo que, pienso, nadie ha solicitado un Amparo por tal acto de autoridad, debido a que les sería más tardado elaborar su demanda de amparo que el permitir ser revisados por tal autoridad; más aún, el Juzgado de Distrito, al admitir la demanda y solicitar el informe previo, de la autoridad demandada, esta última, ya pudo haber retirado el retén que había puesto en la carretera y, por lo tanto, ya no habría acto de autoridad violatorio de garantías, es por ello que pienso que no ha sucedido tal circunstancia.

El cuarto elemento es *cambiar de residencia*, esto viene a ser que a todo individuo residente en el país le es permitido cambiar su domicilio en el momento en que le plazca y a la ciudad que le sea conveniente, por lo que residencia se debe entender como el lugar que una persona habita o donde constituye el domicilio en que ha de vivir con su familia. En un sentido amplio, cabe mencionar que una persona puede tener su domicilio en determinada ciudad, y a su vez puede ser propietario de otra casa en diferente ciudad, pero solamente uno de ellos le es reconocido como su domicilio, conociéndosele como tal aquel en el que habitualmente reside, pues así lo dispone el artículo 29 del Código Civil Federal.

Refiriéndonos a las restricciones de la libertad de tránsito, cabe mencionar el **arraigo penal**, la única autoridad que pueda hacer valer esta restricción a la libertad de tránsito, vendría a ser la autoridad judicial en casos de responsabilidad civil o criminal, pudiendo ser tal arraigo de las siguientes formas: arraigo domiciliario, arraigo en determinada circunscripción o arraigo en lugar determinado. El arraigo es una institución jurídica merced a la cual una persona ve restringida su libertad de tránsito, al no poder salir de determinado lugar, ya sea una casa o una ciudad, región o entidad, por lo que el arraigo es una forma de privar de la libertad deambulatoria a una persona.

No obstante lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha pronunciado una tesis, en la cual describe la figura del arraigo

como inconstitucional diciendo: *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 CONSGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.*

En cuanto al **arraigo civil**, legalmente es procedente que se decrete la imposibilidad de salir de determinado lugar por parte de la autoridad judicial en materia civil, es decir, por causas de responsabilidad civil se puede restringir el ejercicio de la libertad de tránsito, como cuando sucede que un Juez Civil decreta en contra de un sujeto que éste no pueda salir de determinado lugar, tal como lo dispone el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el artículo 235.

La expresión "responsabilidad civil", no solamente se refiere a la materia propiamente civil, sino también a la mercantil, laboral, agraria, administrativa, fiscal y cualquier otra distinta a la penal, hasta podemos citar al arraigo en materia de comercio, debido a que en esta materia, el mismo Código Federal de Procedimientos Civiles se aplica supletoriamente al código de comercio y, por lo tanto, podemos citar al arraigo mercantil.

Es importante tomar en consideración que el arraigo es una medida restrictiva de la libertad, razón por la cual opera en otras materias, como la civil y mercantil; ahora bien, como violación al arraigo mercantil, puede exigirse responsabilidad penal al gobernado contra de quien se decretó el arraigo, tal como lo establece el artículo 1177 de Código de Comercio, sujetándosele un proceso penal por el delito de desobediencia a un mandato legítimo de autoridad pública.

En el ámbito laboral, también se prevé la posibilidad de decretar arraigos, compitiéndole a los Presidentes de la Junta de Conciliación y Arbitraje o los de las especiales, decretar el arraigo, pues dentro de la Ley Federal del Trabajo se encuentra esta figura, específicamente en los artículos 859 y 860, que señalan, respectiva-

mente, que el arraigo tiene por efecto que el demandado: "*no se ausente del lugar de su residencia, ...*", y que para el caso de violar el arraigo, "*será responsable del delito de desobediencia a un mandato de autoridad*", debiendo formular la denuncia respectiva, el Presidente de la Junta.

Se puede limitar también la libertad de tránsito por cuestiones de emigración e inmigración, por decreto de la autoridad administrativa en atención a la aplicación de las leyes sobre emigración e inmigración del país, debiendo estar basada esta orden en las disposiciones legales vigentes y aplicables al caso concreto, es decir, debe respetarse la garantía de legalidad contemplada por el artículo 16 de la Constitución.

Así mismo, el artículo 37 de la Ley General de Población prevé algunos supuestos por los que la Secretaría de Gobernación podrá negar la entrada al país por parte de extranjeros, siendo éstas las hipótesis en que se regula lo dispuesto por el artículo 11 constitucional, en materia de restricción a la libertad de tránsito, en su modalidad de entrar al país, a cargo de las autoridades administrativas en relación a política de migración.

También la autoridad administrativa puede decretar la restricción por cuestiones de salubridad con base en cuestiones propias de la materia salubridad general en el territorio nacional, ya sea impidiendo que algún tipo de personas ingresen a México o que se trasladen por su territorio por cuestiones de epidemias, por citar un ejemplo.

Así, por ejemplo, la ley prevé la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas con determinadas enfermedades, por lo que la autoridad administrativa impedirá que dichas personas entren al territorio nacional, tal como lo señala el artículo 361 de la Ley General de Salud.

Por lo tanto, las personas que padezcan alguna enfermedad como peste, cólera o fiebre amarilla, no pueden ingresar libremente a territorio nacional, lo que representa indudablemente, una restricción a esta garantía, permitiéndose por el legislador que la autoridad

administrativa impida el ingreso a territorio nacional de personas.

En relación a la expulsión de extranjeros perniciosos en el país, el Presidente puede hacer que abandonen el país, siendo otra hipótesis de restricción a esta garantía. Es importante subrayar que la facultad constitucional está otorgada en forma exclusiva a favor del Presidente de la República (artículo 33 constitucional).

En este caso, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos no está obligado a seguir un juicio merced al cual se oiga previamente al extranjero cuya permanencia en el país juzgue inconveniente, sino que, al presentarse esta situación, el titular del Ejecutivo Federal decretará la expulsión de esa persona, aun cuando para hacerlo debe fundar y motivar legalmente ese mandamiento, tal como sucedió en el caso de los italianos que se mezclaron con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, mismos que al considerarlos sujetos perniciosos los hizo expulsar Vicente Fox, sin más trámite.

Para concluir, cabe señalar que todos los individuos, tanto mexicanos como extranjeros, podrán circular por todo el territorio nacional; sin embargo, tal garantía no es absoluta, pues tiene ciertas restricciones, mismas que ya referimos. Al igual, debemos hacer hincapié en la inconstitucionalidad de los retenes que implementan diversas autoridades judiciales, ya que éstos contravienen, el citado artículo 11 constitucional y no están previstos en las leyes secundarias, ni aún, en las leyes orgánicas de las procuradurías de cada Estado, y siendo el caso de que se realizan con la finalidad de prevenir los delitos, para poder cometer el acto de molestia, es decir, restringir el libre tránsito de las personas, debieran mostrarles una orden por escrito, suscrita por la autoridad competente, y así cumplir con el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

BIBLIOGRAFÍA

- DEL CASTILLO del Valle, Alberto, *Garantías de Gobierno*, Ed. Eja. México 2003.
- *Las Garantías de Libertad*, Poder Judicial de Federación- Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2ª. Edición. México 2005.
- *Las Garantías de Seguridad Jurídica*, Poder Judicial de Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2ª. Edición. México 2005.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. Ed. Porrúa. México 2005.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ed. Porrúa. Edición 146ª. México 2006.
- *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa- Unam. México 2004.
- *Agenda Penal Federal*, Ed. Isef. México 2005.
- *IUS 2007, Jurisprudencia y tesis aisladas*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. (CD)
- *La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación 2007*. (CD)
- *Legislación Penal y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*. México 2007. (CD)



R reformas a la Constitución

*Ángel Fernando Mex Tepal**

Las diversas reformas que ha tenido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conllevan el invariable cuestionamiento de preguntarnos si el poder constituyente permanente goza de facultades ilimitadas para realizarlas.

I.- CONCEPTOS

PODER CONSTITUYENTE.- El Poder Constituyente emite la Constitución de un Estado para luego desaparecer. En un Estado como el nuestro, el Poder Constituyente de 1917 creó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

PODERES CONSTITUIDOS.- Estos poderes son instituidos por el Poder Constituyente al emitirse la Constitución, ejercen funciones de gobierno y en nuestro sistema político son el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

PODER CONSTITUYENTE PERMANENTE.- Es el órgano competente para adicionar o reformar la Constitución. Está constituido por el Congreso de la Unión y por las Legislaturas de los Estados.

CONSTITUCIÓN RÍGIDA.- La característica de esta clase de constituciones radica en que ningún poder constituido puede mo-

* Asesor Jurídico Federal.

dificarla, pues para ello existe un poder constituyente permanente.

CONSTITUCIÓN FLEXIBLE.- Esta Constitución puede ser modificada por el Poder Legislativo.

II.- EL PODER COSTITUYENTE

Toda Constitución contempla un orden jurídico que constituye el límite inmanente del Constituyente. Del mismo modo encuentra limitantes históricas y sociológicas, políticas e inclusive de Derecho Internacional, que de alguna manera se plasman en la Constitución y constituyen instituciones jurídicas. En este sentido Jellinek, citado por el maestro Tena Ramírez¹ señala que la ampliación de la competencia del Estado encuentra siempre su límite en el reconocimiento de la personalidad individual, lo cual constituye la esencia del constitucionalismo en el mundo occidental. Acaso pudiera agregarse que sigue en pie en nuestros días, como otro elemento esencial de toda Constitución, el principio de la separación de poderes, por más que en ese punto, como en el relativo a la personalidad humana, las ideas y su expresión positiva han variado profundamente con posterioridad a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la que se inscribió enfáticamente el principio: "Toda sociedad en que la garantía de derechos no esté asignada ni determinada la separación de poderes carece de Constitución".

En efecto, precisamente esas limitaciones que tomó en consideración el Constituyente, a pesar de cualquier reforma, deben permanecer e incluso mejorarse, pues constituyen aspectos fundamentales para la existencia del Estado, siendo la única manera de conservar el espíritu garante hacia el individuo, que cree en sus instituciones precisamente porque su sistema le da la oportunidad de ser oído. Aurora Arnaiz², al comentar las ideas políticas claves que dan origen a las instituciones políticas contemporáneas,

¹Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 36ª edición, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 28.

² Arnaiz Amigo, Aurora, *Ciencia Política, Estudio Doctrinario de sus Instituciones*, 3ª edición, Miguel Ángel Porrúa, México, 1984, P. 162.

señala que: "Vivimos, por consiguiente, una auténtica crisis de valores y nos aferramos al concepto de libertad y democracia como la base de nuestras instituciones políticas". "Desde el siglo XIX hasta nuestros días, hubo que transformar los derechos innatos en garantías individuales y sociales, reconocidas por las Cartas Magnas, para que los pueblos y los individuos se sintieran amparados. Esos derechos innatos constituyeron la cuna de la filosofía cristiana, de respeto a la dignidad humana, y formó una concepción de vida del Occidente latino". "Estas garantías sociales no pasan de ser letra muerta. Están equivocados los pueblos, si creen que con concebir grandes declaraciones en pomposas Cartas Magnas como normas supremas, su misión termina ahí. Es lo contrario, su misión continúa ahí, en la vigilancia y realización de estos valores, porque los fundamentos del Estado moderno son esa separación de la Iglesia y el Estado, esa división de poderes y funciones, ese respeto a los derechos innatos, la existencia de una representación política y el reconocimiento de determinados fines educacionales que el Estado debe respetar e impartir al individuo. Todos estos valores necesitan estar entroncados con el valor fundamental de la libertad política."

III.- EL PODER CONSTITUYENTE PERMANENTE

El Poder Constituyente Permanente encuentra el sustento de sus facultades en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo artículo que determina la característica de "rígida" de aquélla, y dispone lo siguiente:

Artículo 135.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Acorde al contenido del artículo citado puede advertirse que la facultad del órgano revisor, como también se le denomina a este poder, comprende cualquier modificación a la Constitución, mediante reforma o adición, reuniendo las condiciones establecidas: a) que sea votada por las dos terceras partes de los individuos presentes que integran el Congreso de la Unión (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores); y, b) que sea aprobada por la mayoría de las legislaturas locales. En esta tesitura; una vez aprobada la reforma o adición, ésta forma parte de la Constitución y consecuentemente es Norma Suprema. Al respecto, el maestro Sánchez Bringas³ señala que: "con frecuencia se ha planteado el problema relativo a si es posible que alguna reforma o modificación constitucional, carezca de validez y, por lo mismo, pueda ser calificada como inconstitucional. Hemos afirmado que en, en general, la validez de una norma depende de que se satisfagan tres requisitos: que el órgano que la produzca disponga de la competencia y de las atribuciones para crearla; que el propio órgano cumpla el procedimiento que rige la creación de esa norma; y, por último, que el contenido de la norma no contravenga los principios sustantivos de la norma de la cual deriva".

"En el caso de las reformas, adiciones o derogaciones de la Constitución, sólo existe la posibilidad de que carezcan de validez si no se satisfacen los dos primeros requisitos mencionados, es decir, si la reforma constitucional no la realiza el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, o si ese órgano revisor de la Constitución no cumple el procedimiento ni satisface los requisitos establecidos en el artículo 135 constitucional que ya examinamos. En cuanto al contenido de la modificación constitucional, no opera la regla de que se apegue a la norma superior porque la norma creada con motivo de la reforma no tiene norma superior ya que es constitución. En síntesis, sólo es posible la inconstitucionalidad de la reforma de la Constitución si no se respetan los procedimientos que la norma básica establece en el artículo 135 constitucional". Como puede

³ Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, 2ª, edición, Editorial Porrúa, México, 1997, pp. 243 y 244.

observarse, la posibilidad del gobernado para acudir ante los tribunales federales debido a su inconformidad con alguna reforma constitucional, queda reducida a las cuestiones de legalidad en el proceso de la reforma respectiva.

Con respecto a las reformas constitucionales, el maestro Jorge Carpizo⁴ va más allá del artículo 135 constitucional pues considera que la Constitución de 1917 amerita algunas reformas constitucionales para reforzar el sistema de pesos y contrapesos entre los poderes y para introducir mecanismos de gobierno semidirecto, como son el referendo y la iniciativa popular, pues cada día es más frecuente escuchar propuestas de reformas constitucionales, considerando que hay una lista de temas que deben debatirse ampliamente, porque no habrá de modificarse nuestra ley fundamental sino hasta después de una verdadera discusión nacional que exprese claramente cuál es la voluntad de la sociedad mexicana. Este autor se inclina porque el primer aspecto de cambio constitucional sea respecto al procedimiento de reforma constitucional para que una nueva Constitución, cuando llegue el caso de tenerla, solo pueda alterarse a través de un referendo; señalando que la evolución actual de los sistemas democráticos exige que las asambleas que discutan los cambios constitucionales tengan únicamente carácter de proyectista. Es el pueblo, a través de un referendo, quien dice la última palabra al respecto.

La postura de este autor conlleva la necesidad de tomar en cuenta al pueblo para la reforma de los preceptos constitucionales, lo que ahora solamente puede suceder cuando el gobernado acude a los tribunales federales reclamando la inconstitucionalidad de la reforma.

Jorge Madrazo⁵, al comentar el artículo 135 de nuestra Carta Magna señala que: "Cuando la reforma constitucional se produce para reencauzar una realidad adversa o para hacer surgir una más positiva, la reforma es conveniente, adecuada y necesaria. Pero no

⁴ Carpizo, Jorge, *Nuevos Estudios Constitucionales*, Editorial Porrúa, México, 2000, pp. 272 y 273

⁵ Madrazo, Jorge, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada y Concordada*, Tomo V, en Artículo 136, 15ª edición, editorial Porrúa, México, 2000, p. 151.

podemos negar que éste no ha sido el único móvil de las reformas. Algunas reformas han pretendido desviar las intenciones del constituyente de modo que operen en beneficio de determinados detentadores del poder; otras veces más, han sido respuestas a estrategias políticas; otras más sólo han puesto de manifiesto la vanidad de sus promotores de dejar su huella en la ley fundamental, cuántas han sido la exteriorización de un afán reformista envalentonado por la posesión del poder". "Aunque sé que muchos no comparten mi opinión, considero que sólo deben ser válidas aquellas reformas constitucionales que reflejan un cambio trascendente de la realidad o que pretenden introducirlo. El resto de las pretensiones reformistas deben ser desechadas porque hacen perder la confianza en la ley fundamental, la desgastan y son puro reformismo retórico". "Ahora nos inquieta no sólo en el número de reformas formales a la Constitución que, como he dicho, no todas han sido necesarias, sino también el grado de flexibilidad y facilitación al que se ha llegado en la aprobación de las enmiendas". "Todo ello nos debe conducir a plantearnos seriamente la necesidad de cambiar nuestro sistema de reformas constitucionales, por uno que sea menos sensible a los factores meramente políticos, sobre todo si consideramos que la supremacía formal de la Constitución no es sólo el resultado de las reflexiones en el cubículo de un investigador, sino un principio fundamental de la teoría política contemporánea". "En todo caso, un sistema que verdaderamente sea rígido en la práctica, tendría que revitalizar ese segundo camino que se presenta para actualizar a la Constitución y que es la interpretación constitucional de los jueces. Se trata de convertir en una realidad útil la declaración del artículo 94, párrafo 5, en el sentido de que el Poder Judicial de la Federación es el intérprete último de la Constitución". Nuevamente surge la duda del gobernado, del individuo, que se siente lesionado en sus derechos por una reforma constitucional que considera inconstitucional y la necesidad de defenderse ante lo arbitrario de la norma, teniendo como única alternativa recurrir al intérprete de la Constitución.

IV.- EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

En un estado de derecho como el nuestro, que encomienda a los órganos de gobierno facultades precisas, que garantiza los mínimos derechos del gobernado y le proporciona los medios necesarios para su defensa, el papel del Poder Judicial de la Federación es determinante, máxime que constitucionalmente se le ha otorgado la función de ser el intérprete de la Ley Suprema. Pues bien, surge la necesidad de darle vida a la función de intérprete de la Constitución encomendada al Poder Judicial de la Federación, en los asuntos que revisten aspectos fundamentales de reformas a dicha Norma Suprema. Lo anterior despierta gran interés en nuestro ámbito jurídico ya que con el paso del tiempo se ha ido avanzando en este aspecto, primero partiendo de la negativa de admitir la demanda de amparo con motivo de reformas a la Carta Magna, hasta su admisión, pero solamente llegando al estudio de cuestiones de legalidad, sin que hasta ahora se hubiera abordado el estudio de conceptos de impugnación relativos a aspectos sustantivos de garantías individuales.

La evolución histórica más trascendente en las tres últimas décadas es la siguiente:

A) EL CASO DE LOS BANCOS

El 17 d noviembre de 1982 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por medio del cual se adicionó un párrafo quinto al artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante el cual se determinó que el servicio público de banca y crédito será prestado exclusivamente por el Estado y no será objeto de concesión a particulares. Los afectados por tal decreto promovieron juicio de amparo, siendo que el Juzgado de Distrito que conoció del juicio admitió la demanda. Contra dicho acuerdo admisorio, las autoridades demandadas promovieron recurso de queja, misma que fue registrada como Queja 4/83 por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual con fecha 13 de enero de 1983 dictó sentencia por unanimidad de votos resolviendo revocar el auto admisorio del Juez

de Distrito y desechar por notoriamente improcedente la demanda de garantías. Lo anterior dio lugar a la tesis aislada número 249,740 en materia constitucional, registrada bajo el rubro CONSTITUCIÓN, REFORMAS A LA. AMPARO IMPROCEDENTE. BANCA Y CRÉDITO, misma que puede ser localizada en: Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 169-174 Sexta Parte, Página: 56, Genealogía: Informe 1983, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 7, página 30.

El contenido de dicha tesis en esencia es el siguiente:

"Cuando en una demanda de garantías se reclaman en esencia, las adiciones al artículo 28 constitucional, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 17 de noviembre de 1982, es evidente que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 145 de la Ley de Amparo, debió desecharse aquélla, por ser notoriamente improcedente, en términos de lo establecido por la fracción XVIII del artículo 73 de la ley de la materia, en relación con los artículos 1o. de la propia ley y 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, cabe precisar que los supuestos de procedencia del juicio de garantías se encuentran limitativamente señalados en los artículos 103 de la Constitución Federal y 1o. de la Ley de Amparo, reglamentaria del precepto citado en primer lugar y del artículo 107 de la propia Carta Magna; asimismo, debe decirse que el procedimiento y las bases a que se sujeta el juicio constitucional están previstos en el último de los mencionados preceptos. Dispone el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que: "Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados; y III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal". A su vez, el artículo 1o. de la Ley de Amparo, establece: "El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la auto-

ridad que violen las garantías individuales; II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados; III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal". Debe decirse que el caso concreto no queda comprendido en ninguno de los supuestos de procedencia del juicio de amparo a que se refieren los preceptos antes transcritos. Se afirma lo anterior, dado que el caso de que se trata no encuadra ni en la fracción II, ni tampoco en la fracción III, de los artículos 103 de la Constitución Federal y 1o. de la Ley de Amparo, porque no se aduce por la parte quejosa en la demanda de amparo invasión alguna de soberanía entre la Federación y los Estados. Tampoco queda comprendido el caso que se estudia en la fracción I de los mismos artículos 103 de la Carta Magna y 1o. de la ley invocada, en virtud de que para que el juicio fuera procedente en los términos de la fracción mencionada, sería preciso que el precepto "leyes" a que se refieren tales disposiciones comprendiese a la Constitución General de la República, lo que es inaceptable, según enseguida se verá. Efectivamente, el juicio de amparo constituye un medio de defensa, el más eficaz, de nuestra Constitución Política, por lo cual resulta absurdo y contra toda lógica jurídica que se pretenda utilizar ese medio de defensa para impugnar, y en su caso destruir, la Constitución, de la cual forma parte la adición señalada como acto reclamado. Cabe precisar que les asiste la razón a las recurrentes en cuanto aducen que "Constitución" y "ley" son conceptos que no deben confundirse, pues mientras la Constitución es un conjunto de normas supremas que rigen la organización y funcionamiento de los poderes públicos y sus relaciones de orden social, la ley consiste en el conjunto de normas que derivan su validez y eficacia de la propia Constitución. Igualmente, "Constitución" y "ley", ya sea ésta federal o local, se diferencian por su jerarquía, por su proceso de elaboración y por su contenido. En cuanto a su jerarquía, es incuestionable que prevalece la norma constitucional respecto de la ordinaria, cuando ésta se encuentra en contravención con aquélla; en lo que atañe a su proceso de elaboración, la Constitución emana del Poder Cons-

tituyente y únicamente puede ser reformada o adicionada por el poder revisor, también llamado Constituyente Permanente, en tanto que la ley proviene de los poderes constituidos y, por lo que se refiere a su contenido, la Constitución establece originalmente los aspectos mencionados, en tanto que la ley desarrolla los preceptos constitucionales sin poder alterarlos. De lo anterior resulta que, como ya se dijo, "Constitución" y "ley", ya sea ésta federal o local, son términos que en forma alguna deben confundirse para llegar a concluir que el juicio de garantías pudiera intentarse, por igual, contra una y contra otra. En tales condiciones, como en el concepto "leyes" a que aluden los artículos 103 de la Constitución Federal y 1o. de la Ley de Amparo, ambos en su fracción I, no se comprende el de Ley Suprema, o sea la "Constitución", que como ha quedado expresado, por su jerarquía no puede confundirse con la ley ya sea ésta federal o local, que es a la que se refiere el precepto antes indicado. Este tribunal concluye que es incuestionable que la demanda de amparo de que se trata, en la cual se reclaman adiciones al artículo 28 constitucional, tildándolas de inconstitucionales, debió desecharse, por ser notoriamente improcedente, con fundamento en lo establecido por el artículo 145 de la Ley de Amparo, en relación con los artículos 73, fracción XVIII, y 1o. de la misma Ley y 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. No obsta a lo anteriormente considerado, la circunstancia de que en la demanda de garantías se impugnen también vicios que se dicen cometidos durante el proceso de formación de la reforma constitucional reclamada. Esto es así porque admitir la procedencia del juicio por la razón indicada implicaría, necesariamente, la posibilidad de destruir la reforma constitucional con que culminó el procedimiento de su formación, lo cual es inadmisibles, según ya se dijo. Cabe agregar que en cualquier supuesto de notoria improcedencia del amparo contra el acto o la resolución con que culmina un procedimiento, no existe la posibilidad legal de examinar la constitucionalidad de los actos que tienen lugar durante la secuela de ese procedimiento".

En efecto, dicho criterio resulta de importancia trascendente ya que si bien no se trata de una reforma del constituyente permanente, se refiere a una reforma capital de la Constitución en aquel tiempo, siendo relevante el motivo por el cual, conforme al artículo 73, fracción XVIII, fue desechada la demanda de amparo por notoriamente improcedente, así como los artículos de ley que sirvieron de sustento para tal fin, pues con base en los artículos 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 1 de la Ley de Amparo, el Tribunal determinó que el caso en concreto no encuadra en ninguno de los supuestos contemplados en dichos artículos, los cuales son limitativos, y tampoco el término "leyes" contemplado en la fracción I del artículo 1 de la Ley de Amparo y del artículo 103 Constitucional, comprende a la Ley Suprema o sea a la Constitución, por lo cual resulta absurdo y contra toda lógica jurídica que se pretenda utilizar ese medio de defensa para impugnar, y en su caso destruir, la Constitución, de la cual forma parte la adición como acto reclamado; además se sostuvo que admitir la demanda por vicios cometidos durante el proceso de formación de la reforma constitucional reclamada implicaría, necesariamente, la posibilidad de destruir la reforma constitucional con que culminó el procedimiento de su formación, lo cual es inadmisibile.

También resulta trascendente citar la tesis de jurisprudencia con número de registro 218,049 en materia administrativa, localizable en: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 58, Octubre de 1992, Tesis: XII.1o. J/5, Página: 63, Rubro: DEMANDA DE AMPARO CONTRA LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. IMPROCEDENCIA DE LA; reforma que impuso como requisito para ser Jefe de Gobierno del Distrito Federal, no haber desempeñado anteriormente el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal con cualquier carácter; el cual dio lugar a la siguiente tesis:

No. Registro: 193,249

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

X, Septiembre de 1999

Tesis: P. LXII/99

Página: 11

REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. EL INTERÉS JURÍDICO DERIVA DE LA AFECTACIÓN QUE PRODUCE, EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL QUEJOSO, EL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS MODIFICADOS.

"El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha determinado que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la Carta Magna, sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar éste de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas o esencias consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante el juicio de amparo, por violación al principio de legalidad. Asimismo, estableció que la circunstancia de que aun cuando el proceso de reforma hubiese sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no podría desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que de ser así no habría forma de remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135 de la Carta Magna ni, por ende, podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman violados, con lo que se autorizaría la transgresión a derechos fundamentales sin oportunidad defensiva. En consecuencia, si bien es cierto que el contenido del dispositivo constitucional resulta inimpugnable a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente, y el interés jurídico se identifica como la tutela que

se regula bajo determinados preceptos legales, la cual autoriza al quejoso el ejercicio de los medios para lograr su defensa, así como la reparación del perjuicio que le irroga su desconocimiento o violación, debe concluirse que el interés jurídico para promover el juicio contra el proceso de reforma relativo debe derivar directamente de los efectos que produce la vigencia del nuevo precepto constitucional, pues son éstos los que producen un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado."

Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís. 9 de septiembre de 1999. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

Con la decisión asumida, a pesar de que fue negado el amparo de la Justicia de la Unión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dio un gran paso en asuntos que con anterioridad fueron desechados por ser notoriamente improcedentes al tratarse de reformas a la Constitución.

C) EL CASO DE CANDIDATURAS INDEPENDIENTES

Con motivo de la negativa de la autoridad electoral de aceptar una candidatura independiente en la elección para Presidente de la República, nuevamente se somete a la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación una cuestión de carácter político electoral vinculada con un derecho fundamental del individuo contenido en el artículo 35 fracción II de la Constitución: El derecho a ser votado para todos los cargos de elección popular. Al respecto, la Suprema Corte resolvió declarar la improcedencia del juicio de amparo con base en el artículo 73 fracción VII de la Ley de Amparo. Tal decisión dio motivo a la tesis aislada con número de registro 173,609 en materia constitucional, localizable en: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, enero de 2007, Tesis: PIV/2007, Página: 5, Rubro: CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. EL JUICIO DE AMPARO ES IMPROCEDENTE CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LA AUTORIDAD ELECTORAL QUE NIEGA AL QUEJOSO EL REGISTRO COMO CANDIDATO INDEPENDIENTE A LA ELECCIÓN PARA EL CARGO DE PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

La trascendencia de dicha tesis radica en el voto particular de los ministros disidentes, como el del ministro José Ramón Cossío Díaz, que, en esencia señaló que: "El Constituyente ha entendido el sufragio pasivo como un derecho fundamental, que, al igual que otros derechos como el de la libertad de expresión o asociación, impone ciertos límites en lo que pueden disponer la leyes con incidencia en la materia electoral". "En definitiva nos parece que aceptar la procedencia del juicio de amparo en materia electoral (excluyéndolo sólo para aquel subconjunto de normas que hemos llamado leyes electorales que disciplinan el sistema electoral en sentido estricto) tiene las siguientes e importantes ventajas: respeta la necesidad de que el grueso de normas relativas al funcionamiento de la maquinaria electoral (las leyes electorales a que se refiere el 105) sólo puede ser revisado ante la Suprema Corte antes de los procesos electorales, mediante la vía de la acción de inconstitucionalidad; respeta las competencias del Tribunal Electoral, pues todo lo que afecte a las mismas será improcedente en vía de amparo sobre la base de lo establecido en la fracción VII del 73; es la única vía de no dejar sin contenido los derechos fundamentales que quedan afectados por las múltiples leyes que tiene incidencia en la representación, en la materia electoral en sentido amplio". "La solución que proponemos no implica desconocer la literalidad de la ley (en específico la del tercer párrafo de la fracción II del artículo 105), pues todas y cada una de las previsiones constitucionales no pueden sino entenderse en relación con lo dispuesto por las demás. La Suprema Corte no puede interpretar el artículo 105 de un modo que haga nugatorio los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."

El ministro Genaro Góngora Pimentel, al producir su voto particular, esencialmente señaló que: "Es condición básica de la vida democrática que el poder público dimane del pueblo, y la única forma cierta de asegurar que esa condición se cumpla, reside en la participación de los ciudadanos, sin más restricciones o calidades, que las inherentes a su persona. Es decir, aspectos propios y esencia-

les de ésta, sin depender de cuestiones ajenas. Es en este sentido, como se ha entendido en diversos tratados internacionales vigentes en nuestro país, e inclusive en el seno de la Organización de las Naciones Unidas". "Todo lo anteriormente razonado, me lleva a concluir que para que contemos con un sistema realmente integral de justicia en materia electoral, primero debemos reconocer ampliamente las prerrogativas político-electorales del ciudadano, el carácter de derecho fundamental; y segundo, se debe permitir que esas garantías sean plenamente protegidas, además de los medios de control existentes, por nuestro juicio de amparo, última instancia en materia de constitucionalidad de leyes reservada a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en estricto acatamiento a la función que tiene encomendada, de ser garante de los principios y derechos fundamentales comprendidos en ella, y que todos y cada uno de los actos que realicen los órganos del poder público, así sea la expedición de leyes electorales, se ajusten a los límites que establece".

D) EL CASO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El 13 de noviembre de 2007 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en cuya fracción III, Apartado A, penúltimo párrafo se determinó que:

"Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión, dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero."

Con esta reforma constitucional, nuevamente se trastoca un derecho fundamental del hombre, un derecho sobre el cual se constituyó el Estado moderno y que fue plasmado por el Poder Constituyente de 1917 en nuestra Carta Magna: la manifestación de ideas.

Nuevamente se pone en tela de juicio si las reformas a los preceptos constitucionales son válidas por el solo hecho de que pro-

vengan del órgano revisor de la Constitución, aunque se refieran a afectaciones fundamentales elevadas a rango de garantías individuales. Desde luego, en el presente caso, dicha afectación no es aislada, sino que va acompañada de un aspecto político electoral, pero constituye una nueva ocasión para que su análisis vaya más allá de los aspectos formales y trascienda de los derechos subjetivos del demandante a cuestiones sustanciales.

Tal reforma fue sometida a la sanción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante juicio de amparo y hasta la presente fecha no ha sido resuelta, debido al corto tiempo transcurrido desde la reforma.

Ahora bien, lo importante del asunto despierta interés en el ámbito jurídico, ya que constituye una nueva oportunidad, para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de pronunciarse sobre un aspecto fundamental en materia de garantías individuales con motivo de la reforma constitucional citada, garantías que fueron plasmadas en nuestra Carta Magna precisamente porque integran la esencia del hombre y consecuentemente sólo aspiran a ser mejoradas, no limitadas. Al respecto, considero necesario citar la siguiente tesis aislada con número de registro: 290,406, Materia: Constitucional, Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación III, Página: 587, de rubro: PODER CONSTITUYENTE DE LA NACIÓN, que dice:

"En él radica la facultad suprema de modificar las leyes y las instituciones, sin más límites que los que fijan el interés nacional, la civilización y los derechos naturales del hombre".

Amparo mixto en revisión. Hernández, Ignacio. 28 de agosto de 1918. Mayoría de seis votos, en el primer punto. Disidentes: Enrique Colunga, Ernesto García Parra y Victoriano Pimentel; y mayoría de cinco votos, en cuanto al segundo. Disidentes: Alberto M. González, Santiago Martínez Alomía, Agustín Urdapilleta y Manuel E. Cruz. Ausentes: Enrique Moreno y Enrique M. de los Ríos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

CONCLUSIÓN

1. Existen derechos fundamentales del hombre que habiendo sido plasmados por el Poder Constituyente en nuestra Constitución Política, no pueden ser limitados o suprimidos, sino únicamente mejorados por el Constituyente Permanente para la realización del individuo y su mejor convivencia social.

2.- Las reformas constitucionales que implican la transgresión a derechos fundamentales deben ser sometidas, mediante juicio de amparo, a la sanción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, última instancia en materia de constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Arnaiz Amigo, Aurora, *Ciencia Política, Estudio Doctrinario de sus Instituciones*, 3ª Edición, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1984, pp. 630.
- Carpizo, Jorge, *Nuevos Estudios Constitucionales*, Editorial Porrúa, México, 2000, pp. XVI et 574.
- Madrazo, Jorge, Artículo 135, Pp, 144-153. En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada y Concordada*, Tomo V, 15ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pp. XI et 323.
- Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, pp. XIV et 750.
- Tena Ramírez, Fernando, *Derecho Constitucional Mexicano*, 36ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004, pp. XL et 653.

DISCOS COMPACTOS

- COMPILA XV, Legislación Federal y del Distrito Federal, Poder Judicial de la Federación, México, 2007.
- IUS 2006.

Libertad provisional bajo protesta, opción de libertad para el defendido

*Astro Alberto Montes Leño**

El artículo 12, fracción II, de la Ley Federal de Defensoría Pública establece que el servicio de defensoría pública ante los Juzgados y Tribunales Federales comprende solicitar al Juez de la causa la libertad caucional del defendido, si procediere, esto en estricta observancia a lo establecido en la garantía individual prevista a favor de todo gobernado en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo anterior, la disposición legal referida en primer término impone a los Defensores Públicos adscritos a Juzgados y Tribunales Federales, la obligación de solicitar la libertad provisional bajo caución de su defensor inmediatamente que se den cuenta que éste alcanza el citado beneficio, brindándole así al defendido seguridad jurídica y una defensa adecuada, cumpliendo con ello el Defensor con el deber que nuestra Ley Federal de Defensoría Pública nos ordena.

Sin embargo, aunque el Defensor Público Federal solicite en cualquier fase del proceso la libertad provisional bajo caución de su defendido, no siempre éste puede gozar de su libertad bajo esta forma prevista en el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, y ello debido a que en la actualidad me he dado cuenta,

* Defensor Público Federal.

que existen Jueces Federales que, al momento de fijar el monto de la garantía que deberá exhibir el justiciable, lo hacen fijando cantidades que no se ajustan al mandato constitucional establecido en el artículo arriba citado, mucho menos a lo ordenado en el diverso artículo 402 del Enjuiciamiento Penal Federal, es decir, la cuantía que se fija no es asequible para el inculpado, lo que trae como consecuencia que el defendido permanezca en prisión al no poder cubrir la exorbitante cantidad que le fue fijada, máxime que existen delitos en los cuales además se tiene que cubrir el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que puedan imponerse en sentencia, lo que reduce la posibilidad del asistido de que obtenga su libertad provisional bajo caución, pues tiene que depositar distintas garantías para poder gozar del mencionado beneficio que se prevé en la ley.

En el Juzgado Federal al cual me encuentro adscrito, es muy común que en el delito contra la salud, en su modalidad de posesión simple, se les fijen a los defendidos cuantías que en concepto del suscrito, se apartan del texto constitucional antes referido, así como de sus posibilidades económicas, ya que no son acordes con su percepción salarial ni con los gastos que éstos erogan por concepto de manutención de sus familiares. De igual forma, ha ocurrido que cuando el Juez Federal fija una caución que se adapta perfectamente a las posibilidades económicas del defendido, éste no la puede cubrir, ya que son personas que viven solamente de su salario y no tienen el hábito de ahorrar o contar con algún bien del que puedan disponer en caso de verse privados de su libertad por un proceso penal, además son personas de escasos recursos y el producto de su trabajo se ve consumido día con día.

Ante la anterior situación, y para evitar que los defendidos permanezcan en prisión preventiva por falta de recursos económicos, ya sea por elevada que sea la fianza o por no poder pagar aquella que se ajusta a sus posibilidades económicas, considero que los Defensores Públicos Federales podemos tramitar a favor del justiciable, en el delito contra la salud, en su modalidad de posesión simple y

en cualquier otro que la pena de prisión no exceda de tres o cuatro años tratándose de personas de escasos recursos económicos, su libertad provisional bajo protesta, la cual se encuentra regulada en los artículos 418 al 421 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que es una opción de libertad para los justiciables que obviamente favorece en demasía a las personas más vulnerables de la sociedad, que son aquellos que no cuentan con recursos suficientes para cubrir la caución fijada por el Juez Federal para que puedan gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución.

Tenemos que, para que se pueda conceder la libertad provisional bajo protesta al defendido, es necesario acreditar ciertos requisitos, los cuales se detallarán líneas más adelante, así como realizar la petición en forma incidental, bajo las reglas estatuidas para los incidentes no especificados, cuya tramitación se regula en el artículo 494 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En efecto, para que una persona sujeta a proceso se pueda ver favorecida con la libertad provisional bajo protesta, es necesario que se cubran las exigencias que se enmarcan en el numeral 418 del Código Adjetivo Penal Federal, mismo artículo que a la letra establece:

"ARTÍCULO 418. La libertad bajo protesta podrá decretarse siempre que concurren las circunstancias siguientes:

I.- Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el Juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años;

II.- Que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional;

III.- Que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del Tribunal respectivo;

IV.- Que la residencia del inculcado en dicho lugar sea de un año cuando menos;

V.- Que el inculcado tenga profesión, oficio, ocupación o modo honesto de vivir; y

VI.- Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

La libertad bajo protesta se substanciará en la forma establecida para los incidentes no especificados.

Serán aplicables a la libertad bajo protesta, las disposiciones contenidas en el artículo 411."

En concepto del suscrito, los requisitos antes transcritos, si bien a simple vista se puede pensar que son demasiados, se considera que en realidad son mínimos, pues por lo que respecta a los apartados números III, IV y V son los que deberá hacer llegar el defendido o sus familiares al Defensor Público Federal que lo patrocine.

Veamos.

Para acreditar el primero de los requisitos, considero que basta con realizar la manifestación al Juez del proceso, en el incidente no especificado que al efecto se tramite, que el delito por el que sigue proceso a nuestro defenso establece una pena de prisión que no excede de tres años, y cuando se trate de personas de escasos recursos referir que la pena máxima no rebasa los cuatro años de prisión; en este último supuesto, se estima que es necesario demostrar que el defendido es una persona de escasos recursos, lo cual lograremos con el respectivo estudio socioeconómico que se practique por el perito experto en trabajo social, aunque el Juez Federal debería tener por acreditada la insolvencia del justiciable con el sólo hecho de promover el incidente de libertad bajo protesta, ya que si no pudo pagar la fianza que se le fijó, es obvio que es una persona de escasos recursos económicos: sin embargo, se ha estado pasando por alto por la autoridad jurisdiccional, que en todo momento debe estar a lo más favorable al reo, máxime que se trata de su libertad personal.

En lo tocante al segundo de los requisitos requeridos por la norma, se acredita con sólo solicitar al Juez Federal que pida a la autoridad carcelaria el respectivo informe de anteriores ingresos a prisión que pudiese tener el defendido, para con ello comprobar que no ha sido condenado por delito intencional; es importante mencionar que en la mayoría de los casos puede suceder que cuando se pro-

mueva el incidente que nos ocupa, tal vez ya obre en actuaciones el informe de anteriores procesos del defendido, por lo que entonces no tendremos mayor problema, ya que bastará ofrecerlo como prueba al promover la incidencia mencionada.

Respecto al tercero y cuarto de los requisitos establecidos para la procedencia de la libertad bajo protesta, los mismos pueden ser acreditados con pruebas documentales, ya sean públicas o privadas, en el caso con recibos de pago de algún servicio de la casa que habite el defendido, como serían los recibos de teléfono, de luz, de agua, de renta, de predial, etcétera; de igual manera, también se puede acreditar este extremo con una carta de residencia que sea expedida por el presidente de colonos de la localidad en que radique el defendido, en la cual se deberá hacer constar cuál es el domicilio habitado por nuestro representado, así como el tiempo que tiene de habitar el mismo o residir en la localidad, no pasando por alto, en este punto, que existen regiones en las cuales los ayuntamientos expiden cartas de residencia, las cuales definitivamente podrán ser exhibidas.

Por lo que respecta a la quinta de las exigencias arriba aludidas, se estima que la podemos acreditar de distintas maneras, la primera sería comprobar el empleo o profesión que desempeñaba el asistido antes de ser detenido, para lo cual será necesario exhibir la prueba documental privada, que sea expedida por la empresa o el patrón para el cual prestaba sus servicios el defendido, documento que deberá expresar claramente el empleo que éste desempeñaba; si el justiciable es comerciante, basta con exhibir el permiso que acredite tal extremo; la segunda, y para el caso de no contar con las documentales aludidas, si el justiciable trabajara por su cuenta, entonces será necesario ofertar la prueba testimonial a cargo de cuando menos dos testigos, quienes den testimonio del empleo o profesión que venía desempeñando el defendido antes de ser privado de la libertad; y la tercera manera sería realizando la manifestación bajo protesta de decir verdad, en el sentido de que el defendido tenía un modo honesto de vida antes de su detención.

Por último, en lo tocante al sexto de los requisitos, considero que basta con influir en el ánimo del Juez para que tenga por cierto que el sujeto activo del delito no se sustraerá a la acción de la justicia, esto una vez que le sea concedido el beneficio que nos ocupa, indicándole que tome en consideración la falta de antecedentes penales del defendido, así como que la pena de prisión que se le pudiera imponer en sentencia no rebasa los tres o cuatro años, según sea el caso, por lo que entonces el patrocinado se vería beneficiado con los beneficios previstos en los numerales 70 y 90 del Código Penal Federal, lo que se traduce en el hecho de que el justiciable no se sustraerá a la acción de la justicia.

Tal vez se considere que los casos en los que procede la libertad provisional bajo protesta son muy limitados, al estimar que sólo comprende aquellos delitos en los cuales la pena de prisión máxima no exceda de tres años, y tratándose de personas de escasos recursos que la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años; es cierto que son muy pocos los delitos que se contemplan en el Código Penal Federal para la procedencia y concesión de este beneficio, pero es muy cierto también que es una buena opción para promover este incidente en el delito contra la salud, en su modalidad de posesión simple, obviamente en aquellas modalidades en las que es procedente este beneficio, y en aquellos casos en los que el defendido no puede pagar la elevada fianza que le es fijada o que por su precaria situación económica no puede cubrir la garantía establecida.

Como hemos apreciado, el incidente de libertad provisional bajo protesta esta vigente en la legislación procesal penal y en mi concepto es un beneficio que hemos olvidado, pues no es muy recurrida su promoción, por lo que el Defensor Público Federal puede hacer valer este derecho que consagra la ley a favor de su defendido, pues no debemos limitarnos a ser simples espectadores de la privación de la libertad del defendido ante su carencia de recursos económicos, cuando en la ley se establece este beneficio para que el justiciable pueda alcanzar lo máspreciado que tiene el ser humano en un estado de derecho, su libertad.

Ahora bien, no pasa desapercibido para el suscrito que en el delito contra la salud, en su modalidad de posesión simple, la mayoría de los defendidos que no cuenta con recursos económicos suficientes para pagar la excesiva fianza que le fija el Juzgador, prefiere que su proceso se tramite en la vía sumaria, para así poder ser condenado en breve término y obtener un beneficio de sustitución de la pena o el de condena condicional, pero existen casos de bastantes procesados que, al saber que son acusados injustamente de un delito que no cometieron, prefieren acreditar su inocencia, soportando con ello la privación de su libertad, al no tener para pagar la fianza que les fue impuesta o por no contar con los recursos económicos suficientes para pagar aquella garantía mínima que les fue fijada.

Por lo expresado en el párrafo que antecede, se considera que en los delitos referidos o en cualquier otro que sea viable, es bueno tramitar la libertad provisional bajo protesta del defendido, máxime de ser, como ya se dijo, un derecho que le otorga la ley para que pueda gozar de libertad mientras su proceso culmina con sentencia definitiva.

El procedimiento para que le sea concedido al defendido este beneficio debemos realizarlo en la vía incidental, tal como emerge del penúltimo párrafo del artículo 418 del Enjuiciamiento Penal Federal, por lo que entonces la petición que se realice en este sentido debe sujetarse a los lineamientos que se establecen en el artículo 494 del referido ordenamiento legal, el cual indica lo siguiente:

"ARTÍCULO 494. Los incidentes cuya tramitación no se detalle en este Código y que, a juicio del tribunal, no puedan resolverse de plano y sean de aquellos que no deban suspender el curso del procedimiento, se substanciarán por separado y del modo siguiente: se dará vista de la promoción del incidente a las partes, para que contesten en el acto de la notificación o a más tardar dentro de los tres días siguientes. Si el tribunal lo creyere necesario o alguna de las partes lo pidiere, se abrirá un término de prueba que no exceda de cinco días, después de los cuales se citará para una audiencia que se verificará dentro de los tres siguientes. Concurran o no las partes, el tribunal fallará desde luego el incidente."

Como podemos advertir del numeral antes transcrito, el trámite incidental requiere que se cubra un breve procedimiento, pero este pequeño trámite considero que podemos reducirlo aún más en lo que a tiempo se refiere, ya que al momento de promover el incidente no especificado, sería muy benéfico para el defendido que en ese mismo momento se aporten los elementos de prueba que sustentan la incidencia planteada, para con ello solicitar al Juez que decida de plano el incidente sin necesidad de darle el trámite siguiente, para que así nuestro patrocinado pueda obtener su libertad bajo protesta en breve término.

Ahora bien, para el caso de que el Juez Federal o el Tribunal respectivo estime que no puede resolver de plano el incidente propuesto y considera que es necesario dar vista a las partes para que en el acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes contesten lo que consideren procedente, podemos entonces solicitar al Juez que una vez transcurrido el término concedido a las partes, fije fecha para que tenga verificativo la audiencia que prevé el artículo 494 referido, sin que sea necesario que se abra el incidente a prueba, puesto que ya se contaría con los elementos de convicción aportados al promover el incidente, con los cuales la Defensa Pública sustentaría todos y cada uno de los requisitos legales para que se conceda el beneficio aquí analizado, máxime que no debemos perder de vista que para el Juez de Distrito o Tribunal no es una obligación legal abrir el incidente a prueba sino que es una facultad que la propia ley le confiere, pues si ya se cuenta con todos los medios de prueba, se estima que es innecesario decretar la apertura de la incidencia a prueba, ya que solamente se retardaría el procedimiento en perjuicio del justiciable y ello traería como consecuencia que permaneciera más tiempo privado de su libertad personal.

Por lo anterior, es viable que la Defensa Pública Federal solicite al Juez Federal que resuelva y le dé curso al incidente de libertad provisional bajo protesta, según beneficie los intereses del defendido, ya que así el mismo se resolviera en menor tiempo, redundando todo ello en beneficio de asistido.

Tal vez está por demás referir que este tipo de incidente de libertad no fue instituido solamente para personas de escasos recursos, sino que ampara a cualquier justiciable que se encuentre bajo los supuestos de procedencia para obtener este beneficio de libertad provisional; se afirma lo anterior, debido a que de ninguna de las disposiciones legales que regulan este tipo de incidente de libertad prohíbe o restringe su procedencia a favor de aquellas personas que tengan una solvencia económica que les permita pagar la cuantía que hubiere fijado el Juez al haber solicitado su libertad provisional bajo caución. Lo expresado en este apartado encuentra sustento en la siguiente tesis jurisprudencial emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, la cual establece:

Registro No. 190757

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XII, Diciembre de 2000

Página: 1400

Tesis: XXI.1o.52 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

LIBERTAD BAJO PROTESTA. LA SOLVENCIA ECONÓMICA DEL INCUPLADO NO CONSTITUYE IMPEDIMENTO PARA GOZAR DE ESE BENEFICIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). El contenido de los artículos 154 y 155 del Código de Procedimientos Penales del Estado referido, revela el haberse instituido el derecho de la libertad provisional bajo protesta, atendiendo sin duda, a la situación ruinosa que en el orden económico pudieran guardar procesados por delitos menores que no excedan de tres años en el término medio de la pena de prisión aplicable; por ello, para su obtención no se requiere otorgar garantía alguna; sin embargo, la solvencia económica no constituye impedimento para poder obtener ese beneficio, porque ni la ex-

posición de motivos del citado código procesal ni los preceptos legales invocados, contienen condición o limitante al respecto, en el sentido de que sólo puedan gozar de esa gracia, quienes tengan imposibilidad de otorgar las garantías necesarias para ese propósito, pues los requisitos exigidos para obtener la libertad bajo protesta sin necesidad de exhibir garantía, claramente los señala el precepto legal 154, consistentes en: a) No exceda de tres años el término medio de la pena de prisión aplicable al delito por el que se procesa; b) Sea la primera vez que se incurre en delito intencional; c) Tenga domicilio fijo y conocido en el lugar donde se desarrolla el proceso y cuente con modo honesto de vivir; y, d) No haya temor, a juicio de la autoridad que la conceda, de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia; por tanto, resulta violatorio de las garantías de legalidad y seguridad jurídica tuteladas por los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, el proceder de la responsable, al considerar la solvencia económica del quejoso, como un obstáculo para alcanzar el beneficio de la libertad bajo protesta.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 293/2000. 7 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Amado López Morales. Secretario: Ignacio Cuenca Zamora.

Otra situación que considero es pertinente mencionar, es el hecho de que no es impedimento legal alguno para tramitar el incidente de libertad provisional bajo protesta a favor del defendido, el hecho de que a éste se le hubiere concedido su libertad provisional bajo caución. Lo anterior, encuentra sustento en la siguiente tesis jurisprudencial emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, el cual a la letra establece:

Registro No. 190758

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XII, Diciembre de 2000

Página: 1402

Tesis: XXI.1o.51 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. LA RESOLUCIÓN QUE NIEGA SUSTITUÍRLA POR LA PROVISIONAL BAJO PROTESTA, DA INTERÉS JURÍDICO AL SOLICITANTE PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). Si conforme a lo dispuesto por los artículos 154 y 155 del Código de Procedimientos Penales del Estado referido, la libertad bajo protesta inicia con la promoción por parte del inculcado, del correspondiente incidente no especificado, y concluye necesariamente con la determinación del órgano jurisdiccional que la resuelve, luego entonces, si el acto reclamado resolvió en definitiva sobre el incidente de sustitución de la libertad provisional bajo caución obtenida, por la diversa de libertad bajo protesta, siendo adversa para el solicitante esa resolución, ésta lesiona el interés jurídico del peticionario de garantías, pues la ley penal le otorga un derecho, consistente en obtener su libertad bajo protesta, mediante la promoción del incidente respectivo; así, el interés jurídico se actualiza, en la medida en que impugna la lesión de un derecho subjetivo legalmente tutelado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMERO CIRCUITO.

Amparo en revisión 293/2000. 7 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Amado López Morales. Secretario: Ignacio Cuenca Zamora.

Por último, un punto que es muy importante hacerle saber al defendido son las obligaciones que contrae en el proceso al concedérsele el beneficio de libertad provisional bajo protesta, para que no se le vaya a retirar el beneficio y sea reaprehendido; asimismo, hacerle saber desde el inicio de la tramitación del beneficio de

libertad, que si llegara a ser condenado y se le concediera u optara por el beneficio de la condena condicional, tal vez tenga que otorgar una garantía que fije el Juez, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido para ello, aunque sobre este tema se podría solicitar al Juez que no fijara cuantía alguna para gozar de este beneficio, ya que el propio artículo 90, fracción II, inciso a) del Código Penal Federal establece que se pueden establecer medidas de seguridad para este efecto, no necesariamente garantía pecuniaria, mas no está por demás hacerle saber al defendido lo aquí apuntado, ya que tal vez el Juez no atienda lo peticionado por la Defensa Pública Federal.

Espero que este pequeño tema redunde en beneficio de los defendidos que día con día representamos los Defensores Públicos Federales, puesto que es una manera para que aquellos obtengan su libertad provisional bajo protesta y así no permanezcan privados de su libertad por falta de recursos económicos, máxime que es un derecho que está consagrado en la ley a su favor.



La defensa pública federal. Avances y perspectivas

"Señor, no permitas que juzgue yo a ese hombre,
el desprecio es la primera pena de los juicios sumarios."
De "Oración del Defensor Público".

*Carlos Morales Sánchez**

1. LOS PRIMEROS DÍAS

Hace apenas diez años, el 28 de mayo de 1998, inició en México una nueva etapa de la defensa pública. La publicación de la Ley Federal de Defensoría Pública constituyó la respuesta a viejos y postergados anhelos de justicia a los que ya aludía Ponciano Arriaga desde el siglo XIX. La nueva normatividad trajo vientos de cambio para el anquilosado sistema de defensa pública: era necesario terminar por un lado con la pasividad en la defensa y, por otro, con la defensa como simulación.

Una de las virtudes más importantes de la ley –que tiene muchas– fue el establecimiento del servicio integral de defensa. Ahora, desde la intimidante averiguación previa hasta los confines movedizos de la discrecionalidad en la ejecución de la sentencia, el ciudadano tiene el derecho a la asistencia de un defensor público federal.¹

* Defensor Público Federal.

¹ No hay que olvidar que durante mucho tiempo, algunos tribunales del Poder Judicial de la Federación sostuvieron que los órganos jurisdiccionales sólo tenían la obligación de nombrar defensor al encausado durante la instrucción, que durante la averiguación previa correspon-

Para construir las nuevas estructuras, el sistema debería renovarse, el Instituto Federal de Defensoría Pública pasó el cernidor de los concursos de oposición sobre el foro de abogados y llevó consigo a los calificados para ocupar la función². De esta manera, el añoso árbol de la defensoría nacido en 1922 alimentó sus ramas de savia nueva que hizo brotar flores y frutos. Los nuevos defensores, que antes de su ingreso ejercían –mayoritariamente– como postulantes, académicos o agentes del Ministerio Público (estos últimos con el celo del converso) se avituallaron con las herramientas del derecho positivo para la contienda por la defensa pública que encontró mayores resistencias en el campo de la indagación ministerial. El primer logro del Instituto Federal de Defensoría Pública fue terminar con la simulación de la defensa en la integración de las averiguaciones previas. Poco a poco, fue conformándose la planta de defensores públicos hasta constituir el gigantesco despacho de abogados públicos que garantiza hoy de manera gratuita el derecho de los ciudadanos a la defensa y el acceso a la justicia.

2.- LA DEFENSORÍA PÚBLICA FEDERAL COMO PRESERVADORA DE LA PAZ SOCIAL

Y es que el acceso a la justicia (que en su sentido amplio también comprende el derecho a la defensa) no es cualquier cosa. Constituye, en palabras de los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijan las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas

día al propio justiciable allegarse de defensor, "y (que) de no aparecer dato alguno de que el acusado hubiera ofrecido defensor y de que la representación social se lo rechazara, legal es sostener que al respecto ninguna violación existe." Véase la tesis DEFENSA, GARANTÍA DE AVERIGUACIÓN PREVIA, generada por el SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 46/91. Fernando Narváez Yáñez. 19 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

² Los primeros defensores públicos y asesores jurídicos federales iniciaron la prestación de servicio el 28 de noviembre de 1998, como ordenó el artículo Quinto Transitorio de la Ley.

formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión."³

Para poder acceder ante los órganos estatales a defenderse de una pretensión que puede traducirse en la aplicación de la pena de prisión, es necesario que el ciudadano sea defendido adecuadamente. La defensa para que sea adecuada debe ser eficaz, eficiente, técnica, oportuna y pertinente, nada más pero nada menos. El servicio de defensa deberá reunir tales requisitos porque la plena efectividad del acceso a la justicia, no sólo implica el cumplimiento de una garantía individual, también es un medio para evitar conflictos sociales. Un pueblo que no puede acceder a la justicia encaminará, ineludiblemente, su inconformidad hacia la protesta, hacia la insurrección. El conflicto en Oaxaca de 2006 tuvo, entre otras motivaciones, la inconformidad ciudadana por la inexistencia del acceso a la justicia local. Y en ese contexto, puede afirmarse sin demagogias, que la defensa pública federal al permitir, dentro de los cauces institucionales, que se escuche la voz de quienes tradicionalmente no han sido escuchados (los pobres, los indígenas, los desempleados, etc.) se convierte en un medio de preservación de la paz social.

3. LAS FORTALEZAS DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Además de las actividades cotidianas que efectúa la defensoría federal y que constituyen su más importante fortaleza, considero importante destacar las siguientes:

3.1. LA DEFENSA EN AVERIGUACIÓN PREVIA

Mientras que algunas defensorías estatales prestan con simulación o desgano el derecho de defensa en averiguación previa, el Instituto Federal de Defensoría Pública proporciona integralmente la garan-

³ Consúltense la jurisprudencia definida GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. Localizable bajo el número de registro: 172,759, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, Tesis: 1a./J. 42/2007, Página: 124.

tía de defensa en la etapa de indagación ministerial. Baste un ejemplo: la Procuraduría para la Defensa del Indígena en Oaxaca, órgano encargado de la defensa pública en ese estado, sólo cuenta con tres defensores de oficio encargados de prestar el servicio en averiguación previa. Tres defensores son insuficientes para atender cuatro *mesas con detenidos*, 24 *mesas* investigadoras del Sector Central y aproximadamente 30 agencias del Ministerio Público distribuidas en la ciudad de Oaxaca de Juárez. En los distritos judiciales foráneos no existen defensores adscritos a las agencias del Ministerio Público, son los adscritos a los juzgados de primera instancia quienes proporcionan el servicio de defensa ante el Ministerio Público.

En contraste, el Instituto Federal de Defensoría Pública tiene asignados defensores públicos federales en todas las agencias del Ministerio Público de la Federación del país. Este servicio se presta de manera ininterrumpida los 365 días del año y constituye *per se* un logro importante del Instituto. Pero el servicio de defensa no se presta como mera formalidad o con la finalidad de cumplir un requisito constitucional. El alto índice de efectividad de la defensa pública en averiguación previa de 80.25 por ciento, refleja indiscutiblemente el cumplimiento de la garantía de adecuada defensa.

3.2. EL DEFENSOR CON CONOCIMIENTO DE LENGUA Y CULTURA

Aun cuando la reforma constitucional en materia indígena (materializada en los artículos 1, 2, 18 y 115, pero principalmente en el artículo 2 de nuestra ley fundamental) fue considerada insuficiente por algunos sectores de la sociedad,⁴ es evidente que tuvo como

⁴ Conviene señalar que después de publicada la reforma constitucional se alzaron infinidad de voces. Argumentaron que las reformas no correspondían a las demandas de los pueblos indígenas y no reflejaba la esencia ni el espíritu de los Acuerdos de San Andrés. Más de 300 municipios del país con población indígena interpusieron controversias constitucionales con la finalidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación reestableciera –dijeron– el orden constitucional, anulara el procedimiento de reforma y se repusiera el mismo para que los pueblos indígenas fueran tomados en cuenta en esa reforma que los afectaba directamente. Finalmente la Corte resolvió que: "la controversia constitucional no es procedente en contra del procedimientos de reformas y adiciones a la Constitución, que establece el artículo 105 del mismo ordenamiento, (porque) no prevé entre los sujetos que pueden ser parte de una controversia al órgano reformador que lleva a cabo ese procedimiento, ni tampoco los actos que realiza por lo que no pueden ser revisados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación."

finalidad –según el texto de la exposición de motivos de la iniciativa presentada por el presidente Vicente Fox– transformar la situación de desventaja en que se encuentran los indígenas de este país, quienes han sido obligados a abandonar sus tierras y a remontarse a las más inhóspitas regiones del país⁵:

"Los pueblos originarios de estas tierras han sido histórica y frecuentemente obligados a abandonar sus tierras y a remontarse a las más inhóspitas regiones del país; han vivido muchas veces sometidos al dominio caciquil, así como a humillaciones racistas y discriminatorias, y les ha sido negada la posibilidad de expresión y participación políticas."

El ejecutivo federal reconoció en la exposición de motivos que todos los esfuerzos realizados con anterioridad para superar la falta de reconocimiento de la situación legal de los indígenas habían sido insuficientes y que ello dio lugar al levantamiento armado en Chiapas. En la iniciativa, se indica, además, que la propuesta de reforma prevé diversos mecanismos para garantizar que los pueblos y comunidades indígenas tengan derecho (entre otros) a la defensa jurídica, a la protección de sus usos y costumbres y a la especificidad cultural. Discutida la iniciativa presidencial y como producto de la actividad del Constituyente Permanente, el artículo 2 de la norma fundamental fue reformado para constituirse en un verdadero catálogo constitucional de derechos indígenas. En la reforma se percibe el ánimo del órgano reformador de la Constitución de ajustar el texto constitucional al documento más avanzado de protección de

⁵ "El hecho de que los derechos de los indios sean abordados, por fin, con preocupación y seriedad –dice Jesús Antonio de la Torre Rangel– es consecuencia de la presión de la rebelión en Chiapas (...) Desde nuestro punto de vista podemos decir que el movimiento insurreccional chiapaneco, al cuestionar la organización toda de nuestra convivencia, ha implicado un fuerte sacudimiento de toda la juridicidad. Esta incapacidad ética para reconocer al otro como otro, nos impide ver, también por un lado la violación sistemática –por sistema– de que son objetos los derechos de los indios, y por otro lado su capacidad para cuestionar nuestro modo de vida, aun cuando sea con el muy cuestionable camino de las armas (...) Las condiciones de vida de los pueblos indios nos muestran, al desnudo la ausencia de todo derecho, quiero decir la nulidad de todo ejercicio real y eficaz de los derechos humanos básicos o elementales, la impracticabilidad de la justicia y la total ineficacia de nuestra normatividad o derecho objetivo en cuanto a sus pretensiones de postular derechos y fundar relaciones justas entre los hombres". "Derechos de los Pueblos indígenas" en Revista *Ixtus. Espíritu y cultura*, número 42, México 2003.

los derechos indígenas: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. De esta manera, fueron incorporados de manera directa a nuestro documento constitucional el reconocimiento de la pluriculturalidad, la autoadscripción como criterio para la aplicación del derecho indígena, la garantía de los indígenas al acceso de la jurisdicción del Estado, la lucha contra la desigualdad y la discriminación y el derecho de los indígenas a ser asistido por defensor con conocimiento de su lengua y cultura.

"A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: (...) VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura."

Aun cuando, en el terreno de los hechos, existe una gran dificultad para designar a defensores públicos con conocimiento de la lengua y cultura de la totalidad de los pueblos indígenas del país, es incuestionable que el viejo anhelo de los pueblos indígenas de ser defendidos por abogados que comprendan su lengua y cultura (es decir, a ser defendido por uno de los suyos) ha empezado a cumplirse a través del Instituto Federal de Defensoría Pública. 14 defensores públicos federales con conocimientos de las lenguas y culturas tzotzil, tzeltal, zapoteco del istmo, rarámuri, náhuatl, maya, yaqui, huichol, purépecha, chinanteco, chontal, zapoteco del valle y zoque⁶ defienden, con los instrumentos que otorga el derecho positivo y los sistemas normativos indígenas reconocidos constitucionalmente, a los integrantes de las comunidades indígenas a las que pertenecen. El camino por recorrer es largo pero el Instituto ha dado los primeros pasos.

⁶ Datos tomados de la nota "Revalorar y darle autonomía a la Defensoría Pública, plantea Esquina Muñoa", publicada en la Revista *Compromiso*, Órgano Informativo del Poder Judicial de la Federación, número 73, pp. 20 y 21.

4.- MOMENTOS LUMINOSOS DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Durante estos diez años, la defensa pública federal ha tenido momentos fulgurantes en el ejercicio defensivo. Solamente voy a señalar tres de ellos:

4.1. LA APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE. LA REFORMA DE LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS DE 2003

La defensa pública federal vivió en el año 2003 uno de los momentos más luminosos al solicitar para los defendidos, de manera generalizada, la aplicación de la ley más favorable a todos aquellos que fueron procesados y sentenciados bajo la vigencia del artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos reformado el 24 de diciembre de 1998.

El 24 de diciembre de 1998, fue publicada la reforma de diversas normas de la ley especial. La punibilidad de la portación de armas de fuego de uso exclusivo fue incrementada de manera excesiva. La portación de revólveres calibre .357" *Mágnium*; superiores a .38" especial; pistolas de calibre 9 milímetros, *Parabellum*, *Luger* y similares, las .38" *Súper* y *Comando*, y las de calibres superiores, fue sancionada con penas que iban de cinco a diez años de prisión. Por otra parte, la portación de las armas de fuego establecidas en los incisos c, d, e, f, g, h, j, k y l del artículo 11 del mismo ordenamiento (fusiles, mosquetones, carabinas y tercerolas en calibre .223", 7 mm., 7.62 mm., carabinas calibre .30", pistolas, carabinas y fusiles con sistema de ráfaga, subametralladoras, metralletas y ametralladoras, etc.) fue sancionada con penas de diez a quince años de prisión.

Esto generó injusticias: quien portaba un arma de fuego de calibre 9 milímetros era sancionado con la misma pena que quien cometía el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículos 400 bis). Y la portación de una carabina (a veces herencia de abuelos que participaron en momentos épicos de la historia de nuestro país) era sancionada con la misma pena que se imponía a alguien que cometía el delito más grave contra la salud. Lo más

injusto: los sentenciados por los delitos previstos en el artículo 83, fracciones II y III, no podían obtener los beneficios sustitutivos y el suspensivo de la pena de prisión, por lo que debían cumplir en prisión las penas impuestas.

La injusticia fue paliada con la reforma de cinco de noviembre de 2003, que disminuyó las punibilidades fijadas en el artículo 83:

ARTICULO 83.- Al que sin el permiso correspondiente porte un arma de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

(...)

(REFORMADA D.O.F. 5 DE NOVIEMBRE DE 2003)

II. Con prisión de tres a diez años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de esta Ley, y

(REFORMADA D.O.F. 5 DE NOVIEMBRE DE 2003)

III. Con prisión de cuatro a quince años y de cien a quinientos días multa, cuando se trate de cualquiera de las otras armas comprendidas en el artículo 11 de esta Ley.

Una vez que la reforma tuvo vigencia, los defensores públicos federales del país solicitaron, de manera sistemática, a la autoridad judicial o a la ejecutora de las penas la aplicación de la ley más favorable. En poco tiempo, una gran cantidad de sentenciados recuperaron la libertad al obtener beneficios de sustitución o de suspensión de la pena de prisión o de libertad anticipada.

4.2. LA ENTREVISTA PREVIA Y EN PRIVADO DEL DEFENSOR CON EL DEFENDIDO

Además, los defensores públicos federales no ejercen el derecho de manera instrumental. Han convertido el ejercicio de su función en una herramienta de cambio jurídico. Desde que fue instaurado el servicio de defensa en averiguación previa, los defensores públicos aspiraron a tener comunicación en privado con el defendido previamente a la declaración en sede ministerial. La ausencia de un fundamento legal específico y el autoritarismo de los agentes del Ministerio Público impedían la comunicación. Pero José de Jesús

Esqueda Díaz, defensor público federal en Zacatecas, no estuvo de acuerdo y planteó el problema ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El ministro José Ramón Cossío Díaz, en una tesis memorable para la defensa pública, dio contenido a la frase "con asistencia del defensor" prevista en el artículo 20, apartado A, fracción II, de la Ley Fundamental, determinó que en el término *asistencia*, se encontraba implícito el derecho del defendido a tener una entrevista previa y en privado con su defensor. Transcribo un fragmento de la jurisprudencia a que aludo:

"...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."⁷

En esta tesis, los defensores encontraron el argumento de autoridad que les permite vencer las renuencias y resistencias ministeriales con relación a la entrevista previa y en privado con el defendido.

4.3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN

Por otra parte, la promoción del amparo en revisión 703/2004⁸ y su resolución por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declaró inconstitucional el delito de ataques a las vías

⁷ Me refiero a la tesis "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)." Localizable bajo el número de 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.

⁸ Este amparo en revisión fue promovido por el suscrito como defensor de Ángel Pacheco Bautista, y derivó del proceso penal 33/2003, tramitado ante el Juzgado Octavo de Distrito en la ciudad de Oaxaca.

de comunicación previsto en el artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal, por violar el principio de reserva de la ley penal, constituyó otro gran momento de la defensa pública federal.

La concesión de este amparo generó como *efecto reflejo* el otorgamiento de la protección constitucional en una gran cantidad de juicios de amparo. Los temas relativos a la reserva de la ley penal y las leyes penales en blanco dan contenido ahora a los conceptos de violación que expresan los defensores.

El amparo en revisión 703/2004, fue la piedra de toque en la construcción de las jurisprudencias definidas 5/2008 y 10/2008: "ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVE ESE DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL" y "NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL."

La inconstitucionalidad del delito de ataques a las vías de comunicación en jurisprudencia definida ha traído como consecuencia que el Ministerio Público ya no consigne, por lo menos, mil averiguaciones previas por ese delito. Esta afirmación deriva de los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. Las averiguaciones previas por el delito de ataques a las vías de comunicación presentaron durante los años del 2000 al 2005 la siguiente incidencia:⁹

AÑO	AV. PREVIAS
2000	1797
2001	1763
2002	1813
2003	1394
2004	1361
2005	1013

⁹ Fuente: Pr. Sexto Informe de Gobierno, 2006, Anexo. México DF. 2006.

Desde otra perspectiva, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 171, fracción II, del Código Penal Federal, constituyó un freno al autoritarismo al impedir la intromisión del Poder Ejecutivo en las tareas de construcción de la ley penal.

5. PERSPECTIVAS

En este largo camino iniciado en 1998, considero que la defensa pública federal tiene los siguientes desafíos.

5.1. EL DEBER DE CONTRIBUIR A LA ELIMINACIÓN DE LAS TESIS AUTORITARIAS

Es por todos sabidos que desde la Quinta hasta la Octava Época los órganos del Poder Judicial de la Federación generaron tesis autoritarias que restringieron las garantías individuales en materia penal. Estas tesis aún están vigentes y hacen angosto el camino de la defensa. Los defensores públicos federales, como instrumentos de cambio jurídico, debemos poner sobre la mesa del tribunal más alto los argumentos para que las tesis autoritarias sean revisadas.

Así por ejemplo, la tesis que define el concepto de confesión calificada divisible rebosa de autoritarismo:

"CONFESION CALIFICADA DIVISIBLE. La confesión calificada por circunstancias excluyentes o modificativas de responsabilidad es divisible si es inverosímil, sin confirmación comprobada o si se encuentra contradicha por otras pruebas fehacientes, en cuyos casos el sentenciador podrá tener por cierto sólo lo que le perjudica al inculpado y no lo que le beneficia."¹⁰

La tesis es insostenible en la actualidad porque nulifica el derecho a la presunción de inocencia. Darle valor probatorio sólo a lo que puede perjudicar al procesado y no a lo que puede favorecerle, parece propio de un estado dictatorial.

¹⁰ Consultable bajo el número de registro: 224,777, Jurisprudencia, Materia(s): Penal, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, Tesis: VI.2o. J/82, Página: 337, Genealogía: Gaceta número 35, Noviembre de 1990, página 93.

De igual manera, constituye una muestra de interpretación *versus reo* la tesis de jurisprudencia definida:

"RETRACTACIÓN. INMEDIATEZ. Las primeras declaraciones son las que merecen mayor crédito, pues por su cercanía con los hechos son generalmente las veraces, por no haber existido tiempo suficiente para que quien las produce reflexione sobre la conveniencia de alterar los hechos. Este criterio jurídico, que da preferencia a las deposiciones iniciales, tiene su apoyo en el principio lógico de contradicción y cabe aplicarlo no sólo en tratándose de retractaciones hechas por el acusado, o por los testigos, sino también por la ofendida."¹¹

Esta tesis, al establecer que las primeras declaraciones tienen valor preponderante sobre las anteriores nulifica la garantía de la declaración preparatoria y somete la potestad del juez a la del Ministerio Público. Otorgar valor preponderante a la declaración ministerial argumentando la cercanía temporal con los hechos y la ausencia de reflexiones defensivas significa, en los hechos, dejar sin valor la declaración preparatoria rendida ante la potestad de la judicatura. La preferencia sistemática de la declaración ministerial sobre la preparatoria cancela la garantía individual de la declaración preparatoria prevista en el artículo 20, apartado A, fracción III, de la Constitución Federal. Es necesario recuperar, en ese aspecto, el valor de la declaración preparatoria (única reconocida constitucionalmente) y que es rendida ante la potestad del Poder Judicial.

La tesis relativa a que la declaración de los policías tienen pleno valor probatorio porque son imparciales en razón del cargo que ostentan nulifica el derecho a la prueba testimonial de descargo, porque en sujetamiento a la tesis se otorga valor preponderante al dicho de los elementos policíacos sobre la declaración de los testigos de la defensa.

POLICÍAS, VALOR PROBATORIO DE TESTIMONIOS DE.
Es infundada la afirmación en el sentido de que no debe dársele

¹¹ Consultable bajo el número de registro: 201,617, Jurisprudencia, Materia(s): Penal, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, IV, Agosto de 1996, Tesis: VI.2o. J/61, Página: 576.

valor probatorio a las declaraciones testimoniales rendidas por los policías aprehensores del acusado, puesto que no es exacto que exista parcialidad por parte de ellos, pues su función es la investigación y esclarecimiento de los hechos que puedan constituir un delito, lo que en sí mismo no implica parcialidad; y si personalmente intervinieron en la investigación y en la aprehensión in fraganti del inculpado, lejos de desecharse tales testimonios, deben tener un valor fundamental, por haber sido presenciales, máxime en un caso en que esas declaraciones coinciden con las primeras versiones dadas por el inculpado. Amparo directo 444/72. Ramón Rodríguez Rochin y otros. 14 de junio de 1972. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Además, con la jurisprudencia relativa a *la retractación ineficiente si no está justificada*, se eliminó *de facto* la posibilidad de que el acusador se retractara en los careos, porque condicionó la validez de la retractación a que el inculpado probara la causa de la misma.¹² Con ello, se dio muerte a los careos, porque impuso al procesado la carga (no establecida en ninguna norma) de probar la retractación.

Son entre otras, las tesis que dificultan el ejercicio de la defensa, el desafío de la defensa pública es contribuir a su eliminación.

5.2. LA APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN LA DEFENSA

A pesar del mandato establecido en el artículo 133 de la Constitución Federal, en las promociones de los defensores y en las resoluciones judiciales aún es escasa la argumentación fundada en los tratados internacionales. Es cierto que en nuestro sistema procesal primó el dogma de la superioridad del derecho interno sobre el externo. Durante mucho tiempo, por desconocimiento de las partes, los tratados internacionales fueron escasamente invocados y en los

¹² TESTIGOS, RETRACTACIÓN DE. Las retractaciones de los testigos sólo se admiten en el enjuiciamiento penal cuando, además de fundarse tales retractaciones, están demostrados los fundamentos o los motivos invocados para justificarlas. PRIMER TRIBUNAL COLEGIAL DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

casos –mínimos– en que fueron citados para invocar alguna petición recibieron como respuesta el desdén de los juzgadores. Esta circunstancia empezó a cambiar a partir de que el tribunal más alto del país se pronunció sobre la jerarquía normativa de los tratados en la paradigmática sentencia del amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. ¿Por qué es importante la aplicación de los tratados de manera directa? La doctrina más avanzada de los derechos humanos está en los tratados internacionales y en su interpretación¹³. Por citar el ejemplo más cercano, la Convención Americana sobre Derechos humanos constituye un caudal garantista para los ciudadanos de América. Esta Convención tiene aplicación directa en nuestro país y amplifica, en muchos casos, las garantías constitucionales. Los defensores podremos (debemos) en el patrocinio de presos indígenas solicitar la aplicación directa del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y, en consecuencia, la aplicación de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (casos *Yakie Axa versus Paraguay* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay*, entre otros) que establecen el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a recibir por parte de los Estados: "una protección efectiva que tome en cuenta las parti-

¹³ En el año 2005, en ejercicio de la función de defensor público federal, solicité la libertad provisional bajo caución de un defendido (indígena mazateco monolingüe) sujeto a la prisión preventiva por delito contra la salud considerado grave. Ante la negativa del juez, promoví demanda de amparo en la que indiqué que el no otorgamiento de la libertad caucional a mi defendido violaba, además del principio de presunción de inocencia, el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Federal, amplificado por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Indiqué que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Suárez Rosero versus Perú* había establecido que sólo habría prisión preventiva cuando estuviese demostrado: a) que el imputado pretendería evadirse de la acción de la justicia; b) que el imputado pretendería obstaculizar el proceso; y c) que la libertad del imputado representaría un peligro para la víctima. Argumenté que dichos extremos no habían quedado demostrados en la averiguación previa y que por ello, era procedente el otorgamiento de la libertad caucional. Indiqué que los razonamientos de los jueces de la Corte Interamericana eran aplicables en nuestro país, dado que era la interpretación de un tratado internacional y que el artículo 8 de la Convención (y su interpretación) eran aplicables porque amplificaban las garantías constitucionales. El amparo, es obvio decirlo, fue negado en acatamiento al dogma que postula la prevalencia del derecho interno sobre el externo.

cularidades de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación esencial de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres...".

5.3. ES NECESARIO DOTAR DE CONTENIDO A LAS NORMAS DEL ARTÍCULO 2 CONSTITUCIONAL

Es pertinente indicar que el indígena siempre ha estado en una situación desventajosa frente al derecho penal occidentalizado, sea escrito u oral. El indígena no ha intervenido en la construcción de la ley penal, no la conoce, la ley está escrita en una lengua que no es la suya y es juzgado por gentes que lo miran —a veces— con conmiseración o desprecio.

El artículo 2 constitucional, que establece un catalogo de derechos indígenas, ha sido escasamente aplicado y como consecuencia de ello no ha sido interpretado por los órganos del Poder Judicial de la Federación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación aún no ha definido que es la autoadscripción, la libre determinación de los pueblos indígenas, la especificidad cultural, la diversidad cultural, el pluralismo jurídico, el acceso pleno a la justicia para los pueblos indígenas, etc. Es necesario que los defensores públicos pongan en la agenda de la Corte tales temas.

Es conveniente señalar que en la defensa de indígenas, los defensores públicos federales del Estado de Oaxaca, entidad eminentemente pluriétnica, han intentado nuevos caminos, no sólo han hecho cotidiana la aplicación del error de prohibición, también han intentado como estrategia de defensa la causa de exclusión de delito por el ejercicio de un derecho a la diversidad cultural o el cumplimiento del deber ordenado por la asamblea comunitaria.

6. BREVE CONCLUSIÓN

Al hacer el balance de estos diez años, es incuestionable que el Instituto Federal de Defensoría Pública se ha consolidado y ha cumplido íntegramente la finalidad para la que fue creado. Las fortalezas y los momentos luminosos deben llenarnos de orgullo. Pero no debe-

mos incurrir en la autocomplacencia. Los desafíos se avizoran en el horizonte: un nuevo sistema de juzgamiento (el procedimiento acusatorio adversarial), la instauración del derecho penal del enemigo, la idea persistente de que es necesario suprimir garantías individuales para hacer viable la lucha por la seguridad pública, son entre otros, los retos que enfrentaremos en el futuro. Es necesario estar preparados.

FUENTES DE INFORMACIÓN

A) BIBLIOGRÁFICAS:

- Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto S.R.L. Primera Edición.- Buenos Aires, 2005.
- Blas López, Cuauhtémoc. *Oaxaca. Ínsula de rezagos. Críticas a sus gobiernos de razón y de costumbre*. Editorial Sierra. Primera edición, Oaxaca, 2007.
- Fix-Zamudio Héctor. *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Segunda Edición. México, 1999.
- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. *Los principios generales del proceso penal*. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición, Colombia, 2004.
- Pásara, Luis. *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México, 2006.
- Ferrer Beltrán, Jordi; Gascón Abellán, Marina; González Lagier, Daniel; Taruffo, Michele. *Estudios sobre la prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México, 2006.
- Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *El acceso a la justicia para los indígenas en México. Estudio de caso en Oaxaca. Proyecto de implementación de las recomendaciones derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*. Editado por OACNUDH, México.

B) REVISTAS

- *Compromiso*, Órgano informativo del Poder Judicial del a Federación, julio de 2007.
- *Ixtus. Espíritu y cultura*, número 42, México, 2003.

C) OTROS

- Disco óptico *IUS 2007*, actualizado a junio de 2007. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Disco óptico *Compila XIV*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sustancias psicotrópicas, los límites del *ius puniendi*. Análisis crítico de la tesis 1a.LXXXIV/2005

Óscar Domingo Olguín Almanza*

1. INTRODUCCIÓN

Hoy día, se habla de inflación del derecho penal, significando bajo tal expresión la abrumadora abundancia de normas jurídicas de tal forma represivas. La materia de los delitos contra la salud no es la excepción, especialmente cuando hacemos relación en tratándose de las conductas humanas vinculadas a las sustancias identificadas como psicotrópicos; la situación se complica aún más, cuando para la actualización de un delito en ese tópico es necesario recurrir a disposiciones legales de naturaleza no penal, para complementar un delito en la jerga del *ius puniendo*, que involucran las tareas legislativa o en instancia jurisdiccional; y, en esta etapa, todavía se pueden presentar nuevos obstáculos por superar.

Con la presente elaboración, se pretende abordar un tema, que si bien en puridad jurídica no resulta del todo novedoso, amerita en parte el análisis de un aspecto que se relaciona, en una primera fase, con un criterio judicial aislado vinculado a nuestro tema y su relación con los principios constitucionales –posiblemente no observados– que informan la regulación de la ley penal: la descripción típica penal legislativa en materia de psicotrópicos; así como aquellos principios y su aplicación por los órganos jurisdiccionales federales.

* Defensor Público Federal.

2. CRITERIO CONCRETO SOSTENIDO EN LA TESIS JUDICIAL

En la tesis judicial 1a.LXXXIV/2005, se acogió como criterio, que el artículo 246 de la Ley General de Salud, al facultar a la Secretaría de Salud para modificar el listado contenido en el artículo 245 de esa ley, no viola el artículo 73, en las fracciones XVI y XXI, de la Constitución Federal. El rubro de la tesis en comento es: "SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS. EL ARTÍCULO 246 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, AL FACULTAR A LA SECRETARÍA DE SALUD PARA MODIFICAR EL LISTADO CONTENIDO EN EL NUMERAL 245 DE DICHA LEY, NO VIOLA EL ARTÍCULO 73, FRACCIONES XVI Y XXI, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."

La tesis judicial de rubro citada, fue emitida como aislada, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se formó, con motivo del juicio de amparo en revisión número 1756/2004, de primero de junio de 2005, en la que fungió como ponente, el señor ministro José de Jesús Gudiño Pelayo.¹

¹ El contenido de la tesis jurisdiccional es de la siguiente localización, rubro y contenido: Registro No. 177429, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Agosto de 2005, Página: 304, Tesis: 1a. LXXXIV/2005, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Penal. SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS. EL ARTÍCULO 246 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, AL FACULTAR A LA SECRETARÍA DE SALUD PARA MODIFICAR EL LISTADO CONTENIDO EN EL NUMERAL 245 DE DICHA LEY, NO VIOLA EL ARTÍCULO 73, FRACCIONES XVI Y XXI, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El citado artículo 246, al facultar a la Secretaría de Salud para determinar cualquier otra sustancia no incluida en el artículo 245 del aludido ordenamiento legal y que deba considerarse como psicotrópica para los efectos de esa ley, señalando únicamente como requisito que las listas correspondientes se publiquen en el Diario Oficial de la Federación, precisando el grupo al que corresponde cada una de las sustancias, no viola el artículo 73, fracciones XVI y XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es así porque uno de los motivos que originaron la reforma de 23 de diciembre de 1987 a tales preceptos legales, consistió en que el texto de la Ley General de Salud fuera acorde con las disposiciones jurídicas internacionales signadas en la materia (Convención Única sobre Estupefacientes en 1961 y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971), las cuales constituyen derecho vigente en nuestro país, conforme al artículo 133 constitucional; de manera que la intención del legislador fue mantener la posibilidad de incluir nuevas sustancias en los listados de estupefacientes y psicotrópicos, para lo cual debía permanecer la facultad de la Secretaría de Salud para declarar como tales a las sustancias que tengan esas características, como fue el caso de la pseudofedrina incluida en el listado que modifica, entre otros, el grupo III del artículo 245 de la Ley

3. ARGUMENTOS SUSTANCIALES DE LA TESIS JUDICIAL 1A.LXXXIV/2005

En lo subsiguiente, para la mejor comprensión de la presente elaboración, se clasificarán los argumentos de la tesis judicial de merito, en dos apartados, siguiendo su orden secuencial, identificándose en cada punto principal, el tipo de argumento empleado, lo cual facilitará el análisis del contenido de la postura asumida en el criterio analizado.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para apoyar su resolución, se basa en los siguientes argumentos:

1. Pragmático. Se utilizó cuando se establece: "*...porque uno de los motivos que originaron la reforma de 23 de diciembre de 1987 a tales preceptos legales, consistió en que el texto de la Ley General de Salud fuera acorde con las disposiciones jurídicas internacionales signadas en la materia...*"

En este apartado, se aprecia una explicación funcional y de intención final, del argumento pragmático², en cuanto se pondera un acto legislativo, según las consecuencias favorables que significan el texto ordinario de la ley y su congruencia con dispositivos legales internacionales.

2. Psicológico. Se empleó dicho argumento, cuando se precisa que: "*...la intención del legislador fue mantener la posibilidad de incluir nuevas sustancias en los listados de estupefacientes y psicotrópicos, para lo cual debía permanecer la facultad de la Secretaría de Salud para de-*

General de Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de julio de 1995, el cual emitió el director general de Control de Insumos para la Salud de dicha secretaría, con fundamento en el artículo 246 de la citada ley. Amparo en revisión 1756/2004. 1o. de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Nínive Ileana Penagos Robles. (En: IUS 2007, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007).

² "Llamamos argumento pragmático aquel que permite preciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables... El enlace entre una causa y sus consecuencias puede percibirse con tanta acuidad que una transferencia emotiva inmediata, no explícita, se opere de éstas a aquellas, de tal modo que se crea que se aprecia algo por su valor propio, mientras que son las consecuencias las que, en realidad, importan..." (PERELMAN, Ch., et L. OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, 1989, en: DEHESA Dávila, Gerardo, *Introducción a la Retórica y a la Argumentación*, p. 511).

clarar como tales a las sustancias que tengan esas características, ..." (Este argumento, en adelante, será identificado como "psicológico").

Como se puede observar, el razonamiento psicológico³, se adopta expresamente, justificando argumentativamente, las facultades de la Secretaría de Salud, para declarar como psicotrópicos a las sustancias que presenten características de esa naturaleza.

4. MÉTODO Y DELIMITACIÓN DE ANÁLISIS

En este breve ensayo, con apoyo en los métodos lógico, sistemático, analítico, sintético y crítico, se procederá a un sencillo estudio formal de las materias antes descritas, tomando como objeto de estudio la tesis judicial 1a.LXXXIV/2005, específicamente los argumentos torales de dicha determinación; ello, ponderando los límites que exige una temporalidad presente, con sintética cápsula de antecedente judicial sobre el punto abordado, por constituir hoy día, un tema de actualidad.

El análisis de normas jurídicas, se circunscribe a las vigentes en nuestro país, de carácter constitucional, ordinarias federales, estrictamente adheridas al tema y con una mención general necesaria de las involucradas en tratados internacionales.

Para mejor emprender la comprensión de tales planteamientos, haremos relación de las normas jurídicas, que potencialmente tienen participación en tal empresa.

5. MARCO JURÍDICO

Bajo el presente rubro, haremos mención de las disposiciones jurídicas que elementalmente guardan relacionan al tema que nos ocupa.

5.1. NACIONAL (EN ESTRICTO SENTIDO)

5.1.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

5.1.1.1 PARTE DOGMÁTICA

³ "El argumento psicológico se define como aquel argumento: '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.' " (ESQUIAGA Ganuzas, Francisco Javier, en: Ídem, p. 585).

Primigeniamente, el ordinal 4º de la Carta Magna, establece como garantía individual de igualdad, el derecho a la salud, significando un derecho público subjetivo oponible a las autoridades estatales, a favor de los individuos que se encuentren en la República Mexicana, entendido aquel concepto como: "...disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social."⁴

Por otra parte, el artículo 14 constitucional⁵, en su tercer párrafo, contempla el inveterado principio de exacta aplicación de la ley en materia penal⁶, el cual se traduce con el significado de las expresiones: No hay delito sin ley (*nullum crimen sine lege*); no hay pena sin ley (*nulla poena sine lege*).

5.1.1.2 PARTE ORGÁNICA

Así, como en la norma constitucional se adopta el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, existe otro que le resulta de necesaria existencia dentro de nuestro sistema de leyes: el principio de reserva legislativa en materia de delitos penales, según el cual, el Congreso de la Unión es el único órgano estatal facultado –según lo estipulado por el artículo 73 fracción XXI–, para establecer los delitos y faltas federales, así como las sanciones que por tales conceptos deban imponerse.

El punto anterior se encuentra inmerso también al principio de división de poderes⁷, consistente básicamente, en la precisa determinación funcional que respecto de cada uno de ellos, se establece en un sistema democrático que, como el nuestro, reconoce el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, por lo que no podrán reunirse dos o más en una sola persona o corporación (con las salvedades constitucionales que operan en la materia).

⁴ Artículo 10.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

⁵ Que literalmente prevé: "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."

⁶ Tal principio: "...es el postulado más importante del derecho penal. Suele expresarse diciendo que no hay delito sin ley, ni pena sin ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Es decir, no hay más hechos delictuosos que aquellos que las leyes penales definen y castigan. Ni más penas que las que las mismas leyes establecen." (GARCÍA Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 379).

⁷ Reconocido, en el artículo 49 de la Ley Suprema de la Nación.

5.1.2 LEYES ORDINARIAS FEDERALES

5.1.2.1 CÓDIGO PENAL FEDERAL

En nuestro sistema jurídico penal, el Código Penal Federal, en el capítulo Primero, del título Séptimo, establece los delitos denominados "contra la **salud**", precisándose que se consideran **narcóticos** a los estupefacientes, **psicotrópicos** y demás sustancias o vegetales *que determinen la Ley General de Salud*, los convenios o tratados internacionales de observancia obligatoria en México y *los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia*.

También se precisa que, para los efectos de aquel Capítulo, son punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II y III y 248 de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública.⁸

5.1.2.2 LEY GENERAL DE SALUD

Por lo anterior, respecto de las sustancias señaladas como psicotrópicos, existe para su determinación legal, una *remisión normativa necesaria* a la Ley General de Salud, donde se enuncian efectivamente la variedad de sustancias a considerarse como psicotrópicas, precisamente en las fracciones I⁹, II¹⁰ y III¹¹ del numeral 245; adicionalmente, el arábigo 244 del mismo Cuerpo de Normas en cita, dispone que para los efectos de esa ley, se consideran sustancias psicotrópicas, las señaladas en el artículo 244 de ese ordenamiento y aquellas que determine específicamente el Consejo de Salubridad General o la Secretaría de Salud.

5.1.3. EN TRATADOS INTERNACIONALES

En cuanto a los tratados internacionales, el Estado Mexicano, desde: "...el 8 de marzo de 1925 firmó el protocolo relativo al cumpli-

⁸ En ese sentido se lee el artículo 193, del Código Penal Federal.

⁹ Cuya última adición por autoridad administrativa, data publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 9 de julio de 1996.

¹⁰ La última adición por autoridad administrativa, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 24 de octubre de 1994.

¹¹ Se observa como última adición por autoridad administrativa, la publicitada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de octubre de 1994; y, existe una republicación en el mismo medio de difusión de 26 de julio de 1995.

miento y observancia de la... Convención de La Haya; suscribió con posterioridad la Convención celebrada en Ginebra el 13 de julio de 1931, que limitó la fabricación y reglamentó la distribución de enervantes; ...en 1926 comenzó el Código Sanitario, y algo más tarde el Código Penal, a remitirse a los tratados y convenciones internacionales suscritos por México en materia de enervantes, y con mayor razón lo seguirían ambos haciendo a medida que se afinaba y especializaba el marco jurídico en que operaba al respecto el conjunto de las naciones. El país es, ...signatario de la Convención Única sobre Estupefacientes aprobada en Nueva York el 25 de marzo de 1961 y en vigor desde el 13 de diciembre de 1964, y del Protocolo aprobado en Ginebra el 25 de marzo de 1972 y en vigor desde el 8 de agosto de 1975, que la modifica, así como del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas suscrito en Viena el 21 de febrero de 1971, en vigor desde el 16 de agosto de 1976, instrumentos todos que casi sin excepción han dejado sin vigencia a los anteriores. En fin, México ya ha ratificado –*Diario Oficial* de 5 de septiembre de 1990– la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, acordada en Viena en 1988, y en vigor."¹²

Que, respecto del último instrumento internacional en comentario: "...La estructura del instrumento resulta invertida: la represión penal de la droga es objeto de su primera parte y abarca 40% de su texto, que atrapa también como conductas dignas de punición por las legislaciones nacionales la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o sustancias destinados al cultivo, producción o fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y muy ampliamente el "lavado de dinero"..."¹³

El tratado internacional cito en último término, previene dentro de su rubro "definiciones", inciso r), que: "Por 'sustancia

¹² BUNSTER, Álvaro, "El régimen de la droga en México: una visión panorámica", en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Revista Jurídica, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín/cont/76/art/art1.htm>; consulta: 29 de abril del 2007.

¹³ Ídem.

sicotrópica' se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

Por su parte, el instrumento internacional escrito en línea anterior, en el artículo 1º, bajo el rubro "Términos empleados", inciso g), se asienta: "Por 'Lista I', 'Lista II', 'Lista III' y 'Lista IV' se entiende las listas de sustancias sicotrópicas que con esa numeración se anexan al presente Convenio, *con las modificaciones* que se introduzcan en las mismas de conformidad con el Artículo 2".

6. ANÁLISIS

De acuerdo a lo anterior, el verdadero trasfondo de la cuestión no lo constituye, necesariamente, en qué forma se encuentran regulados, en nuestro sistema punitivo federal, los delitos contra la salud respecto de sustancias psicotrópicas; sin embargo, subsiste un problema de interpretación normativa, en la fase penal jurisdiccional, cuando, para efectos punibles, se llega a considerar sustancia psicotrópica alguna de las agregadas como tales, en listas complementarias, expedidas por la autoridad administrativa.

Así es, claro está en la ley, qué sustancias deben considerarse psicotrópicas para efectos punibles, el *quid* de la cuestión radica ahora, en el siguiente cuestionamiento: ¿se deben tener por sustancias psicotrópicas, para efectos penales, las establecidas en las listas expedidas por el Poder Ejecutivo Federal, que adicionan a las reguladas en el arábigo 245 fracciones I, II y III, de la Ley General de Salud?

En una primera aproximación, las interrogantes planteadas, tuvieron dos vías de respuesta:

a) La fáctica. En la cual bastaría la comprobación química de que una sustancia guarde la composición de psicotrópico y que se encuentre incluida en alguna de las fracciones I, II o III del numeral 245, de la Ley General de Salud; o bien, una vez cubierto el requisito de identificación de merito, la sustancia se describa en alguna de las listas administrativas complementarias a las inmersas en las fracciones precitadas.

El segundo supuesto, cito en párrafo que antecede, tendría que sostenerse en una razón que atienda a la naturaleza y potencialidad de riesgo contra la salud, que representa la sustancia como para considerarle agregada –para efectos penales– de alguna de las fracciones, de las cuales, la ley penal puede considerar ilícita una conducta, sin importar que el órgano estatal que efectúe tal adición, sea administrativo.

b) La formal. En la que sería preciso analizar, en primer término, si la(s) conducta(s) relacionada(s) con alguna sustancia estimada psicotrópica, debe(n) tener tintes punibles, cuando aquella es de las establecidas en las listas administrativas, que adicionan a las descritas en el artículo 245 fracciones I, II o III, en virtud de que aquellas enumeraciones son obra de un órgano estatal que no es el indicado para fijar delitos (actualizándose la figura jurídica de leyes penales en blanco)¹⁴ y que dado el carácter normativo complementario, en lo relativo a la naturaleza de la sustancia, se requiere que la disposición que amplía la lista de psicotrópicos tenga, al menos, el carácter de ley.

6.1 ANTECEDENTE JUDICIAL SOBRE EL TÓPICO

En nuestra realidad jurídica, el elemento de análisis, en una primera aproximación, tuvo una respuesta formal. En efecto, de antaño mediato se han resuelto por nuestros tribunales federales casos en los que existió el problema planteado y en los que se ha tomado la decisión judicial de ponderar los principios de exacta aplicación de la ley en materia penal y de reserva en la definición de delitos al

¹⁴ En doctrina, por leyes penales en blanco se ha entendido: "...donde la descripción de la conducta típica si bien aparece la ley penal, en donde además, se recoge la pena correspondiente, sin embargo, ese contenido queda sin ser definido o explicitado, delegándose su integración y definición concreta a otra autoridad, a otra ley o a otro reglamento. El caso más frecuente se da en los delitos contra la salud, en donde la referencia a las sustancias que implican la presencia de las drogas, estupefacientes o narcóticos prohibidos por la ley penal, frecuentemente se dejan para su definición a otras leyes (de salud) o incluso, en veces, a los reglamentos relacionados y, aun, a circulares, que evidentemente implican disposiciones de un rango inferior a la ley, en tanto que no derivan del poder legislativo..." (MALO Camacho Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, p. 193).

órgano legislador, precisándose que el artículo 14 constitucional prevé que para la existencia de un delito, es necesario que esté previsto en la ley y no en una publicación oficial que no reúne los elementos formales para ello.¹⁵

¹⁵ Sobre dicho antecedente, dan testimonio los siguientes criterios judiciales: No. Registro: 234,078, Jurisprudencia, Materia(s): Penal, Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 205-216 Segunda Parte, Tesis: Página: 61, Genealogía: Informe 1986, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 43, página 28. Apéndice 1917-1988, Segunda Parte, tesis 1748, página 2814. SALUD. DELITO CONTRA LA. PSICOTRÓPICOS (DIAZEPAM). Es violatoria de garantías la sentencia de apelación que confirme la de primera instancia condenatoria por el delito contra la salud en la modalidad de posesión de psicotrópicos, consistentes en tabletas "QUAL", si el Tribunal Unitario responsable se basa en el dictamen respectivo en que se asentó que dichas tabletas: "... contienen una sustancia denominada diazepam, considerada como psicotrópico". El Diario Oficial de primero de diciembre de mil novecientos ochenta, dice: "SECRETARÍA DE SALUBRIDAD Y ASISTENCIA. RELACIÓN DE PRODUCTOS MEDICINALES CORRESPONDIENTES A LAS FRACCIONES II, III Y IV del artículo 321 del CÓDIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SUS REQUISITOS DE VENTA Y CONTENIDOS EN LAS LISTAS 'A', 'B' Y 'C'. Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos. Secretaría de Salubridad y Asistencia. Dirección General de Control de Alimentos, Bebidas y Medicamentos. De conformidad con los artículos 308, 321 fracciones II, III y IV, 327, 328 y 329 del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, los productos medicinales que contengan sustancias psicotrópicas equiparables a estupefacientes que requieran para su venta al público recetario especial editado y suministrado por esta Secretaría de Salubridad y Asistencia a los profesionales de la medicina autorizados para ello y los que contengan sustancias psicotrópicas, requerirán de receta médica. LISTA 'A', Correspondiente al Grupo II ... LISTA 'B', Correspondiente al Grupo III RELACIÓN DE PRODUCTOS MEDICINALES REGISTRADOS EN LA S.S.A., QUE CONTIENEN SUSTANCIAS PSICÓTRÓPICAS Y REQUIEREN PARA SU VENTA RECETA MÉDICA QUE SE SURTIRÁ POR UNA SOLA VEZ Y QUE RETENDRÁ EL FARMACÉUTICO, HACIENDO LA ANOTACIÓN RESPECTIVA EN EL LIBRO DE CONTROL. Número 81. DIAZEPAM. Tablet. ... Estas listas sustituyen y cancelan todas las anteriores y quedan sujetas a las modificaciones pertinentes. México, D. F., a 25 de noviembre de 1980. El Director General de Control de Alimentos, Bebidas y Medicamentos, Manuel Ramos Álvarez. Rúbrica". Esta relación no se incorporó al Código Sanitario ya derogado, ni a la Ley General de Salud vigente y además fue dictada sin llenar los requisitos constitucionales para elevar a rango de ley las disposiciones en ella contenidas. El artículo 197 fracción I del Código Penal Federal establece la conducta que se califica de delictiva en términos abstractos, pero requiere de un complemento para que se integre, como lo es una norma de naturaleza administrativa que precise el carácter de psicotrópico. La disposición complementaria se encontraba comprendida en el hoy derogado Código Sanitario, por lo que en el caso pudiera hablarse, en sentido impropio, de una norma penal en blanco, pues se requiere la declaración de otra ley para tener como ilícita la conducta a comentario. El artículo 14 constitucional establece que para que exista un delito es menester que esté previsto en la ley y no en una publicación oficial que no reúne los requisitos constitucionales para ello, por lo cual se concluye, en puridad jurídica, que el delito de posesión de tabletas "QUAL" que contienen diazepam, no se configura, pues el Congreso de la Unión, facultado para legislar en materia de delitos federales, no elevó a rango de ley la relación antes mencionada para que el diazepam sea considerado como psicotrópico. Séptima Época, Segunda Parte: Volúmenes 205-216, página 53. Amparo directo 9888/85. José Luis Fernández Rubio. 17 de enero de 1985. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Alfredo Murguía Cámara. Volúmenes 205-216, página 53. Amparo directo 9801/84. Jorge Rocha Tirado y otro. 3 de mayo de 1985. Cinco votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Juan Silva Meza. Volúmenes

6.2 PERSPECTIVA AUTORAL

Se estima adecuado el sentido en que, en un comienzo, fue resuelto el tópico particular por los órganos jurisdiccionales federales, porque se había dado mérito a los principios aplicables en materia penal, para la existencia de una conducta penalmente relevante: *Nullum crimen sine lege* (no hay delito sin ley) y la facultad exclusiva del legislador federal para establecer delitos; con lo que, en lo particular, quedaba finiquitada la cuestión planteada; empero, con

193-198, página 37. Amparo directo 10657/84. María Virginia Toledo Herrera. 15 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: José Jiménez Gregg. Volúmenes 199-204, página 54. Amparo directo 1394/85. Daniel Lemus Huerta. 7 de octubre de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Santiago Rodríguez Roldán. Secretaria: Emma Margarita Guerrero Osio. Volúmenes 205-216, página 38. Amparo directo 2402/86. Jesús Gilberto Espinoza Grijalva. 29 de septiembre de 1986. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Carlos Enrique Rueda Dávila. Nota: En el Informe de 1986, la tesis aparece bajo el rubro "SALUD. DELITO CONTRA LA. POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES NO CONFIGURADO.". También: No. Registro: 234,105, Tesis aislada, Materia(s): Penal, Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 199-204 Segunda Parte, Tesis: Página: 54. SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTROPICOS (BENZODIAZEPINA). El artículo 197, fracción I, del Código Penal Federal establece la conducta que se califica de delictiva en términos abstractos, pero requiere de un complemento para quedar plenamente integrada, como lo es una norma de naturaleza administrativa que precise el carácter de psicotrópico del objeto material que se posea o con el que se trafique. En casos como el presente pudiera hablarse, en sentido impropio, de una norma penal en blanco ya que se requiere la declaratoria de otra ley para tener como ilícita la conducta reglada en el dispositivo citado. Ordinariamente la disposición complementaria se encontraba comprendida dentro de las normas que integran el hoy derogado Código Sanitario o sus leyes conexas, pero que de cualquier manera tuvieron que ser dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente concedidas a dicho cuerpo legislativo por la fracción XVI del artículo 73 constitucional. La función legislativa en materia penal ha sido reservada constitucionalmente al Poder Legislativo, integrado por las cámaras, es decir, al Congreso de la Unión, correspondiendo al Ejecutivo la promulgación de las leyes y su ejecución. Se plantea el problema de determinar si el Poder Ejecutivo puede por delegación dictar leyes penales. Es obvio que la aludida facultad ha sido señalada exclusivamente al Poder Legislativo, teniendo carácter privatista, salvo el caso de facultades extraordinarias conforme a lo dispuesto en el artículo 29 constitucional, y fuera de ello no puede ser válidamente delegada en el Poder Ejecutivo, pues de darse tal delegación estaría invalidada de inconstitucionalidad. Cuestión diversa es la facultad reglamentaria derivada de la ejecución de la ley, ya que ésta debe entenderse concedida sin rebasar su propia finalidad, ya que el reglamento debe operar dentro de la ley y no fuera o contra la ley. Ahora bien, si por leyes en blanco se conocen aquellas que señalan únicamente la pena pero no describen la infracción, la cual posteriormente es configurada por otro texto legal, surge la cuestión de considerar si el acto legislativo complementario que habrá de definir el hecho sancionado debe ser realizado por el Poder Legislativo en forma exclusiva o si puede verificarlo el Poder Ejecutivo. De acuerdo con el criterio expuesto anteriormente sobre la ilegítima delegación cuando se trata de facultades reservadas al Congreso, habrá de sostenerse igual punto de vista respecto al acto legislativo complementario de las leyes penales en blanco. En ese orden de ideas, debe considerarse que conforme a lo establecido por el artículo 14 constitucional, para la coexistencia de un

el criterio jurisdiccional en estudio (1a.LXXXIV/2005), aun bajo los argumentos ahí expuestos, hasta el momento aparece sin satisfacción el determinar si es conforme a la Constitución que las sustancias psicotrópicas agregadas como tales por la autoridad administrativa, en decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, con fechas 24 de octubre de 1994, 26 de julio de 1995 y 9 de julio de 1996, respectivamente, deban ser tomadas para efectos penales, considerando que el numeral 244 de la Ley General de Salud que dio génesis a lo antes escrito, refiere que: "Para los efectos de esta ley, se consideran sustancias psicotrópicas las señaladas en el artículo 245 de este ordenamiento y aquellas que determine específicamente el Consejo de Salubridad General o la Secretaría de Salud", considerando que al texto de las fracciones I, II y III, "oficialmente" se han incorporado para ser tenidas por psicotrópicas, otras sustancias determinadas como tales por el Ejecutivo Federal.

De tal forma que, para exponer opinión al respecto, es necesario distinguir las siguientes hipótesis:

Primera: Que alguna sustancia se estime como psicotrópica por el artículo 245 en fracciones I a III, de la Ley General de Salud y que así haya sido establecido por el legislador, previo el procedimiento formal correspondiente;

Segunda: Que alguna sustancia se estime como psicotrópica por

delito es menester que esté previsto en la ley y no en una publicación oficial que no reúne los requisitos precisados por la propia Constitución, por lo cual se llega a la conclusión, en puridad jurídica, que el delito de posesión y tráfico de psicofármacos que contienen como principio activo el derivado de las benzodiazepinas no se configura, toda vez que el Congreso de la Unión, único órgano que constitucionalmente está facultado para legislar en materia de delitos federales, no elevó al rango de la ley las disposiciones contenidas en las publicaciones en el Diario Oficial de la Federación de 30 de noviembre de 1976 y de 1o. de diciembre de 1980, respecto a que la benzodiazepina pasara a ser considerada como psicotrópico. Amparo directo 1394/85. Daniel Lemus Huerta. 7 de octubre de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Santiago Rodríguez Roldán. Séptima Época, Segunda Parte: Volúmenes 193-198, página 37. Amparo directo 10657/84. María Virginia Toledo Herrera. 15 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Nota: En los Volúmenes 193-198, página 37, la tesis aparece bajo el rubro "SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTRÓPICOS (DIAZEPAM)". Nota: En el Semanario Judicial de la Federación, la referencia de la página 38 del amparo directo 10657/84 es incorrecta, por lo que se corrige, como se observa en este registro. (Ob. cit., nota número 1).

el artículo 245 en fracciones I a III, de la Ley General de Salud y que así haya sido establecido por el legislador, previo el procedimiento formal correspondiente y también se precise como tal por una autoridad administrativa;

Tercera: Que alguna sustancia se estime como psicotrópica por el artículo 245 en fracciones I a III, de la ley antes mencionada y que así haya sido establecida o no por el legislador federal, y dicha sustancia esta identificada como tal en un tratado internacional¹⁶ vinculante al Estado Mexicano.

¹⁶ No debe soslayarse, que el tratado internacional actualmente aplicable a la materia, lo constituye la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, acordada en Viena en 1988; de forma que, si en tal instrumento (así como en sus adiciones al respecto) se describen como psicotrópicos ciertas sustancias, las mismas deben estimarse para fines punibles en atención a lo establecido en los artículos 133 y 76 de la Ley Principal de la Nación, aun cuando la sustancia de que se trate no esté comprendida como tal en el artículo 245 fracciones I a III de la Ley Sanitaria Federal en vigor. Es ilustrativo de lo asentado, los criterios judiciales de siguiente localización, rubro y contenido: Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Sexta Parte, Página: 288, Genealogía: Informe 1987, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 10, página 22. ESTUPEFACIENTES O PSICOTRÓPICOS CONSIDERADOS ASÍ EN LOS CONVENIOS O TRATADOS INTERNACIONALES. La tesis de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a que existen leyes en blanco en algunos casos de delitos contra la salud en razón de que la Ley General de Salud no contempla que determinada sustancia sea psicotrópica o estupefaciente, tal criterio tiene su excepción, cuando esa sustancia esté considerada con tal carácter entre aquellas que incluye el convenio aprobado en Viena el 21 de febrero de 1971, cuyo decreto suscrito por México, se publicó el 24 de junio de 1975 en el Diario Oficial de la Federación, pues con base en el artículo 133 constitucional y por disposición expresa, en particular, del artículo 193 del Código Penal, se estimarán como estupefacientes y psicotrópicos, no sólo "los que determine la Ley General de Salud", sino los que como tales señalen "los convenios o tratados internacionales de observancia obligatoria en México". SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 172/87. Joselyn Mejía. 30 de septiembre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Vicente Arenas Ochoa. También: Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 199-204 Segunda Parte, Página: 71. Genealogía: Informe 1985, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 16, página 12. SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTRÓPICOS. METACUALONA. La sustancia llamada metacualona resulta ser objeto material de las diversas modalidades delictivas contra la salud, previstas en el artículo 197 del Código Penal Federal, ya que está considerada como psicotrópico sujeto a fiscalización y control en la lista número IV del convenio sobre sustancias psicotrópicas concertado en la ciudad de Viena el veintinueve de febrero de mil novecientos setenta y uno y aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión con fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos, habida cuenta que el artículo 193 del código punitivo en cita prevé en forma categórica que se considerarán estupefacientes y psicotrópicos, entre otros, los que determinen los convenios o tratados internacionales que México haya celebrado, y por lo mismo se constituye en objeto material de las plurales conductas delictivas antes mencionadas, creándose así una norma de las que la doctrina llama normas o leyes penales en blanco, perfectamente válida desde el punto de vista constitucional, ya que el precepto al que se asocia

Cuarta: Que alguna sustancia se estime como psicotrópica por el artículo 245 en fracciones I a III, de la ley antes citada y que así no haya sido establecido por el legislador, sino por una autoridad administrativa;

Quinta: Que alguna sustancia se estime como psicotrópica por el artículo 245 en fracciones I a III, de la ley antes mencionada, que así no haya sido establecida por el legislador federal, dicha sustancia no este identificada como tal en un tratado internacional vinculante al Estado Mexicano, sino que fue incorporada al dispositivo legal en comento, por una autoridad administrativa; como sucede actualmente con las siguientes esencias psicotrópicas: piperonal o heliotropina, isosafrol, safrol y cianuro de bencilo (de la fracción I, en el artículo precitado), butorfanol (de la fracción II, del numeral en comento), amoxapina, clonazepam, clozapina, diazepam, remolina, pimozide, zizeprol y zopiclona) de la fracción III, del arábigo antes escrito).¹⁷

En cuanto a la primera, segunda y tercera hipótesis, ninguna duda queda acerca de que, según las ideas estudiadas, se actualizaría un delito penal relacionado con psicotrópicos, sin afectarse los principios constitucionales a los que en líneas anteriores se ha hecho alusión.

Respecto al cuarto y quinto supuesto, en un primer acercamiento, atendiendo a la letra gramatical del arábigo en comento y asumiendo de momento una postura con visión penal, podría indicarse como del todo certero, que el establecer, cuáles sustancias son psicotrópicas –para efectos penales– queda vedado a un órgano que no sea el poder legislativo. Sin embargo, el estudio aparece más rebuscado,

la sanción penal llena su contenido total o parcialmente con normas que se hallan en otras instancias legislativas, como son los tratados internacionales, que tienen rango de ley conforme a lo preceptuado por el artículo 133 de la Constitución General de la República. Cabe señalar al respecto que por lo que se refiere a los listados de sustancias hechos en la convención internacional ya citada, las normas relativas quedaron incorporadas automáticamente al derecho interno a virtud de lo antes dicho y por la remisión expresa que a ellas hace el artículo 193 del Código Penal mencionado. Amparo directo 11891/84. Jaime Javier Suárez Delgado. 28 de agosto de 1985. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Alfredo Murguía Cámara. Nota: En el Informe de 1985, la tesis aparece bajo el rubro "DELITO CONTRA LA SALUD, SUBSTANCIA METACUALONA.". (Ob. cit., nota número 1).

¹⁷ Ver notas números 9, 10 y 11.

cuando analizamos no sólo el contenido textual de la norma, sino su naturaleza y funcionalidad en el ordenamiento legal a que pertenece.

Efectivamente, en primera instancia, el artículo referido tiene una función complementaria a otra disposición normativa (estrictamente penal), para concatenar lo que en un momento dado, puede tenerse como delito en derecho penal federal; y, en segundo lugar, el mismo ordinal cumple una *función de naturaleza administrativa*, se localiza en una ley de tal índole y en la materia que regula no sólo cumple la *mecánica complementaria para fines penales*, sino como reguladora de situaciones legales administrativas vinculadas a los psicotrópicos, considerados como insumos, estableciendo reglas respecto a su fabricación, conservación, transporte, distribución, almacenamiento, expendio, etc.

En esa tesitura, puede afirmarse que la norma multirreferida cumple una *función jurídica mixta*, es decir, simultáneamente se desempeña como complemento normativo penal y también como reguladora de situaciones jurídicas meramente administrativas.

De lo anterior, se obtiene que, en un aspecto, la norma sí tiene una función penal *complementaria*, pero tal realización conjuntiva, no debe obsequiarse –para todos los casos– en los términos amplios asentados en el artículo 244 de la Ley Sanitaria de la Federación, como aparece concedido por el artículo 193 del Código Penal Federal, cuando es una autoridad administrativa la que determine –para efectos penales– la sustancia que deba considerarse psicotrópica.

Porque, si el precepto aludido tiene una función jurídica mixta, la determinación de nuevas sustancias estimadas como psicotrópicas, por autoridad administrativa, no afectan, indudablemente, las facultades del Congreso de la Unión, para la determinación de delitos federales, *mientras los efectos de la determinación de aquellas sustancias (como psicotrópicos) se circunscriban al ámbito administrativo*. Por el contrario, si a una sustancia psicotrópica determinada como tal, únicamente por un ente administrativo, se le conceden efectos penales, indudablemente se vulneran las facultades del legislador federal establecidas en el artículo 73 fracción XXI, constitucional;

además, después de vulnerarse el principio de exacta aplicación de la ley, también se atenta contra el diverso de división de poderes.

De lo apreciado en líneas precedentes, se advierte que para la configuración –legislativa– de un delito penal contra la salud en materia de psicotrópicos, es indispensable la remisión a una norma diversa, localizada en un ordenamiento legal distinto, por lo que es observable la existencia legislativa un delito de los denominados comúnmente en nuestro medio, como complementados¹⁸.

Ahora bien, el legislador federal, al establecer el carácter de los delitos contra la salud, lo hace en pleno uso de las facultades potestativas que le confiere el artículo 73 fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de lo cual se deriva que si aquella facultad, atendiendo a la voluntad legislativa¹⁹, que a su vez informa los intereses de la agrupación social²⁰, encausados bajo el principio de división de poderes²¹ en una sociedad democrá-

¹⁸ Al respecto, en la doctrina se ha indicado que: "...Los tipos complementados se conforman con los elementos de un tipo básico, a los que se suman otros elementos más, denominados "circunstancias cualificantes o atenuantes", que aparecen previstos en una disposición distinta de la propia ley penal, los cuales, sumados, conforman un tipo delictivo nuevo y diverso..." (Ob. cit. nota número 14, p. 313).

¹⁹ Entendida como "...la finalidad que el órgano legislativo, individual o colegiado, tiene para crear la ley. Esta voluntad es simple y sencillamente sobre el hecho de crear o hacer nacer la ley, con independencia de para qué o con qué fin la crea. Como fuente formal de la ley tenemos al proceso legislativo o proceso de formación de las leyes, por cuanto a que, para que la voluntad legislativa pueda crear leyes debe expresarse mediante el procedimiento indicado..." (TORRES López, Mario Alberto, *Las Leyes Penales*, México 2005, p. 79). Lo subrayado es mío.

²⁰ En alusión al contenido de los numerales 39, 40 y 41 de la Constitución General de la República.

²¹ Sobre tal tópico, se asentó la jurisprudencia de siguiente localización y rubro: Registro No. 177980, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Julio de 2005, Página: 954, Tesis: P/J. 52/2005, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional. DIVISIÓN DE PODERES. EL EQUILIBRIO INTERINSTITUCIONAL QUE EXIGE DICHO PRINCIPIO NO AFECTA LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 151-156, Tercera Parte, página 117, con el rubro: "DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER FLEXIBLE", no puede interpretarse en el sentido de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es de carácter flexible, pues su rigidez se desprende del procedimiento que para su reforma prevé su artículo 135, así como del principio de supremacía constitucional basado en que la Constitución Federal es fuente de las normas secundarias del sistema –origen de la existencia, competencia y atribuciones de los poderes constituidos–, y continente, de los derechos fundamentales que resultan indisponibles para aquéllos, funcionando, por ende, como mecanismo de control

tica, ha determinado especificar las sustancias psicotrópicas que por su naturaleza pueden constituir un riesgo para la salud pública²², ello debe circunscribirse estrictamente a las aprobadas como tales por el órgano legislador; ello, no debe ser de otra manera, pues sobre tal punto informa el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, cuya puntual observancia debe asentarse, en el presente caso, en considerar como sustancia psicotrópica –para efectos penales–, alguna de las descritas como tal, en cualesquiera de las fracciones I, II o III de las integrantes del artículo 245 de la Ley General de Salud, sólo si proviene del legislador federal o bien, de las citas con ese carácter en un tratado internacional.²³

Lo anterior es del todo claro, si no negamos que sólo un acto formal y materialmente legislativo debe establecer lo que penalmente se considere delito, porque para determinar la sustancia psicotrópica que integrará un ilícito penal, sólo debe considerarse como tal, la establecida en una ley, cuya obra se refleja en la voluntad legislativa; seguido de ello, es válido –aunque ocioso– cuestionar si una sustancia psicotrópica, determinada como tal por la autoridad ad-

de poder. En consecuencia, el principio de división de poderes es una norma de rango constitucional que exige un equilibrio entre los distintos poderes del Estado y de las entidades federativas, a través de un sistema de pesos y contrapesos tendente a evitar la consolidación de un poder u órgano absoluto capaz de producir una distorsión en el sistema de competencias previsto constitucionalmente o, como consecuencia de ello, una afectación al principio democrático, a los derechos fundamentales, o a sus garantías. Controversia constitucional 78/2003. Poder Ejecutivo del Estado de Aguascalientes. 29 de marzo de 2005. Once votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Fernando Silva García. El Tribunal Pleno, el catorce de junio en curso, aprobó, con el número 52/2005, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de junio de dos mil cinco. (Ob. cit., nota número 1).

²² Al respecto, la Primera Sala del Máximo Tribunal del Estado Mexicano ha expuesto, en criterio aislado, que la salud pública constituye el bien jurídico tutelado en los delitos contra la salud: No. Registro: 295,325, Tesis aislada, Materia(s): Penal, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, CXXI, Tesis: Página: 124. DROGAS ENERVANTES. El bien jurídico que tutela el artículo 194 del Código Penal Federal, lo es la salud de los habitantes de la Nación; y la simple posesión del enervante agota el tipo jurídico penal, por estar considerado éste, conforme a la dogmática del derecho, como un delito de peligro y no de resultado concreto. Amparo penal directo 272/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 6 de julio de 1954. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva. (Ídem).

²³ El instrumento internacional de la materia en vigor, lo es La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, acordada en Viena en 1988.

ministrativa, tiene o no el carácter de ley, después si lo fuera para efectos penales; si lo anterior admitiera una respuesta afirmativa, considerando que la autoridad administrativa tiene facultades para declarar como psicotrópicos a ciertas sustancias, ¿no las tendría para dejar así de considerarlas?; y si ello ocurriera, ¿no dejaría de ser delito una conducta relacionada a una sustancia después desestimada como psicotrópico?; y ello, ¿no implicaría –aunque indirectamente– determinar que una conducta deje de constituir delito penal?²⁴

De tal forma que la tesis judicial 1a.LXXXIV/2005, al pretender justificarse, bajo los argumentos pragmático y psicológico²⁵, en el sentido de que la Secretaria de Salud, para modificar el listado contenido en el numeral 245 de la Ley General de Salud, no violan el artículo 73 fracción XXI, incurre en un error de juicio lógico, porque no se prevé la doble función del precepto aludido (penal y administrativo) y las consecuencias de suponer para efectos penales, los agregados y modificaciones de aquellas listas, hechas por la autoridad administrativa.

Aunado al error de juicio lógico, dejan de ponderarse bajo un estudio sistemático, los principios de conformidad con la norma

²⁴ Debe asentarse que igual análisis que el planteado, debe aplicarse a las sustancias psicotrópicas denominadas efedrina, ergometrina, ergotamina 1-fenil 2-propanoma y pseudoefedrina, reubicadas por autoridad administrativa (Director General de Insumos para la Salud, de la Secretaria de Salud) en fecha 26 de julio de 1995, ya que tales sustancias, anteriormente se encontraban incluidas en la fracción IV del artículo 245 de la Ley General de Salud, que contiene las sustancias determinadas psicotrópicos no punibles penalmente, atendiendo al numeral 193 del Catálogo Represivo de la Federación; además, las mismas sustancias descritas en último término, también fueron incorporadas a la fracción IV del artículo y Cuerpo de Leyes antecitados por una autoridad administrativa, al no ser obra del órgano legislativo federal su incorporación a la norma sanitaria.

²⁵ La utilización argumentativa de dichos principios, es de por sí, inconvincente, porque de manera inconveniente a los fines justificativos del contenido en la resolución analizada, se alude a la intención del legislador como la de: "...mantener la posibilidad de incluir nuevas sustancias en los listados de estupefacientes y psicotrópicos, para lo cual debía permanecer la facultad de la Secretaria de Salud para declarar como tales a las sustancias que tengan esas características...", dejando de considerar que la voluntad del legislador en ningún caso lo puede ser, considerando las garantías fundamentales del individuo, el atentado contra el orden vigente constitucional; y, aun con mayor razón, si aquél erró en su encomienda, toca al Poder Judicial de la Federación pronunciarse al respecto, de estimarse existente un acto atentatorio contra los principios constitucionales vigentes. Sobre tal punto, léase: "La interpretación de los principios antinómicos" en: *La argumentación como derecho*, CÁRDENAS Gracia, Jaime, México, 2005, pp. 125 a 154.

constitucional (teniendo cabida dentro de éste, la exacta aplicación de la ley en materia penal, división de poderes y reserva de creación en delitos penales federales)²⁶.

Podría asumirse que el órgano legislativo federal proveyó lo necesario, para el objeto de precisar de manera clara y precisa, las sustancias psicotrópicas que pudieran tener relación para efectos penales y que la aplicación de los principios de exacta aplicación de la ley en materia penal, división de poderes, así como el de reserva legislativa, se toman sobreentendidos por los órganos a que toca desempeñar la función jurisdiccional; no obstante, lo anterior significaría solapar al legislador, cuya tarea en la especie, se ha observado inacabada, encontrándose afectada, en muchos casos, por la omisión e imprecisión de la determinación legal de sustancias psicotrópicas *para efectos penales*, y la ausencia de claridad entre las normas que diferencien la función administrativa, de la complementaria penal en materia de psicotrópicos.²⁷

²⁶ Al respecto, existe un criterio jurisdiccional de registro, rubro y contenido, que orienta de la siguiente forma: Registro No. 172184, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Junio de 2007, Página: 201, Tesis: 1a. CXI/2007, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Penal. 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 el caso de 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. Amparo en revisión 703/2004. 26 de enero de 2005. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez. (www.scjn.gob.mx, fecha de consulta: 5 de febrero del 2008).

²⁷ Sobre tal punto, resulta ilustrativa siguiente tesis judicial: Registro No. 175595, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Marzo de 2006, Página: 84, Tesis: 1a./J. 10/2006, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Penal. EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR. El significado y alcance de dicha garan-

Establecidas las anteriores consideraciones, es dable afirmar, que la relación de psicotrópicos, establecidos como tales en las listas previstas en las fracciones I, II y III del numeral 245, de la Ley General de Salud, cuando se trata de los que no fueron ahí plasmados por el legislador federal, sino que se encuentran agregados por una autoridad administrativa, mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, no deben considerarse narcóticos para efectos penales.

Ahora bien, existe la posibilidad de que, a una persona le sea instruido un procedimiento penal, derivado de una conducta vinculada a sustancia psicotrópica, respecto de alguna de las cuales fueron insertadas o reubicadas por decreto administrativo en el numeral precitado de la Ley General de Salud; tal referencia amerita el determinar de forma sintética, que no exhaustiva (por razón de espacio), el medio de defensa idóneo ante la actualización de aquella eventual situación.

En una primera aproximación, se debe partir, de que es con el primer acto de aplicación que de aquel supuesto haga una autoridad²⁸, contra el que legalmente es posible proceder:

tía constitucional 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 trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa. Amparo directo en revisión 268/2003. 11 de junio de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Amparo directo en revisión 1294/2004. 27 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Amparo en revisión 534/2005. 22 de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz. Amparo en revisión 933/2005. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Roberto Ávila Ornelas. Amparo directo en revisión 55/2006. 8 de febrero de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Tesis de jurisprudencia 10/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de primero de marzo de dos mil seis. (Ob. cit. nota número 1).

²⁸ En este caso, no se hace análisis de la etapa de averiguación previa penal, toda vez que en dicha fase procedimental, si bien es viable la admisión del juicio de amparo, la técnica jurídica indica que tal acción no prosperaría, virtud al cambio de situación jurídica que eventualmente afectaría la posición del quejoso, atendiendo a lo estipulado por el artículo 73 fracción X de la Ley de Amparo.

Contra el auto de formal prisión²⁹, emitido por el juez de instrucción penal, atendiendo a la técnica del juicio de amparo, es viable interponer juicio de garantías indirecto, precisamente contra el acto concreto de aplicación que de él haga la autoridad señalada como responsable; esto, en razón de que las normas a impugnar no serían en sí mismas atentatorias del orden constitucional, sino que su inconstitucionalidad depende de su aplicación por la autoridad competente.³⁰

Contra la sentencia definitiva condenatoria de primera instancia, sólo es dable recurrirle mediante el recurso ordinario de apelación, el cual, según nuestro sistema jurídico y criterios judiciales, no corresponde a un juzgador ordinario de instrucción penal en segundo grado, pronunciarse sobre un control difuso de la Constitución General de la República.

Contra la sentencia confirmatoria de la emitida por el juez penal de instrucción en primer grado, que condena a las penas correlativas en materia de delitos contra la salud, resultaría oportuno atacar tal resolución con el juicio de amparo directo, doliéndose del acto concreto de aplicación, que de él realice el ad quem en su determinación final.³¹

7. CONCLUSIÓN

El criterio judicial contenido en la tesis 1a.LXXXIV/2005, al establecer que el artículo 246 de la Ley General de Salud, al facultar a la Secretaría de Salud para modificar el listado contenido en el numeral 245 de dicha ley, no viola el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Federal, deja de ponderar el principio de conformidad

²⁹ No se hace alusión al medio ordinario de defensa contra esta determinación como lo es el recurso de apelación, ya que a tal medio defensivo, los criterios jurisdiccionales no le conceden al juez de instrucción en segunda instancia, efectos de control de la constitucionalidad de actos emitidos por autoridades estatales.

³⁰ Ello con fundamento en los artículos 1º, 14, 17, 73 fracción XXI, 103 fracción I, 107 fracción VII, 124 y 133 constitucionales; 1º fracción I, 4º, 5º, 11, 114 fracción I, 116, de la Ley de Amparo vigente; 51 fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

³¹ Con fundamento en los artículos 1º, 14, 17, 73 fracción XXI, 103 fracción I, 107 fracción V, 124 y 133 constitucionales; 1º fracción I, 4º, 5º, 11, 158, 166, en su caso 182, de la Ley de Amparo vigente; 37 fracción I, inciso a), en su caso 10 fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

a la norma constitucional, descartando injustificadamente la garantía de seguridad jurídica establecida en el artículo 14 constitucional, tercer párrafo; y, el de división de poderes, observado en el numeral 49 de la Norma Suprema de la República Mexicana.

Es perceptible la carencia de adecuada *técnica regulativa*, en la integración de las listas que albergan la denominación de las sustancias psicotrópicas descritas en el numeral 245 fracciones I, II y III, de la Ley General de Salud, al haberse concedido facultades al Consejo de Salubridad General o a la Secretaría de Salud, para determinar qué sustancias se consideran como psicotrópicas – si y sólo si lo son para efectos penales-, no obstante que el dispositivo constitucional aplicable (arábigo 49) establece las excepciones al principio de división de poderes: las facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo, en términos del artículo 29 constitucional; y, que en ningún otro caso se otorgarán facultades extraordinarias para legislar, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, de la Constitución General de la República, hipótesis ésta en la que no se encuentran aquellos órganos administrativos.

Es indispensable que, en todo caso, el Congreso de la Unión proceda a la actualización legislativa penal en materia de psicotrópicos, para el efecto de determinar como tales –para efectos penales– y en ejercicio de la encomienda constitucionalmente estipulada en el artículo 73 fracción XXI constitucional, los que así ha estimado, hasta hoy día, la autoridad administrativa dentro de su ámbito competencial.

8. REFERENCIAS DE INFORMACIÓN

8.1 BIBLIOGRAFÍA

- DEHESA Dávila, Gerardo, *Introducción a la Retórica y a la Argumentación*, México, 2006.
- GARCÍA Maynes, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, editorial Porrúa, 30ª edición, México, 1979.
- MALO Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, editorial Porrúa, 3ª edición, México. 2000.

- TORRES López, Mario Alberto, *Las Leyes Penales*, 5ª edición, editorial Porrúa, México 2005.
- CÁRDENAS Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

8.2 LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal.
- Ley General de Salud.
- Ley de Amparo vigente.
- Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, acordada en Viena en 1988.


8.3 OTROS

8.3.1 *Revistas electrónicas:*

- BUNSTER, Álvaro, "El régimen de la droga en México: una visión panorámica", en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Revista Jurídica, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/76/art/art1.htm>; consulta: 29 de abril del 2007.

8.3.2. *Multimedia:*

- *Ius* 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección de Compilación y Sistematización de Tesis; 2007.



Efeméride y autonomía del Instituto Federal de Defensoría Pública

¡No hemos venido al mundo en busca de poder,
si no que hemos venido a conquistar la justicia,
en el caso de nosotros para las personas que
defendemos o asesoramos!

Postulado que debemos tener presente todos los
que profesamos
o seleccionamos esta honrosa profesión.

*Raymundo Ovalle Jove**

Para mí es un privilegio y un honor contribuir con este modesto artículo para la revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, gracias a la invitación que me realizara el C. Director General de nuestra Institución, magistrado César Esquinca Muñoa, aunado al hecho de que mis sencillas palabras o conceptos a emitir, van dirigidas a este selecto grupo de lectores, pero sobre todo a los jóvenes licenciado en Derecho y estudiantes del Derecho, en cuyas manos y conocimientos está el futuro de nuestras instituciones y la correcta interpretación y aplicación de la justicia.

En este momento específico, la intención de mi expresión escrita, tiene el propósito fundamental de que ustedes conozcan la secuela histórica por la que ha transitado la institución de la Defensoría Pública Federal para lograr plasmar, en la Ley de la misma, la protección a la autonomía de los defensores públicos federa-

* Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública.

les y asesores jurídicos en contra de cualquier atentado por parte de los órganos de impartición y procuración de justicia, así como también, para que tengan conocimiento de lo importante y trascendente que es la autonomía de los Defensores Públicos y Asesores Jurídicos Federales en el desarrollo de la noble y humana función de la defensa pública en beneficio de las clases más vulnerables y desprotegidas de nuestra sociedad.

Existen temas jurídicos que son más fáciles y sencillos de expresar, por existir abundante literatura para su consulta, pero la exposición del tema "De la Autonomía de los Defensores y Asesores Públicos Federales", resulta complicada por no existir antecedentes de literatura jurídica que aborden o traten este tema, salvo lo establecido por el numeral 38 de la Ley de la Defensoría Pública; por lo anterior, este artículo va sustentado en una recopilación de datos y en mi precaria experiencia y vivencia obtenida a través de los 32 años que tengo al servicio del Instituto Federal de Defensoría Pública, del Poder Judicial de la Federación.

Autonomía: Condición del individuo que no depende de nadie bajo ciertos conceptos.

ANTECEDENTES

El antecedente más remoto de la defensa de oficio lo encontramos en el año de 1847, una iniciativa del ilustre potosino y diputado local, Ponciano Arriaga ante el Congreso de San Luis Potosí permitió la creación de la Ley de procuraduría de pobres, publicada el 11 de marzo de 1847, la cual contaba con cuatro defensores. También se reconoce a Ponciano Arriaga como el padre de la Constitución de 1857 y su preocupación hacia las clases mas desprotegidas de la Nación, la defensa carcelaria y el establecimiento de escuelas y talleres para los presos; sus ideales inspiran hoy en día la labor de los Defensores Públicos Federales, y anualmente al defensor mas destacado se le otorga la medalla "Ponciano Arriaga".

En esos tiempos del siglo antepasado, en los albores de la defensa de los más desprotegidos, los defensores enfrentaron la realidad,

toda vez que fueron objeto de muchas presiones por parte de los órganos de procuración e impartición de justicia, lo que no les permitía desarrollar su función con plena autonomía, ya que los tribunales establecidos en aquellas lejanas épocas eran en cierta forma inquisitoriales.

Posteriormente, en el año de 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, fracción IX consagró la garantía del acusado de ser oído en defensa por sí mismo por una persona de su confianza, o por ambos según fuera su voluntad. En caso de que no tuviera a alguien que lo defendiera, se instaba al acusado a nombrar, de entre los defensores de oficio que figuraban en una lista, a quien o quienes lo representarían según su conveniencia; en el supuesto caso de que el acusado se negara a nombrar un defensor, el Juez debía designar, en su nombre, a uno de oficio.

Posteriormente en el año de 1922 se promulgó la Ley de la Defensoría de Oficio en el Fuero Federal, en la que no se contemplaba la Autonomía de los Defensores de Oficio.

Por acuerdo de 18 de septiembre de 1990, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó la restructuración del cuerpo de defensores de oficio, creando la dirección general de la Defensoría de Oficio Federal.

Inicialmente, los defensores no teníamos un espacio físico para atender a nuestros defendidos o a los familiares de los mismos, lo que originaba que en ocasiones los atendiéramos bajo la sombra de algún árbol, posteriormente en el año de 1990, se nos asignó a los defensores un espacio físico dentro de las instalaciones de los juzgados o tribunales.

En el año de 1992 se instalaron las primeras delegaciones dependientes de la dirección general de la Defensoría de Oficio Federal, en los estados de Jalisco, Nuevo León, Sonora, San Luis Potosí y Chihuahua-Coahuila, la que me correspondió abrir producto del resultado de un procedimiento selectivo derivado de una convocatoria emitida por la dirección general de referencia, otorgándome nombramiento de director de área en funciones de Delegado regio-

nal y Defensor de Oficio en los estados de Chihuahua y Coahuila, nombramiento emanado del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

No omito precisar que cuando se instaló la delegación Chihuahua-Coahuila, se contrató a la plantilla de personal correspondiente, pero durante los primeros seis meses del inicio de sus funciones, a partir del mes de noviembre de 1992, no se nos proporcionaron recursos materiales, es decir, se careció de lo mas indispensable, como eran escritorios, archiveros, maquinas de escribir, sillas y papelería, habiendo solicitado el apoyo correspondiente a la administración regional del Poder Judicial en el estado de Chihuahua, para que se nos dotara de los enseres de referencia, manifestándome la titular de dicha administración que eso no era factible en atención de que no había presupuesto para la defensoría; ante tal contingencia, el suscrito delegado adquirió en una conocida tienda de autoservicio algunas sillas, así como diversos artículos de papelería indispensables para el desarrollo de las funciones de la delegación a mi cargo; al estar entregando el suscrito, hojas de maquina, libretas para taquigrafía, lápices, plumas y borradores al personal contratado, éste me cuestionaba que dónde estaban los escritorios y las máquinas de escribir para poder realizar su trabajo, a lo cual les respondí que esto no iba a ser factible de momento, dado que no había presupuesto para proporcionarnos el citado mobiliario, que los escritorios iban a ser unos separadores de cartón que se encontraban en el lugar que ocupaba la delegación y que el trabajo de maquina de escribir lo iban a realizar en forma manuscrita, conforme les fuera dictando lo conducente el suscrito delegado.

Con el inicio de la vigencia de la Constitución de 1917, inadecuadas interpretaciones del texto primario de la fracción IX del artículo 20 constitucional, que interpretaban de acuerdo a su literalidad, la intervención del defensor procedía sólo ante el órgano jurisdiccional y no ante el órgano investigador, lo que ocasionó se generaran constantes y permanentes violaciones a las garantías individuales de los indiciados.

La anterior situación dio lugar a la reforma constitucional del 3 de septiembre de 1993, que determinó que las garantías contenidas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, por ende, de contar con un defensor de oficio en la averiguación previa, además en la mencionada reforma se incluyó la garantía de defensa adecuada.

Para dar vigencia a este derecho, se inició una ardua batalla en el ámbito federal, con el inicio de la vigencia de la Ley Federal de Defensoría Pública del año de 1998, en la que se establecían las bases que integran el servicio de defensa ante la representación social federal, lo cual fue complementado por las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de nuestro Instituto, de las que se derivan los casos que comprende la función de defensa, quiénes pueden solicitar el servicio, así como las obligaciones del Defensor Público Federal; no obstante estas disposiciones, los fiscales federales se mostraban reticentes a permitir que los defensores públicos tuvieran acceso al indiciado desde el momento de su detención, lo que ocasiono que se emitieran reformas a nuestras Bases Generales publicadas el 19 de febrero de 2002, que precisan que la defensa pública, en la fase de averiguación previa inicia con la entrevista del indiciado, cuando éste está detenido o arraigado, la cual deberá practicarse inmediatamente después de que sea privado de su libertad; en la actualidad se ha reducido a un mínimo la resistencia de los agentes del Ministerio Público de la Federación a esa intervención inmediata de la defensa.

El 26 de mayo de 1995 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en virtud de la cual, la dirección general de la Defensoría de Oficio Federal se convirtió en la "Unidad de la Defensoría del Fuero Federal", incorporándosele al Consejo de la Judicatura Federal.

Antes de entrar en vigor la Ley Federal de Defensoría Pública, la realidad era otra, ya que el fiscal era visto, y se le daba el trato por parte del personal del juzgado, como una autoridad, lo que ocasionaba la inequidad de las partes en perjuicio del defensor y sus defendidos.

No obstante de que por derecho no dependíamos de los titulares de los juzgados de Distrito o de los tribunales unitarios, de hecho los jueces de Distrito y los magistrados de dichos tribunales unitarios los consideraban como una parte o extensión del personal a su cargo, toda vez que estábamos incluidos dentro de la nomina de los juzgados o tribunales a los que nos encontrábamos adscritos, además de que la papelería que requeríamos los defensores nos era proporcionada por los órganos de impartición de justicia, lo que ocasionaba que tuviéramos cierta dependencia de ellos, con menoscabo a nuestra autonomía en el desarrollo de nuestras funciones de defensa.

Cuando los defensores no éramos del agrado o no atendíamos alguna petición del juez o magistrado, éramos objeto de tratos reñidos con la educación y la dignidad, utilizando el grito o mensajes ofensivos que emitían a través de su personal.

En una ocasión, solicité al juez de Distrito que diera vista al representante social con unas actuaciones al margen de la ley de un actuario del juzgado de Distrito de mi adscripción en perjuicio de uno de mis defendidos, lo que dio motivo para que el fiscal adscrito al juzgado, en forma molesta me presionó y solicitó que desistiera de mi petición, teniendo en cuenta que tanto él como el juez y personal del juzgado, así como el suscrito defensor, nos quedábamos y seguíamos trabajando juntos en el futuro, y el interno se iba y no me lo iba a agradecer, a lo que le manifesté que mi compromiso no era con el personal del juzgado, ni con la representación social, sino que mi compromiso era con mis defendidos, respecto de los cuales había rendido una protesta de ley para defenderlos.

Válidos los antecedentes reseñados, me permito expresar que el acceso a la Justicia es un derecho que nuestra Constitución consagra, pero antes de crearse el Instituto Federal de Defensoría Pública, en los hechos, en la realidad, este ideal constitucional no era efectivo, los más pobres, los sin casa, los sin tierra, los jubilados, los pensionados, los desempleados, los eventuales y los indígenas no tenían forma de defender sus derechos, esa realidad lastimaba a toda la

nación y ponía en entredicho a nuestro sistema de justicia y a nuestro estado de derecho.

Sin duda alguna, los mexicanos aspirábamos a un sistema de justicia, en el cual toda persona tenga acceso a ella en igualdad de condiciones y circunstancias sin importar su posición económica o social.

Pero la aspiración constitucional de igualdad chocaba con la realidad. Por falta de recursos para pagar un abogado, nuestras cárceles estaban llenas de ciudadanos pobres que no podían hacer valer sus derechos.

Un sector importante de nuestra sociedad perdía ahorro y patrimonio por carecer de una asesoría adecuada que la defendiera frente a los intereses mercantiles y de los abusos de quienes ejercen el derecho en forma irresponsable.

El hecho de que nuestra Constitución establezca el acceso a la justicia y que la ley contemple instituciones jurídicas que buscaban hacer efectiva esta garantía no era suficiente para subsanar estas desventajas, que frente a la Ley coloca a los más pobres.

En México, no existía un servicio de asistencia legal y la regulación en ese entonces no era suficiente para subsanar las desventajas, varios factores impedían que esta institución consiguiera alcanzar los objetivos para los que fue creada, entre otros: carencia de recursos humanos, deficiencias en la capacitación de los prestadores de servicio, sobresaturación de asuntos que debían atender, entre otros.

No se contaba con un sistema que incentivara a quienes ejercen esta función y que permitiera la formación y promoción de nuevos cuadros, tampoco existía una carrera que permitiera a los que practican el derecho, para ver en la Defensoría de Oficio un espacio para su desarrollo profesional.

En las anteriores condiciones y circunstancias, el acceso a la justicia era un propósito, no una realidad.

De todos es de sobra conocido que miles y miles de mexicanos vivían situaciones de angustia, ante la amenaza de los acreedores de despojarlos de su patrimonio por la insolvencia en que se encontra-

ban, ante ello nada podían hacer, pues carecían de recursos para pagar, ya no se diga un buen abogado, sino tan siquiera un pasante; ante esto el Estado se encontraba impotente porque no contaba con una institución adecuada para apoyar con la asistencia legal, a este cada vez mayor número de mexicanos.

Ante el anterior panorama, originó que en los foros nacionales de reformas legislativas en materia de derechos humanos, celebrados en el año de 1992 en la Cámara de Diputados, muchas de las ponencias que se presentaron, pedían adecuaciones legislativas de fondo a la Institución de la Defensoría de Oficio.

Desde ese lejano año de 1992, tuvieron que transcurrir seis largos años de anteproyectos y proyectos para la conformación de un sistema de justicia que garantizara profesionalismo, capacidad, probidad, prestigio social y cobertura suficiente, para que la población de menos recursos estuviera debidamente defendida y que no se limitara la defensa a los asuntos del orden penal sino que se transformara, abarcara la asesoría jurídica en todos sus ámbitos del derecho exclusivamente para los que menos recursos tienen, estableciendo principios de acceso a la justicia sin trámites engorrosos, ni procedimientos administrativos tortuosos, para quien se encuentra sujeto a un proceso penal o requiera el apoyo de un abogado que lo asesorara para defender su patrimonio o sus derechos y pueda acceder o contar con agilidad con esos servicios.

Proponiéndose también que los que en ese entonces se desempeñaban como defensores de oficio pasaran a ser defensores públicos, constituyendo además un género que comprendiera la figura del asesor jurídico, por ende, la nueva Institución brindaría asesoría jurídica y defensa penal a las clases más desprotegidas de nuestra sociedad, con la seguridad de que no van a encontrar frente a sí una burocracia inmensa y asfixiante.

Recuerdo que antes de que entrara en vigencia la Ley Federal de Defensoría Pública que rige nuestros destinos, algunos de los que hoy en día seguimos laborando para nuestra Institución, como defensores libramos una lucha sorda y titánica para que los órganos de

procuración e impartición de justicia respetaran nuestra autonomía como defensores, parecía que dicha lucha iba a resultar estéril y que nunca se lograría el objetivo, pero la insistencia, la tenacidad, la perseverancia y la fuerza de la lucha por nuestras convicciones se cristalizó al dar respuesta los legisladores a las exigencias de las clases más vulnerables de nuestra sociedad, al hacer efectivo el ideal constitucional de acceso a la justicia para todos los mexicanos con la publicación y entrada en vigor de la Ley descrita el veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, que protege también nuestra autonomía en su artículo 38.

Hoy en día los tiempos han cambiado favorablemente para nuestra institución y para nosotros mismos, contando con modernas y amplias instalaciones, debidamente equipadas, a diferencia de aquellos aciagos años en que atendíamos a nuestros defendidos bajo la sombra de algún árbol, por carecer de un espacio físico donde los pudiéramos atender o, como ya lo manifesté, en el caso de la delegación Chihuahua-Coahuila, al instalarse en el año de 1992, durante los seis primeros meses del inicio de sus funciones careció de lo más indispensable como eran escritorios, archiveros, maquinas de escribir, sillas y papelería, y ante tal carencia de recursos materiales el trabajo se tenía que realizar a mano.

Posteriormente, en el mes de noviembre del año de 1998 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, que regulan nuestro funcionamiento.

Después de haber entrado en vigencia la Ley de Defensoría Pública y las Bases Generales de Organización y Funcionamiento de nuestra Institución los que conformábamos el Instituto teníamos la mejor disposición y voluntad para realizar nuestro trabajo, pero imperaba la desorganización y se carecía de sistemas adecuados de selección y capacitación de Defensores Públicos, Asesores Jurídicos y demás personal de apoyo, pero con el paso del tiempo vimos, con satisfacción y orgullo, el crecimiento de nuestra institución tanto de defensores públicos, como de asesores jurídicos federales de ca-

pacidad probada y con una trayectoria adecuada al cargo que desempeña, producto del proceso de selección que se realiza en forma diáfana, limpia, cristalina y transparente, que ha dado como resultado que éstos tengan un excelente desempeño en el desarrollo de sus funciones, que se deriva en un alto índice de resultados favorables tanto en la defensa pública como en la asesoría jurídica.

Otros logros obtenidos son la profesionalización del personal de apoyo, los modernos y eficaces sistemas de supervisión y control, cuya evaluación deriva en una mejor prestación de nuestros servicios, el reconocimiento de nuestra función, que se refleja en la aceptación que hemos tenido ante la sociedad, sobre todo por las clases más vulnerables, el reconocimiento de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, del Consejo de la Judicatura Federal, de jueces y magistrados y de la curia en general.

Nuestra institución ha sido propuesta por la H. Suprema Corte de la Justicia de la Nación como candidato al premio de los Derechos Humanos instituido en España y en el presente mes y año, el C. magistrado César Esquinca Muñoz, Director General de nuestro instituto fue nombrado representante de nuestro país en la Cumbre Iberoamericana de los derechos de las personas mas vulnerables celebrada en Brasilia, Brasil, en la que se aprobaron las reglas correspondientes, derivándose de la regla cien la formación de una comisión de seguimiento de las referidas reglas, cuya función es recomendar a los países miembros la adopción y fortalecimiento de políticas públicas que promuevan el mejoramiento de las condiciones de acceso a la justicia por parte de las personas en condiciones de vulnerabilidad; esta comisión de seguimiento está integrada por cinco connotados expertos y, para su integración, diez países propusieron igual número de candidatos, de ellos el único que obtuvo la unanimidad de votos fue el representante de nuestro país, magistrado César Esquinca Muñoz.

Todo lo anteriormente reseñado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley federal de la Defensoría Pública y lo realizado en los últimos ocho años cinco meses a favor de nuestra institución no

es producto de la casualidad, si no que es producto del desempeño de una persona con los siguientes atributos y capacidades para dirigir, gestionar, concertar, convencer, comunicar, organizar, realista, visionario y sensible, compenetrado con la problemática de las clases más vulnerables y marginadas de nuestra sociedad, de una persona que tiene nombre y apellido, me refiero al C. magistrado César Esquinca Muñoa, Director General de nuestra Institución.

TRASCENDENCIA

1.-Es trascendente la función del Instituto Federal de Defensoría Pública, porque a través de nosotros se cristaliza el derecho constitucional de acceso a la justicia para las clases más vulnerables y necesitadas de nuestra sociedad, en igualdad de condiciones sin importar su posición económica o social.

2.-También es trascendente nuestra función, porque a través del Instituto Federal de Defensoría Pública, el gobierno le demuestra a sus gobernados que no es un estado dictatorial o anárquico, si no que es un gobierno democrático de leyes y justicia, que le brinda a todos sus gobernados la oportunidad de una defensa penal o asesoría jurídica adecuada y completa de principio a fin.

Para estar en condiciones, los defensores públicos y los asesores jurídicos federales, de desarrollar su función sin fatiga, con capacidad, experiencia, profesionalismo, probidad y vocación de servicio, tienen que investirse previamente de alma de preso o de alma de gente pobre y humilde.

Defensor Público Federal, si tuvieras la desgracia de verte involucrado en un proceso de carácter penal, cómo te gustaría que te tratara tu defensor, con modos y formas adecuados o con despotismo, que te visitara en prisión o que no te visitara, que te escuchara con paciencia o que no te la tuviera, que ofreciera pruebas en tu favor o que no las ofreciera, que te explicara el estado y avance de tu proceso o que no te lo explicara.

Asesor Jurídico Federal, si estuvieras a punto de perder tu patrimonio o se conculcaran en tu perjuicio tus derechos, cómo te gus-

taría que te tratara tu asesor jurídico federal, con modos adecuados o con despotismo, que te escuchara con paciencia o que no te la tuviera, que ofreciera pruebas en tu favor o que no las ofreciera, que te explicara el estado y avance de tu asunto o que no te lo explicara.

Lo reseñado en los tres apartados que anteceden invita a la reflexión, a la recapacitación, si el defensor publico o el asesor jurídico federal, al ejercer sus funciones, se envisten respectivamente de alma de preso o de alma de gente humilde, se encontrará a sí mismo y sólo entonces tendrán el derecho de que los nombren defensor publico o asesor jurídico.

También es valido para todas las personas y lectores, que se envistan de alma de preso o de gente humilde para que reflexionen y se den cuenta de la difícil situación de la gente privada de su libertad y de los más vulnerables de nuestra sociedad.

Las ideologías y los principios morales no se improvisan: son producto de la formación y convicciones de cada ser humano adquiridas a través del tiempo y experiencias observadas en nuestros semejantes o adquiridas en forma personal en el desarrollo de nuestra vida, tanto privada como profesional.

La batalla, la lucha por nuestra autonomía y por nuestras convicciones aún no ha concluido, aún hay personas o grupos que buscan el poder y no la justicia, que no han entendido o que no quieren entender que las instituciones están primero que los intereses particulares o de grupo.

Considero que el momento histórico que estamos viviendo, con base en la modernidad, misma que no tolera sistemas o conductas dictatoriales coaccionantes o amenazantes; por el contrario, la modernidad requiere de sistemas, estrategias, conductas, actitudes positivas, constructivas y democráticas, con sustento en la convicción y no en la coacción, en políticas y estrategias limpias, diáfanas y transparentes, de cartas sobre la mesa, lo que destierra políticas, actitudes o conductas sucias o clandestinas.

Hasta ahora, en mis estrategias y sistema de trabajo, no he utilizado la coacción, la amenaza ni he realizado requerimiento alguno:

mi propuesta ha sido, es y será siempre con base en la convicción, la confianza, la buena fe, la legalidad, brindando en forma sistemática y permanente la oportunidad de que encuentren la brújula a los que han perdido el rumbo para que lo reencuentren y de esa forma estemos en condiciones de aglutinarnos para lograr la consecución de instituciones más sólidas que reflejen la grandeza de nuestra patria.

Siempre he tenido, tengo y tendré la certeza de que, por convicción, todos los que integramos el Instituto Federal de Defensoría Pública enarbolamos la bandera del creador de la Procuraduría de pobres el ilustre y destacado jurista y legislador potosino don Ponciano Arriaga, para alcanzar o lograr justicia dentro del marco legal para las clases más necesitadas y desprotegidas de nuestra sociedad; todo ello por la grandeza del Instituto Federal de Defensoría Pública y sobre todo de nuestro querido, antañón y siempre bien recordado, el más inmaculado de nuestros tres poderes, me refiero al Poder Judicial de la Federación, al que me honra y me enorgullece pertenecer, porque a través de él podemos tener un México más justo.

Como colofón, me permito expresar el siguiente postulado:

¡Cuando vean al Derecho y a la Justicia entrar en conflicto, apliquen la justicia, ya que de lo único que no debemos arrepentirnos en la vida es de luchar en contra de la injusticia, toda vez que la finalidad del derecho es la justicia!

Defensoría Pública: ¿institucional o asistencial?

*Lic. Miguel Ángel Pérez Corona**

En algunos artículos jurídicos, he leído cómo se hace referencia a la institución de la defensoría pública. Hay quien manifiesta abiertamente que su desaparición está próxima, ya que en un futuro inmediato, la colegiación de los abogados será obligatoria y los casos de personas que no tengan recursos para pagar defensor particular, serán repartidos entre los miembros de los colegios de abogados.¹

He leído además, que diferentes instituciones educativas, algunas públicas y otras privadas, entre las que destacan la Facultad de Derecho de la UNAM, la Universidad Panamericana y el ITAM, así como instituciones privadas que agrupan abogados, tal es el caso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, otorgan servicios jurídicos gratuitos, aduciendo que: "la defensoría de oficio no se da abas-

* Asesor Jurídico Federal.

¹ En este sentido se manifiesta Raúl González-Salas Campos: "Mi pronóstico es que la institución de la defensoría de oficio,... desaparecerá en un futuro no muy lejano,... las defensas que hoy los defensores de oficio realizan, serán llevadas a cabo por los miembros de los colegios de abogados." *Cartas a un joven defensor de oficio*. Poder Judicial de la Federación. México, 1ª ed., Junio 2001, p. 269. En el artículo "Justicia para todos", publicado en la Revista *El mundo del abogado*, año 11, No. 107, marzo del 2008, se dice: "El acceso a la justicia en México no es fácil. Un buen abogado por lo general implica un gasto considerable, impagable para la mayoría; sin embargo, cada vez son más las (sic) despachos y los postulantes dispuestos a brindar sus servicios por una noble causa: hacer justicia".

to con la carga de trabajo que tiene."² En el caso del ITAM se indica que la representación que se ofrece es de alta calidad y se presta la misma atención que en un despacho de naturaleza lucrativa.

Instituciones privadas relacionadas con el desarrollo del Derecho en México, avalan el comentario anterior, respecto a la insuficiencia de la defensoría de oficio. En el Consejo Jurídico Empresarial Mexicano se dice que: "La Defensoría de Oficio no tiene la fuerza ni la capacidad para hacer frente a la demanda que existe de personas que requieren de ella."³

No se expresan estas personas e instituciones en forma negativa de la institución pública de la defensoría de oficio. Sin embargo, coinciden en pensar que ésta no es suficiente para brindar la garantía que el artículo 17 de nuestra Constitución establece.

Hay que diferenciar las dos áreas de actividad de la defensoría pública, la que corresponde a los Estados integrantes de la Federación y la que se proporciona por la propia Federación. En este trabajo, mi objetivo es referirme a la defensoría pública federal y en especial a la que presta el Instituto Federal de Defensoría Pública, que ya cumple diez años. Debe sin embargo recordarse que a nivel federal existen otras instituciones que proporcionan servicios jurídicos de defensa legal gratuita, como la Procuraduría Federal del Trabajo, en materia laboral, la Procuraduría Agraria en materia agraria, la Comisión Nacional de la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en materia bancaria, de seguros, etcétera.

El Instituto Federal de Defensoría Pública, (por sus siglas IFDP), fue creado mediante ley del Congreso de la Unión, como un órgano del Poder Judicial de la Federación. La Ley Federal de Defensoría Pública⁴ establece el objeto del instituto, su estructura, la forma en que desarrolla sus actividades, el servicio civil de carrera que rige a los asesores jurídicos y a los defensores públicos, las normas principales que rigen su actuación, etcétera. La organización y funciona-

² El mundo del abogado, año 4, No. 29, septiembre 2001, México, p. 56.

³ GÓMEZ SÁNCHEZ, LUIS. El mundo del abogado, año 4, No. 29, septiembre 2001, p. 35.

⁴ Ley Publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación el jueves 28 de mayo de 1998.

miento del Instituto se prevén en las Bases de Organización y Funcionamiento⁵ emanadas de su Junta Directiva.

El objeto concreto de este trabajo es aportar argumentos en pro de la necesidad de que la Defensoría pública siga a cargo del Estado, a través de una institución pública autónoma, con recursos económicos suficientes y debidamente profesionalizada. No me propongo invalidar el servicio social que estudiantes de derecho realizan a favor de personas "con hambre y sed de justicia".⁶ Es bastante loable que haya un compromiso social de parte de las instituciones educativas y de agrupaciones gremiales de abogados hacia la parte de la sociedad más desvalida, que en muchas ocasiones requiere de la intervención de un abogado. Empero, la posición que se defiende en este artículo es a favor de la prestación de la defensoría pública como un servicio público legal,⁷ como parte de las obligaciones a cargo del Estado.

Hay funciones básicas que aún el Estado, en un mundo globalizado, debe seguir ejerciendo. Nadie está a favor de la desaparición del Estado-Nación, que sigue siendo la forma mas perfecta de organización social. Tampoco se está a favor de que los Estados, a través de sus órganos de gobierno, dejen en absoluta libertad a las fuerzas económicas que se mueven transnacionalmente. Esto se demuestra cuando por ejemplo, se promueve la libre concurrencia de los mercados, pero se regula la participación de los agentes económicos

⁵ Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 26 de noviembre de 1998.

⁶ "A poco que obtengas conocimientos antropológicos sabrás de comunidades en cuyo interior no ha existido una desigualdad abismal reproducida socialmente como entre nosotros" Capella, Juan Ramón. *El aprendizaje del aprendizaje. Una introducción al estudio del derecho*. Editorial Trotta, 4ª edición, 2004, p. 10.

⁷ "... lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo." "...debe destacarse en esta evolución la tendencia hacia el establecimiento de un verdadero sistema de seguridad social de carácter jurídico, paralelo al de los servicios médicos, y que se amplía de manera paulatina no sólo en beneficio de las personas que carecen de recursos económicos, sino de todas las que no pueden afrontar total o parcialmente los gastos cada vez más elevados de la prestación jurisdiccional y de la defensa asumida por abogados particulares." Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón. *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*. Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. 1995 pp. 15 y 39.

para evitar monopolios y practicas monopólicas, a través de una organización de gobierno como la Comisión Federal de Competencia.⁸

El derecho de todo mexicano para acceder a la justicia institucional que se brinda a través de los organismos jurisdiccionales, está establecido en una norma constitucional que prevé el derecho fundamental de acceso a la justicia. Es en consecuencia obligación del Estado garantizar a sus miembros el acceso a la justicia, evitando la autotutela.⁹ Aquí se entiende acceso a la justicia como la posibilidad de acceder, en el caso de ser necesario, a un tribunal jurisdiccional para la aplicación efectiva de la ley en todos los casos concretos y el pleno auge del Estado de Derecho.¹⁰

El Estado no puede escindirse de su responsabilidad en materia de asegurar para todos y en todos los casos la plena aplicación de la ley.¹¹ Tampoco puede deslindarse de brindar los servicios públicos básicos que la sociedad requiere, como salud, agua potable, seguridad pública, etcétera. Por ende, considero que proporcionar servicios jurídicos gratuitos es una obligación de la que no se puede ausentar el Estado mexicano.¹²

⁸ Al respecto se dice: "... para desempeñar sus atribuciones mínimas, el Estado debe contar con herramientas eficaces. Estas atribuciones han sido perfiladas por el banco Mundial e incluyen corregir las disfunciones del mercado; proporcionar servicios de salud y educación a la población; garantizar la seguridad nacional y la seguridad pública; asistir a la comunidad ante una catástrofe; preservar el medio ambiente..." "Hasta las empresas multinacionales necesitan un marco jurídico y un Estado que garantice el cumplimiento de sus acuerdos." Laveaga, Gerardo. *Hombres de Gobierno*. Editorial Aguilar, 1ª edición, abril 2008, pp. 17-18.

⁹ No obstante, "solamente una fracción reducida de los conflictos de la vida social se encauzan a la vía jurisdiccional, y aun de los que llegan, solamente una parte concluyen con una sentencia formal." Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, ensayo denominado: "El acceso a la justicia en México, una reflexión multidisciplinaria" en *Justicia*. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional", p. 124.

¹⁰ "En un estudio reciente se ha reconocido expresamente que: 'un mejor acceso a la justicia es fundamental para poder ofrecer servicios básicos a la sociedad y cumplir con las metas antes mencionadas de democratización e institucionalización y redefinición de la relación entre sociedad y estado'." Tomado de Fix-Fierro, Héctor y López -Ayllón, Sergio, op. cit., pp. 113-114.

¹¹ En ultima instancia, el acceso a la justicia es una de las condiciones para profundizar en la democratización de la sociedad mexicana y en la vigencia del Estado de derecho." Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, op. cit., p. 133.

¹² "El derecho a un efectivo acceso a la justicia debe considerarse como un derecho humano de importancia primordial, por lo que el aliviar la pobreza legal (es decir 'la incapacidad de muchas personas para hacer cabal uso de la ley y de sus instituciones') debe ser una de las preocupaciones del poder público" Zapata Bello, Gabriel, "Acceso a la justicia", en Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, op. cit., p. 386.

En palabras de Mauro Cappelletti: "El acceso efectivo a la justicia se puede considerar entonces, como el requisito más básico –el derecho humano mas fundamental– en un sistema legal igualitario y moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos."¹³

En nuestro país, esa obligación de prestar servicios jurídicos institucionales, en el ámbito federal se ha repartido en diferentes instituciones públicas¹⁴, tal y como se menciona en este trabajo. De esa manera se cubre la responsabilidad que nuestra Constitución le asignó al Estado. Por eso considero que no se puede apartar el Estado mexicano de esa obligación, asumida inclusive en los mas importantes tratados internacionales.¹⁵

Lo anterior no significa que se pueda prescindir de la prestación gratuita de servicios legales que proporcionan diferentes instituciones públicas y privadas. Qué mejor que la persona que enfrenta un problema de carácter legal tenga más de una opción a la cual recurrir.

A lo anterior podríamos preguntarnos, ¿es igual recurrir a la defensoría pública a cargo de una institución oficial especializada, que acudir a la que se presta en instituciones de otro tipo? Mi respuesta es en sentido negativo. No quiero diferenciar este servicio público legal en razón de la calidad del mismo, pretendiendo que hay más calidad en uno que en otro, porque eso carece de sustento científico, derivado de estudios empíricos siguiendo una metodología adecuada. No obstante, considero que sí hay diferencias que justifican la subsistencia de la defensoría pública estatal.

En primer lugar, el personal que se ha reclutado para ejercer el servicio público de defensoría en materia penal y de asesoría jurídica en materias fiscal, administrativa y civil, por parte del IFDP, es

¹³ Cappelletti, Mario y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia*, México, FCE, 1996, p. 12.

¹⁴ Véase Anexo 1 "Acceso a la justicia. Las instituciones de la justicia mexicana." Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, op. cit., pp. 134-137.

¹⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: "Artículo 8. Garantías Judiciales e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpadno no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;"

personal altamente calificado en un doble aspecto: en cuanto al perfil psicológico y en cuanto a la calidad profesional. Se buscó a través de las ocho convocatorias públicas abiertas y una cerrada, elegir abogados con experiencia mínima de tres años comprobada y que tuvieran el perfil psicológico adecuado.

Además en el IFDP se ha concretado el servicio civil de carrera. Los abogados que ejercen su profesión tienen garantizado su empleo, el cual únicamente está condicionado al desempeño honesto, profesional, responsable y de calidad del encargo. El desempeño de los abogados adscritos a este Instituto, es permanentemente revisado a través de dos métodos: la supervisión documental y la supervisión directa. La primera incluye la evaluación de los instrumentos de control de los expedientes que se forman por cada servicio prestado. La segunda comprende la revisión personal a cargo de un funcionario específicamente comisionado para tales efectos, de los expedientes formados con motivo de los servicios que se prestan.¹⁶

Los abogados privados no son calificados o certificada su calidad y profesionalismo por nadie y generalmente no responden ante nadie del desempeño de sus servicios profesionales.¹⁷ El cliente se debe conformar con la información que recibe de su abogado y nadie supervisa el correcto desempeño profesional de éste. Mientras la colegiación profesional no sea obligatoria¹⁸, nadie verificará el desempeño profesional y ético de los litigantes.¹⁹

¹⁶ Debe valorarse que los supervisores fueron defensores públicos o asesores jurídicos, por lo que la revisión que realizan, es a cargo de personal idóneo y calificado. Ser supervisor es parte del servicio civil de carrera en el IFDP. En su último Informe, el Director General del IFDP indica que de los defensores públicos dictaminados, en 65 la calificación fue de sobresaliente, en 414 bueno alto, en 102 bueno, en 23 regular alto, en 6 regular y en 4 deficiente.

¹⁷ "En el caso de México, muy poco se ha hecho por disminuir las diferencias entre las partes, por mejorar la calidad de los abogados y por propiciar un verdadero y equitativo acceso a la justicia. En primer término, no existe lo que se podría denominar 'un control de calidad' de los abogados. A diferencia de otros países, donde se exigen muchos requisitos, para ejercer la abogacía en México basta con cursar los estudios de licenciatura en derecho y obtener el título correspondiente". Rubio, Luis y otros. *A la puerta de la ley. El estado de derecho en México*. Editorial Cal y Arena, 1ª edición, 1994, p. 121.

¹⁸ "La colegiación obligatoria, consiste en el deber legal, indispensable y absoluto, de haber sido admitido en un colegio para poder ejercer la abogacía ante los tribunales establecidos." Sotomayor Garza, Jesús G. *La abogacía*. Editorial Porrúa 2ª edición, México, 2005, p. 49.

¹⁹ Respecto a la constitucionalidad de la colegiación obligatoria, se estima si pasaría el test de

Al contrario, en el IFDP, el desempeño de los abogados es permanentemente evaluado por parte de otros abogados y el defensor o asesor lo saben de antemano y saben que responden en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos del adecuado desempeño de sus funciones.²⁰ La defensa legal gratuita de las instituciones privadas o públicas, se presta de acuerdo a reglamentos o disposiciones regulatorias internas, pero quienes desempeñan la función no están sujetos a mayor responsabilidad que la que pudiera resultar de una responsabilidad civil o penal, sólo aplicable en casos extremos. No hay el grado de responsabilidad en el desempeño de la función que pudiera resultarles si se les aplicara el sistema de responsabilidades de los servidores públicos, donde se evalúa la forma de otorgar el servicio y no sólo el resultado, sino incluso el desempeño ético del servicio.

constitucionalidad, con los criterios mas recientes del Poder Judicial Federal. Al respecto cito las siguientes tesis: "NOTARIOS. SU COLEGIACIÓN OBLIGATORIA SE ENCUENTRA EXCLUIDA DE LA PROTECCIÓN Y SALVAGUARDA DEL DERECHO DE LIBRE ASOCIACIÓN PREVISTO COMO GARANTÍA INDIVIDUAL EN EL ARTÍCULO 9º. CONSTITUCIONAL AL ESTAR INVOLUCRADO, POR PARTE DE SUS INTEGRANTES, EL EJERCICIO DE UNA FUNCIÓN PÚBLICA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE)", "LIBERTAD DE TRABAJO. NO LA TRANSGREDE EL ARTÍCULO 52, FRACCIÓN I, INCISO A), ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AL ESTABLECER COMO REQUISITO PARA LA ELABORACIÓN DE DICTÁMENES FINANCIEROS QUE LOS CONTADORES PÚBLICOS OBTENGAN LA CERTIFICACIÓN CORRESPONDIENTE POR PARTE DE ASOCIACIONES O COLEGIOS DE PROFESIONISTAS."

²⁰ En su último Informe, el Director General del IFDP dice que: "Relacionados con incidencias menores se formaron dieciocho cuadernos de antecedentes, de los que en catorce no hubo elementos para proceder y en cuatro se formularon llamadas de atención. Se abrieron treinta y dos expedientes de investigación, que sumados a los ocho pendientes hacen un total de cuarenta, de los que veintiséis están concluidos y catorce en trámite. De los resueltos, en quince no hubo elementos suficientes para fincar responsabilidad, en seis se hicieron llamadas de atención, en uno se acordó el cambio de adscripción, en tres se exhortó al servidor público a no incurrir en determinada conducta, y uno derivó en queja. Se iniciaron tres procedimientos de quejas administrativas, que con dos existentes suman cinco, de las que tres fueron resueltas declarándose infundadas, una está en el Consejo con propuesta, y la otra se encuentra en trámite." En información obtenida del Consejo de la Judicatura Federal de 1995 a 2007, relativa a sanciones que se han impuesto derivadas de los asuntos que se han tramitado en la Secretaría Ejecutiva de Disciplina, respecto de Defensores Públicos Federales se ha apercibido en privado a 7, amonestado en privado a 0, apercibido en público a 4, amonestado en público a 11, inhabilitado a 18 y destituido a 0. Fuente: <http://www.cjf.gob.mx/secretarias/sed/default.html>

Pero a mi entender, la diferencia más acentuada entre los niveles de defensa legal gratuita que otorga una institución oficial especializada, como por ejemplo el IFDP y organizaciones públicas o privadas, lo resumo como el servicio enteramente profesional que se presta en la primera institución y que es lo menos a que tiene derecho una persona y el servicio entendido más como un modo de aprendizaje y de adquisición de experiencia, un servicio prestado como una dádiva, más que como un servicio público especializado, que un verdadero Estado de Derecho debe otorgar a sus integrantes.

Si la carga de trabajo de los defensores públicos es excesiva, la solución es incrementar su número y mejorar los sistemas de organización del trabajo, para que lo desempeñen mejor. Si el servicio que prestan es deficiente, hay que capacitarlos o removerlos.²¹ Pero la persona que necesite sus servicios y quien no pueda pagar un abogado particular, debe tener acceso a un abogado competente, capacitado, experimentado y especializado en la materia en la que enfrente su problema y no quedar en manos de un aprendiz o de un abogado que lo atienda por obligación, inclusive quizás pensando que al dedicarle tiempo está dejando de ganar dinero.²²

En resumen, es responsabilidad del Estado proporcionar todos los elementos para que las personas que lo requieran, tengan la oportunidad de ser defendidos, representados, asesorados u orientados

²¹ "No es por último asunto que deba diferirse, la profesionalización del defensor penal, como una medida urgente de modernización del sistema mexicano." Carrillo Prieto, Ignacio. "El Defensor", en *El papel del abogado*. Porrúa, 5ª edición, México, 2004, p. 38.

²² "El principal costo en un litigio son los honorarios del abogado. Estos se rigen por las leyes del mercado: la asesoría jurídica de alta calidad tiene un precio elevado, ya que hay una oferta insuficiente que se enfrenta a un exceso de demanda. La hora de trabajo de un buen abogado se cotiza aproximadamente entre 300 y 600 nuevos pesos...En términos de salario mínimo, esto significa que el costo de una hora de trabajo del abogado equivale entre 21 y 42 salarios mínimos diarios o entre 168 y 336 veces lo que perciben los trabajadores más pobres en una hora. De ahí que en la práctica muy pocos tengan acceso real a estos servicios." "Sin embargo, además de estos abogados de excelencia, que son pocos y caros, en México existe una amplia oferta de titulados en derecho. Esto significa que casi siempre se podrá tener acceso a algún tipo de asesoría jurídica de acuerdo con las posibilidades económicas del cliente, aunque debido a la creciente tecnificación de los procedimientos judiciales, los abogados litigantes no necesariamente tienen la preparación adecuada. Esta situación se ha traducido en graves desigualdades en el sistema de impartición de justicia." Rubio, Luis y otros. *A la puerta de la ley. El estado de derecho en México*. op. cit., p. 120.

por un abogado competente, experimentado y con la mejor disposición de servicio, que hagan realidad la garantía de acceso a la justicia institucional. Que no basta que haya tribunales gratuitos, sino que es indispensable que haya abogados gratuitos a través de los cuales se acuda a los tribunales y ambos deben ser proporcionados por el Estado.

Respecto a las cualidades de abogado, el magistrado Joel Carranco Zúñiga, se expresa muy bien cuando dice: "La tarea de un buen abogado comprende una inmensa conjugación de cualidades. La honestidad e intenciones generosas por sí mismas son insuficientes si está ausente la capacidad y el talento."²³ Esas condiciones no se dan si el servicio se otorga por una persona aprendiz del oficio y no por un verdadero maestro.

No obstante, discrepamos de la opinión del citado Magistrado, en la parte que en su obra dice que: "...existen excelentes, buenos y malos defensores públicos federales. Por suerte para ellos, los mejores son emprendedores, creativos, inquietos, en búsqueda de oportunidades y pronto abandonan el empleo para incursionar en un área con mayor proyección profesional."²⁴

Al respecto y según información oficial proporcionada por el Instituto Federal de Defensoría Pública: "...desde el año de 1999 hasta el 2006, ocho defensores públicos federales se han hecho merecedores de la medalla 'Ponciano Arriaga', mismos que permanecen laborando para la institución con igual cargo."²⁵

Desde que solicité la información, tenía la hipótesis de que la mayoría de los defensores públicos federales del Instituto Federal de Defensoría Pública permanecían en sus cargos. Basado en mi propia experiencia, considero que el mejor puesto dentro del Instituto para quienes realmente nos gusta la función de litigar, es la de defensor o

²³ Carranco Zúñiga, Joel. *Juicio de amparo Inquietudes contemporáneas*. Editorial Porrúa. 1ª edición, México 2001, p. 208.

²⁴ Carranco Zúñiga, Joel. op. cit. p. 209.

²⁵ Información proporcionada por el Secretario Técnico de Coordinación Interna de la Dirección General del Instituto Federal de Defensoría Pública, mediante oficio DG/0993/2008 del 10 de marzo de 2006.

la de asesor. Considero que los demás cargos, por la naturaleza de sus funciones, alejan a la persona de las labores de defensa legal y asesoría jurídica, que son las que nos inspiraron a pertenecer a la institución.

La información expresada por el citado Magistrado no es cierta. Ignoro la fuente de su información porque no la indica en su obra. Aunque me consta que cuando se desempeñó como Juez de Distrito en la ciudad de Acapulco, se llevó como secretarios a un asesor jurídico y luego a dos defensores públicos. Sin embargo, ninguno de los citados profesionistas dejó su labor por incursionar en un área con mejor proyección, sino que el asesor, por algún factor, no pasó el examen psicológico y no se pudo quedar como asesor definitivo²⁶ y de los defensores que no son los que han obtenido la medalla "Ponciano Arriaga" debo entender que decidieron cambiar la posición del ejercicio de su profesión del litigio a la judicatura, sin que haya bases para estimar que una u otra labor son de mayor proyección profesional.

NECESIDAD DE UN INSTITUTO NACIONAL DE CRIMINALÍSTICA O DE PERITOS

Sin pretender ser original, pues es una idea ya expresada anteriormente, coincido en la necesidad de crear una institución nacional de servicios periciales. Considero que sí es necesaria una institución autónoma, encargada del servicio de proporcionar dictámenes periciales de calidad y económicos, a las personas legitimadas para solicitarlos, principalmente instituciones.

Además, esto permitiría que la defensa legal cuente con la posibilidad de hacer uso de peritos cada vez que sea requerido un dictamen de ese tipo. Así, la defensa legal o la representa-

²⁶ Para ingresar como Defensor Público o Asesor Jurídico al Instituto Federal de Defensoría Pública, se deben acreditar dos exámenes, uno de conocimientos y otro psicológico. La evaluación psicológica tiene como propósito advertir las cualidades éticas y de personalidad idóneas para desempeñar el cargo de defensor público o asesor jurídico, practicada mediante pruebas escritas internacionalmente aceptadas, elaboradas y calificadas por personal especializado, pero personas muy capaces jurídicamente y de personalidad calificable al menos como "normal" no ingresan al Instituto por no acreditar alguno de estos exámenes. El asesor a que me refiero era provisional y no acreditó el examen psicológico, a pesar de hacerlo con el de conocimientos. Actualmente es Secretario de un Tribunal Colegiado de Circuito. Es una persona excelente y capaz, pero no pudo ingresar al Instituto.

ción jurídica que de manera gratuita proporciona el Estado, tendría esta herramienta necesaria para dar el mejor servicio legal.

UNIFICACIÓN DEL SERVICIO DE SERVICIOS LEGALES GRATUITOS

Considero que, a futuro, se deben unificar los servicios jurídicos gratuitos proporcionados por el Estado.

Actualmente, si el servicio se solicita en una Institución y no corresponde a ésta, se envía al solicitante a la institución que debe auxiliarlo, aunque puede ser que a la persona simplemente se le niegue el servicio, por solicitarlo donde no corresponde. En el caso del IFDP, la canalización a otras instituciones se debe fundar y motivar en un oficio que se entrega al solicitante del servicio, mismo que se dirige a la institución que se considera competente.

Sin embargo, si una sola institución federal proporcionara el servicio legal en forma consolidada, esto es, que independientemente del tipo de asunto o materia sobre la que verse el problema, se atendiera en la misma institución, en el mismo lugar y sólo al recibirse el asunto se pasara al área correspondiente, las personas tendrían un servicio público de mejor calidad y completitud.

Así las cosas, suponiendo que alguien llegara a la institución, que por ejemplo pudiera llamarse *Instituto Nacional de Servicios Jurídicos*²⁷, sería recibido en una oficina de recepción, donde un abogado analizaría preliminarmente su caso y lo pasaría al departamento correspondiente a recibir el servicio en un siguiente nivel.²⁸

²⁷ "Se ha expuesto, por ejemplo, la creación de una defensoría pública o de un centro nacional de asistencia legal y defensoría de oficio que auxilie, asesore, oriente y guíe a las personas cuando tengan que acudir a que se les brinde justicia ante los tribunales, en el caso de la primera y con funciones de intermediación, conciliación y arbitraje, es decir, como un medio de justicia alterna la segunda." Zapata Bello, Gabriel, "Acceso a la justicia", en Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, op. cit., p. 391.

²⁸ "Si se quiere modernizar el sistema de impartición de justicia, es indispensable que en México exista un verdadero sistema de *seguridad social de carácter jurídico*, semejante a la seguridad social en los servicios médicos. Para tal efecto se debe crear una institución autónoma de carácter nacional que se aboque a realizar funciones tanto de consulta como de auxilio procesal, para las personas que no puedan afrontar los costos de abogados particulares. Rubio, Luis y otros. *A la puerta de la ley. El estado de derecho en México*, p. 123.

Como ejemplo, una persona llegaría a solicitar servicio respecto de un asunto relacionado con una parcela cuyos derechos pertenecían a su padre, pero sabe que lo dejó como sucesor preferente y quiere saber qué tramites necesita hacer. El abogado encargado del área de recepción, vería de inmediato que el problema es de naturaleza agraria, revisaría la documentación que la persona trae, la organizaría en su caso o le pediría más documentación al interesado y mediante el sistema organizativo interno, pasaría a esa persona al abogado que lo debe atender, inclusive de ser el caso, por sistema informático fijaría día y hora en que un abogado especializado en derecho agrario lo atendería.

Hay materias que son de naturaleza federal, como la aduanera, la mercantil, la agraria, la financiera, que por ser federales, el instituto sin problema los atendería. Hay materias como la fiscal, administrativa, civil, laboral, que depende su ámbito de competencia a supuestos fácticos, por lo que determinado que son casos federales, el instituto los atendería.

Por lo que ve a materias como la familiar, que son eminentemente locales, o asuntos como laboral, fiscal, administrativa que correspondan a la competencia estatal, el instituto podría celebrar convenios para dar el servicio en los Estados en esos asuntos.

Así las cosas, en un solo lugar, la persona vería atendidos todos sus asuntos y no tendría que estar averiguando a qué oficina le corresponde acudir para que le indiquen si le pueden prestar servicios.²⁹

Inclusive dado que muchos problemas son complejos e involucran diversas materias, si el servicio se diera por un solo instituto, al que todos los abogados involucrados pertenecieran, se podrían implementar sistemas que permitan que el problema se atienda

²⁹ Don Sergio García Ramírez ha señalado que: "Es deseable que los numerosos y dispersos sistemas de gestión, asistencia, orientación y representación, depositados en numerosas procuradurías que no guardan conexión alguna entre sí, no obedecen a criterios unificados en la prestación de sus servicios, sean reubicados en un amplio sistema de asistencia jurídica, semejante al régimen de asistencia médica que se desea fincar por medio de la seguridad social." Citado por Zapata Bello, Gabriel, "Acceso a la justicia", en Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, op. cit., p. 392.

en su integridad sin descuidar ninguno de sus aspectos, o sin menoscabo de una parte del asunto en beneficio de otra.

Algunas instituciones que, además del Instituto Federal de Defensoría Pública, dan servicios legales a nivel federal, como la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, en materia laboral, la Procuraduría Agraria en materia agraria, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros en materia financiera, dejarían de dar sus servicios legales, que pasarían al Instituto nacional.

Institutos como el que se pretende crear para la Defensa de los Contribuyentes a nivel federal, serían asimilados a este nuevo instituto.

De la misma manera que funcionan en cuanto a lo estructural, institutos en materia de salud, que tienen servicios de medicina en general, de medicina especializada y de medicina de tercer nivel, en el nuevo Instituto se darían servicios legales en general y servicios jurídicos especializados. Quizás el tercer nivel en materia jurídica sería dar servicio legal ante organismos supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Consolidando los servicios jurídicos en una sola institución, idea que como se ha visto tiene varios partidarios, y que cuenta con el apoyo del suscrito, se cumpliría con la garantía nacional de todos los mexicanos de lograr acceso a la justicia, al menos en el aspecto formal. Que esta garantía se cumpliera a fondo aún dependería de otros factores, como tribunales verdaderamente autónomos y profesionales en materia laboral, verdaderamente imparciales en materia fiscal y administrativa, no dependientes del Ejecutivo, etcétera.

Finalmente, como lo expresa el magistrado César Esquinca Muñoa, Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, en su obra *Las Defensorías de Oficio en México*, en los Estados de la República mexicana, se ha descuidado el servicio público de la defensoría gratuita, siendo muchos los estados donde a los defensores no se les paga dignamente y por ende no se recluta a los mejores, ni se destinan suficientes recursos a la institución.

Mientras no se unifiquen esos servicios jurídicos a nivel nacio-

nal, se tendrán diferentes grados de calidad y eficiencia en los servicios jurídicos gratuitos, violentando el derecho a la igualdad de todos los mexicanos en lo que al acceso a la justicia se refiere.

Como lo indica una autora: "si la gente de escasos recursos no puede acceder a la justicia para defender sus derechos, estamos frente a una justicia de cristal, a la vista de todos, pero inaccesible."³⁰

A una década de funcionar la nueva Institución Federal de Defensoría Pública en materia penal, administrativa, fiscal y civil, aún nos falta mas reconocimiento social. En los ámbitos donde ejercemos los asesores jurídicos, como son distintas dependencias federales (CONAGUA, PROFEPA, SAGARPA, IMSS, SHCP, TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA, SCJN, TRIBUNALES Y JUZGADOS FEDERALES, etc.), ya se nos reconoce el profesionalismo con que nos desempeñamos. Nuestros usuarios son nuestra mejor publicidad, pero aún nos falta arraigar mas en la sociedad, ser más conocidos y reconocidos.

Nuestro desempeño profesional, el gran apoyo que nos da el pertenecer al Poder Judicial de la Federación, y la labor que todos los días desempeñan 144 asesores jurídicos y 667 defensores públicos³¹, deberá arraigar mas en la sociedad, para no ser en futuro próximo sólo reconocido por los expertos, sino por la comunidad jurídica en general, cosa que por lo pronto se aprecia difícil, en razón de que el propio Poder Judicial Federal no es distinguido con claridad por la sociedad y los poderes judiciales locales aún carecen de gran prestigio social.

Considero que a futuro, los asesores jurídicos seremos reconocidos como modelo de abogado, al ser nuestro ejercicio profesional apegado a la ética, leal al asesorado y al órgano jurisdiccional, efi-

³⁰ Begné Guerra, Cristina. *Jueces y democracia*, Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1ª edición, México, 2007, p. 142.

³¹ Dato obtenido del "ACUERDO del Comité Coordinador para Homologar Criterios en Materia Administrativa e Interinstitucional del Poder Judicial de la Federación, por el que se autoriza la publicación del Manual de percepciones, prestaciones y demás beneficios de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación para el Ejercicio Fiscal dos mil ocho", publicado en el DOF del 28 de febrero del 2008.

ciente y eficaz y cada vez mas altamente calificado. Esa es mi visión personal.

No obstante, y como parte final de lo argumentado en el presente escrito, hay que considerar que: "Cada comunidad construye sus instituciones de acuerdo con sus necesidades e intereses".³²

BIBLIOGRAFÍA

- Begné Guerra, Cristina. *Jueces y democracia*. Editorial Miguel Ángel Porrúa , 1ª edición, México, 2007.
- Capella, Juan Ramón. *El aprendizaje del aprendizaje. Una introducción al estudio del Derecho*. Editorial TROTTA, 4ª edición, 2004.
- Carranco Zúñiga, Joel. *Juicio de amparo. Inquietudes contemporáneas*. Editorial Porrúa, 1ª edición, México 2001.
- Carrillo Prieto, Ignacio. "El Defensor", ensayo publicado en la obra *El papel del abogado*, Editorial Porrúa , 5ª edición, México, 2004.
- Esquinca Muñoa, César. *Las defensorías de oficio en México*. Editorial Porrúa, 1ª edición, México, 2007.
- Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón. *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*. Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. 1995.
- Laveaga, Gerardo. *La cultura de la legalidad*. UNAM, 1ª reimpresión, México, 2000.
- Laveaga, Gerardo. *Hombres de gobierno*. Editorial Aguilar, 1ª edición, abril 2008.
- *Cartas a un joven defensor de oficio*. Poder Judicial de la Federación. México, 1ª ed., Junio 2001.
- Rubio, Luis y otros. *A la puerta de la ley. El estado de derecho en México*. Editorial Cal y Arena, 1ª edición, México, 1994.
- Sotomayor, Garza, Jesús G. *La abogacía*. Editorial Porrúa , 2ª edición, México, 2005.

³² Laveaga, Gerardo. *La cultura de la legalidad*. UNAM, 1ª reimpresión, 2000, p. 35.

- Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo. *Justicia Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*. UNAM, 1ª edición, México, 2001.

HEMEROGRAFÍA

- Revista *El mundo del abogado*, año 4, No. 29, septiembre 2001, México.
- Revista *El mundo del abogado*, año 11, No. 107, marzo 2008, México.
- Informe Anual de Labores 2006-2007, del Director General del IFDP. Publicado en la página web del instituto. www.ifdp.cjf.gob.mx

LEGISLACIÓN

- Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación el jueves 28 de mayo de 1998 y sus reformas.
- Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de noviembre de 1998 y sus reformas.

INTERNET

- <http://www.cjf.gob.mx/secretarias/sed/default.html>

Artículo 58, fracción III, primera parte del tercer párrafo de la Ley del Seguro Social

*Milton Salvador Portillo Arellano**

En mi opinión personal, un tema de interés y relevancia por el número de asuntos atendidos en esta Entidad Federativa, es la consideración de que varios artículos de la Ley del Seguro Social pudieran resultar contrarios a nuestra Carta Magna, es decir, inconstitucionales.

Al tratarse de un ordenamiento jurídico federal, su vigencia y ámbito de aplicación opera en toda nuestra República, por lo que cualquier persona que se encuadre en la hipótesis normativa detallada a continuación pudiera ver vulneradas diversas garantías tuteladas por la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.

En forma particular he de referirme al contenido del Decreto que contiene la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995 y con vigencia a partir del 1 de julio de 1997 (específicamente el artículo 58, fracción III [primera parte del tercer párrafo]).

El citado precepto legal se refiere a las prestaciones en dinero a las que tienen derecho los trabajadores, cuando derivado de un riesgo de trabajo (enfermedad o accidente), se les determine una incapacidad permanente parcial, donde: "... si la incapacidad declarada es permanente parcial, superior al cincuenta por ciento, el asegurado

* Asesor Jurídico Federal.

recibirá una pensión que será otorgada por la institución de seguros que elija en los términos de la fracción anterior. El monto de la pensión se calculará conforme a la tabla de valuación de incapacidad contenida en la Ley Federal de Trabajo, tomando como base el monto de la pensión que correspondería a la incapacidad permanente total. El tanto por ciento de la incapacidad se fijará entre el máximo y el mínimo establecidos en dicha tabla teniendo en cuenta la edad del trabajador, la importancia de la incapacidad, si ésta es absoluta para el ejercicio de su profesión aun cuando quede habilitado para dedicarse a otra, o que simplemente hayan disminuido sus aptitudes para el desempeño de la misma o para ejercer actividades remuneradas semejantes a su profesión u oficio. Si la valuación definitiva de la incapacidad fuese de hasta el veinticinco por ciento, se pagará al asegurado, en sustitución de la pensión, una indemnización global equivalente a cinco anualidades de la pensión que le hubiese correspondido. Dicha indemnización será optativa para el trabajador cuando la valuación definitiva de la incapacidad exceda de veinticinco por ciento sin rebasar el cincuenta por ciento..."

El suscrito desconoce cuál pudiera ser la relevancia de la aplicación del artículo en cuestión, pero en el estado de Guanajuato, donde una de las actividades laborales en forma primordial es la minería en sus diferentes vertientes, dicho precepto legal adquiere connotaciones relevantes, dado el alto índice de padecimientos provocados en quienes desempeñan tal actividad, lo cual deriva en enfermedades tales como: neumoconiosis tipo silicosis y cortipatia bilateral con trauma acústico.

A ello debemos agregar, como hecho relevante, el alto índice de desempleo entre la comunidad en cuestión una vez que se encuentran incapacitados para desarrollar las actividades propias de la minería, lo que incrementa la necesidad de contar con los beneficios proporcionados por el Instituto Mexicano del Seguro Social al no contar con empleos fijos y/o empleos en los cuales se pueda cotizar ante dicho Organismo.

En ese tenor, a cualquier persona que al dictaminarse en forma definitiva el porcentaje de su incapacidad permanente parcial, en

un monto inferior al 25%, sin opción a elegir, procede la indemnización global equivalente a 5 anualidades, aunado al hecho de que el Instituto Mexicano del Seguro Social, en lo sucesivo, niega la atención médica en estos casos a quienes se ubican en este supuesto.

La Garantía de Audiencia contemplada por el artículo 14 Constitucional, establece la obligación de toda autoridad de escuchar al gobernado antes de privarlo de la vida, libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, a través de un procedimiento jurisdiccional o administrativo en el que pueda tener oportunidad de ser escuchado y de hacer valer sus defensas, ofreciendo pruebas y alegatos de su parte, a efecto de que la resolución que emita sea en función de ambas consideraciones y no únicamente de su criterio unipersonal, lo que además de arbitrario pudiera resultar ilegal e injusto.

En ese sentido, si bien es cierto que la Ley del Seguro Social, en su artículo 58, fracción III, señala la posibilidad del IMSS de pagar una indemnización global equivalente a 5 anualidades de la pensión que le hubiese correspondido al trabajador que sólo obtenga en su valuación definitiva un porcentaje de hasta 25%, también lo es que no se establece procedimiento alguno que permita el ejercicio/cumplimiento/observancia de la denominada garantía de audiencia, en el entendido de poder manifestarse conformidad o inconformidad con tal determinación y sobre todo, que la misma esté debidamente establecida en la propio norma multimencionada; a efecto de ilustrar dicho precepto legal, el mismo lo cito a continuación:

"Artículo 58. El asegurado que sufra un riesgo de trabajo tiene derecho a las siguientes prestaciones en dinero:...

III. Si la incapacidad declarada es permanente parcial, superior al cincuenta por ciento, el asegurado recibirá una pensión que será otorgada por la institución de seguros que elija en los términos de la fracción anterior.

El monto de la pensión se calculará conforme a la tabla de valuación de incapacidad contenida en la Ley Federal de Trabajo, tomando como base el monto de la pensión que correspondería a la

incapacidad permanente total. El tanto por ciento de la incapacidad se fijará entre el máximo y el mínimo establecidos en dicha tabla teniendo en cuenta la edad del trabajador, la importancia de la incapacidad, si ésta es absoluta para el ejercicio de su profesión aun cuando quede habilitado para dedicarse a otra, o que simplemente hayan disminuido sus aptitudes para el desempeño de la misma o para ejercer actividades remuneradas semejantes a su profesión u oficio.

Si la valuación definitiva de la incapacidad fuese de hasta el veinticinco por ciento, se pagará al asegurado, en sustitución de la pensión, una indemnización global equivalente a cinco anualidades de la pensión que le hubiese correspondido. Dicha indemnización será optativa para el trabajador cuando la valuación definitiva de la incapacidad exceda de veinticinco por ciento sin rebasar el cincuenta por ciento..."

En ese orden de ideas, para demostrar la inconstitucionalidad del precepto legal en cita, me permito igualmente citar el contenido original de la abrogada Ley del Seguro Social, vigente de 1973 a 1997, mismo que reza así:

ARTICULO 65.- El asegurado que sufra un riesgo de trabajo tiene derecho a las siguientes prestaciones en dinero:...

III.- Si la incapacidad declarada es permanente parcial, el asegurado recibirá una pensión calculada conforme a la tabla de valuación de incapacidad contenida en la Ley Federal de Trabajo, tomando como base el monto de la pensión que correspondería a la incapacidad permanente total. El tanto por ciento de la incapacidad se fijará entre el máximo y el mínimo establecidos en dicha tabla; teniendo en cuenta la edad del trabajador, la importancia de la incapacidad, si ésta es absoluta para el ejercicio de su profesión aun cuando quede habilitado para dedicarse a otra, o que simplemente hayan disminuido sus aptitudes para el desempeño de la misma o para ejercer actividades remuneradas semejantes a su profesión u oficio. Si el monto de la pensión mensual resulta inferior a doscientos pesos, **se pagará a opción del asegurado, en sustitución de**

la misma, una indemnización global equivalente a cinco anualidades de la pensión que le hubiere correspondido.

De tal forma, así como se aprecia el precepto original y que resulta ser el primer antecedente de la norma que se impugna por inconstitucional, en respeto a la Garantía de Audiencia de los gobernados que se encuentran en la misma hipótesis, independientemente de factores ajenos a la incapacidad en sí, entendida ésta como la afectación en la salud, tales como el salario diario de cotización y/o el porcentaje de la misma, en forma clara y evidente brinda la oportunidad de decidir la mejor opción con pleno conocimiento de causa, situación que en forma evidente no existe con la tajante y arbitraria aplicación del artículo tal y como se encuentra vigente en la actualidad, lo cual constituye la violación de la garantía constitucionalmente tutelada.

En ese entendido, el trabajador, al desempeñar las actividades propias del empleo de minero, se ve sujeto a agentes externos que provocaron un daño irreversible e irreparable en la salud de su persona, el cual en cierta forma se ve compensado con el régimen de seguridad social que lo –sic– protege, con el otorgamiento de una pensión por la incapacidad permanente que lo aqueja, formando por ende parte de sus derechos como trabajador, configurándose con ello como inherente a su patrimonio y como tal, sólo el trabajador y no diversa persona u organismo público descentralizado puede afectarlo en forma arbitraria, injusta y sobre todo, sin tomarme en consideración respecto al destino del mismo, por ser directamente el titular de dicho derecho, sease que acepte la indemnización o que lo conserve.

Bajo tal óptica, el artículo 14 constitucional consagra la garantía de audiencia, consistente en el principal instrumento de defensa que tiene el gobernado frente a actos de cualquier autoridad que pretendan privarlo de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones y, en general, de sus derechos sin que previamente se hayan observado las formalidades esenciales del procedimiento, ni se establezca recurso o procedimiento alguno para que el afectado pueda impugnar el acto de autoridad de naturaleza privativa, ya

que de no ser así, se infringe la garantía de audiencia sin que obste a lo anterior que esta formalidad no se encuentre expresamente contemplada en la legislación procesal aplicable, pues al respecto tiene preeminencia lo que estatuye el indicado precepto 14 de la Constitución Federal cuando dispone que es derecho fundamental de los gobernados que se les otorgue la garantía de audiencia contra todo acto de autoridad para que tengan la oportunidad de conocerlo y de defenderse, es decir, la garantía de audiencia de todo individuo o gobernado implica el seguimiento de cada una de las formalidades esenciales del juicio o proceso civil que satisfagan ineludiblemente una oportuna y adecuada defensa previa al acto de autoridad, pues toda persona debe tener conocimiento del procedimiento y sus consecuencias, a fin de que esté en posibilidad de ofrecer pruebas, interponer recursos y alegar en su defensa lo que a sus derechos convenga e, incluso, impugnar en su oportunidad la resolución que decida el fondo del asunto.

En ese entendido, mediante el acto de ejecución se aplica en forma tajante, arbitraria y unilateral, la norma legal sujeta a impugnación sin mediar derecho a la defensa de sus intereses, al trabajador afectado se le priva de la garantía de audiencia, la que por regla general, protege a todos los gobernados de los actos de autoridad tendientes a privarlos de algo que les pertenece, para que previo a su realización tenga lugar un juicio o procedimiento, ya que así lo dispone el artículo 14 Constitucional en su segundo párrafo, el cual nos señala que los actos privativos –de derechos– deben realizarse generalmente, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado donde se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, si estos actos producen la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado.

Así pues, la garantía de audiencia se cumple, tratándose de actos privativos provenientes de una autoridad distinta a la jurisdiccional, cuando se sigue un procedimiento semejante a un juicio, donde se escucha al gobernado en forma previa al acto de afectación y se cumple a través de las formalidades esenciales del procedi-

miento; por ende, la naturaleza excepcional o singular de la situación de que se trate (indemnización de la incapacidad inferior al 25%), no eximió al legislador de prescindir de la garantía de audiencia, mediante el derecho a una defensa previa al acto privativo, garantía constitucional a la cual debe sujetarse y someterse cualquier autoridad, incluso las administrativas, en atención a que, por un lado, actuación del tipo del que se impugnan en la presente controversia constitucional porque inciden especialmente de manera grave, frontal y directa sobre el derecho de los gobernados que en apariencia no está tutelado por la norma legal que se impugna.

De la última idea debe destacarse el hecho de que sólo en apariencia pudiéramos decir que la norma legal impugnada en el presente caso no contempla la denominada garantía de audiencia, ya que conforme a la evolución de los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación, se ha determinado sin lugar a dudas que por regla general, de presentarse el hecho de que la Ley del acto guarde silencio en lo relativo a un procedimiento de audiencia, tratándose de actos privativos no debe impedir que la autoridad administrativa otorgue la oportunidad de defensa al particular afectado, en aplicación directa de la Constitución Federal; ello debido a que la ausencia de un procedimiento de audiencia en la ley del acto genera la necesidad constitucional, como deber de la autoridad de colmar la laguna legal respectiva a través de la aplicación de los Principios Generales del Derecho, a fin de garantizar que el particular sea oído y vencido en juicio, para cumplir así y sólo así con lo establecido por el párrafo segundo del artículo 14 constitucional, puesto que el carácter normativo y supremo de la Constitución Federal impone, incluso a las autoridades administrativas del Estado, la obligación positiva de observar directamente y frente al gobernado, una conducta activa que estriba en realizar todos y cada uno de los actos que tiendan al cumplimiento de las exigencias específicas en que el derecho de audiencia se revela.

Por consiguiente, el artículo 14 constitucional, en su párrafo segundo debe interpretarse en sentido de prever una garantía de

audiencia previa a favor de los afectados por el despliegue de la potestad administrativa traducida en el acto privativo, máxime que no existe causa de excepción por la cual dicha garantía pudiera no resultar exigible y por ende aplicable al caso específico que actualmente nos ocupa. Lo anterior se debe a que el verdadero sentido de las normas constitucionales no se obtiene de su interpretación aislada, sino sistemática y armónica con las normas legales con las que se convive dentro del ordenamiento jurídico, nacionales o internacionales, primarias o secundarias, de lo que se desprende no sólo una congruencia de la norma legal señalada con el principio constitucional antes especificado (garantía de audiencia), sino incluso con el Principio de Igualdad y de no Discriminación, previstos estos últimos en el contenido del artículo 1º de la misma Constitución Federal, norma suprema de la Nación mexicana.

Igualmente resulta inconstitucional por idénticas razones a las antes expresadas, la Ley del Seguro Social en su artículo 58, fracción III (primera parte del tercer párrafo), ya que establece una condicionante que sólo resultará aplicable para un número determinado de personas con incapacidad permanente –y por ende no aplica a todas–, afectando a quienes desgraciadamente por razones no imputables a su persona –*ya que no es una decisión personal el grado de afectación traducido en un porcentaje*–, sólo detentan cierto grado de incapacidad.

En ese sentido, dicha disposición normativa establece un trato desigual para los que a la Ley deben ser iguales, es decir, para todos aquellos trabajadores que por el riesgo que implicaba el desempeño de tal o cual actividad laboral y que derivado de la enfermedad padecida, detectada y dictaminada, en compensación les fue dictaminada inicialmente una incapacidad permanente provisional en su momento y definitiva cuando así proceda, siendo el porcentaje y/o el salario diario de cotización de cada trabajador, no una fuente de desigualdad sino tan sólo de diferenciación por cuanto al monto económico que habrá de pagarse al trabajador precisamente por haber sufrido el riesgo de trabajo.

En ese entendido, cabe destacar tal aseveración por estar completamente apegada a la lógica no sólo material y jurídica, sino incluso de la médica sobre el punto de la igualdad, reflexionado para ello sabe cuál es la causa que los convierte en iguales a todos los trabajadores, además de dicho carácter, pues naturalmente que lo es el riesgo de trabajo sufrido, el cual después de los estudios clínico-médicos a los que se ven sometidos por el Instituto Mexicano del Seguro Social, se convierte en una incapacidad permanente, descartando que el porcentaje del 1 al 25 o del 26 al 50 o del 50% en adelante o el mismo salario diario de cotización puedan constituirse en factores de desigualdad, ya que tan sólo son factores de diferenciación en cuanto al monto del pago del beneficio económico en que se traduce dicha incapacidad, ya que resultaría incongruente pagar el mismo monto mensual de pensión a quien tiene sólo un 10% de afectación con aquel que padece un 80%, o a quien ganaba \$100.00 (cien pesos 00/100 MN) diarios con el que obtenía \$1,000.00 (un mil pesos 00/100 MN) por día.

Hecha la aclaración anterior, lo que se pretende es eliminar el posible pensamiento de que con la aplicación de tal medida consistente en la indemnización equivalente a 5 anualidades para quien "tan sólo tiene del 1 al 25%" sin posibilidad de elección, de la posibilidad de elección para quien tiene del 26 al 50% y de éste en adelante de forma definitiva, se está tratando desigual a los desiguales y, consecuentemente, no hay afectación alguna a dicha garantía individual, ya que se insiste, la igualdad reside en que primero debe tenerse el carácter de trabajador y posteriormente, haber sufrido el riesgo de trabajo y por último, que éste haya ocasionado la existencia de la incapacidad.

Como soporte legal de tal aseveración, basta tan sólo con remitirnos al contenido de la propia Ley del Seguro Social y de la Ley Federal del Trabajo, las que establecen respectivamente lo siguiente:

LEY DEL SEGURO SOCIAL

Artículo 1. La presente Ley es de observancia general en toda la República, en la forma y términos que la misma establece, sus

disposiciones son de orden público y de interés social.

Artículo 2. La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.

Artículo 5 A. Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

V. Trabajadores o trabajador: la persona física que la Ley Federal del Trabajo define como tal;

XI. Asegurados o asegurado: el trabajador o sujeto de aseguramiento inscrito ante el Instituto, en los términos de la Ley;

Artículo 41. Riesgos de trabajo son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo.

Artículo 43. Enfermedad de trabajo es todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo, o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios. En todo caso, serán enfermedades de trabajo las consignadas en la Ley Federal del Trabajo.

Artículo 47. En los casos señalados en el artículo anterior se observarán las reglas siguientes:

I. El trabajador asegurado tendrá derecho a las prestaciones consignadas en el seguro de enfermedades y maternidad o bien a la pensión de invalidez señalada en esta Ley, si reúne los requisitos consignados en las disposiciones relativas, y

Artículo 50. El asegurado que sufra algún accidente o enfermedad de trabajo, para gozar de las prestaciones en dinero a que se refiere este Capítulo, deberá someterse a los exámenes médicos y a los tratamientos que determine el Instituto, salvo cuando justifique la causa de no hacerlo. El Instituto deberá dar aviso al patrón cuando califique de profesional algún accidente o enfermedad, o en caso de recaída con motivo de éstos.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Artículo 473. Riesgos de trabajo son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo.

Artículo 475. Enfermedad de trabajo es todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios.

Artículo 478. Incapacidad temporal es la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilita parcial o totalmente a una persona para desempeñar su trabajo por algún tiempo.

Artículo 479. Incapacidad permanente parcial es la disminución de las facultades o aptitudes de una persona para trabajar.

Artículo 480. Incapacidad permanente total es la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilita para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida.

Artículo 481. La existencia de estados anteriores tales como idiosincrasias, taras, discrasias, intoxicaciones, o enfermedades crónicas, no es causa para disminuir el grado de la incapacidad, ni las prestaciones que correspondan al trabajador.

Artículo 482. Las consecuencias posteriores de los riesgos de trabajo se tomarán en consideración para determinar el grado de la incapacidad.

Tal y como se puede corroborar de la lectura de los preceptos legales correlacionados íntimamente y citados con antelación, no existe duda para considerar como fuente de igualdad a los siguientes factores:

- 1.- Que se trate de un trabajador.
- 2.- Que en el desempeño de sus actividades sufra un riesgo de trabajo (en este caso de una enfermedad, la cual se define como todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo, o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios).
- 3.- Que se dé el aviso al Instituto Mexicano del Seguro Social,

quien realizara los estudios clínico-médicos a fin de de terminar la existencia primero del riesgo de trabajo y posteriormente de la incapacidad.

Luego entonces, si todos los trabajadores afectados pasan por igual cada una de las etapas antes mencionadas, por qué han de recibir un trato desigual por el simple hecho de que tienen distinto grado de incapacidad, perdiendo con ello de vista que si todos están en la misma situación, se debe al hecho de que es así porque tienen una incapacidad permanente con independencia de su porcentaje; en ese entendido, la propia Ley del Seguro Social, así como la Ley Federal del Trabajo, estiman como causas de diferencia más no de desigualdad al salario diario de cotización y al grado de incapacidad (porcentaje), para efecto del monto mensual que en su caso deberá cubrirse al trabajador; para ilustrar el punto se citan los siguientes preceptos legales.

En ese orden de ideas, es de resaltar el hecho notorio de que ni en la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, específicamente en su artículo 123 ni en alguna parte del articulado de la Ley Federal del Trabajo se establece indemnización alguna por diferencia en la graduación de las incapacidades adquiridas por los trabajadores, ya que se trata de un beneficio adquirido por el riesgo que implicaba el desempeño de las actividades propias del trabajo que lo generó, máxime cuando se trata de una compensación económica en materia de seguridad social que pretende respaldar al trabajador que sufrió tal afectación en su salud, puesto que en esa misma medida no podrá desempeñar trabajo alguno que le permita mantenerse adecuada y decorosamente y sobre todo que estamos ante la presencia de enfermedades que tiene un deterioro irreversible y progresivo al no existir cura para las mismas, ya que aun cuando no se esté expuesto a los agentes físicos/naturales que los originaron, su avance es ineludible con el simple paso del tiempo, puesto que incluso su propia denominación nos indica su carácter al ser mencionada como una incapacidad permanente, con lo cual se excluye que su duración sea por un periodo de tiempo determinado (5 años), sino que lo es para toda la vida del trabajador (lo por-

qué no el equivalente a 10 años de indemnización en lugar de 5?).

Concluyendo el argumento total, decimos que si en su carácter de trabajadores se sufre un riesgo de trabajo y el Instituto Mexicano del Seguro Social determinó la existencia de la incapacidad permanente después de practicar los estudios clínico-médicos procedentes, esa relación sucesiva de acontecimientos es lo que los convierte a todos en un grupo de personas bajo el auspicio de un manto de igualdad, y que al indemnizarlos con las 5 anualidades –lo que si bien es "sic" legal porque la norma existe, pero resulta ser una actuación injusta, arbitraria y violatoria de dicha garantía constitucional–, por tener distinto grado en la incapacidad unos y otros reciben un trato diferente, distinto y claro está, desigual con la pretendida indemnización equivalente a las 5 anualidades, sin tratarlos como al otro grupo de compañeros que por las circunstancias o la naturaleza de las acciones desarrolladas en el ámbito laboral tiene un grado de incapacidad mayor, el derecho a elegir el destino de un beneficio que como derecho legal, laboral y médicamente adquirido, ya que forma parte de su patrimonio, pudiendo decidir si opta por la indemnización o por continuar recibiendo el apoyo en forma de pensión permanente y continua.

Ese mismo derecho, sin lugar a dudas, igualmente lo poseen todos los trabajadores con incapacidad por igual, por lo que se considera que se les está violentado con tal omisión, lo que aunado al trato desigual da como resultado una medida discriminatoria, ya que al trabajador en cuestión se le excluye de tal beneficio, constituyéndose en una causa de notoria y lesiva desigualdad, circunstancia prohibida por nuestra Carta Magna en el precepto constitucional transcrito con antelación y una violación a un derecho legalmente adquirido en su carácter de trabajador que por el desempeño de sus actividades sufrió un riesgo de trabajo y que la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, en su artículo 123 y la Ley Federal del Trabajo protegen sin restricción alguna (por cuanto al punto de la indemnización debido a diferencia en la graduación de la incapacidad).

Ejemplificando el presente tema con un asunto semejante, ello pudiera resultar con el pago de los impuestos, al cual estamos obligados todos los gobernados que se colocan en el supuesto de la norma aplicable —exceptuándose sólo el caso de insolvencia, pero jamás porque unos tengan menor o mayor ingreso—, el cual únicamente servirá para determinar el monto en que se paga por ejemplo el impuesto sobre la renta o del IVA según la cantidad de productos que adquiramos, pero jamás para que con ello se pretenda evitar el pago, al menos de forma legal; ejemplo con el cual señalamos que los porcentajes sólo influyen en el monto a pagar o a cobrar según sea el caso, pero no para que unos reciban un trato desigual, siendo la fuente de igualdad el colocarnos en esa hipótesis y no en otra.

Como colofón doctrinario por cuanto a la idea de la igualdad, el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, en su libro *Las Garantías Individuales* (pp. 251-255) nos menciona que esta idea: *jurídicamente se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado, es decir, la igualdad, desde un punto de vista jurídico, se manifiesta en la posibilidad y capacidad de que varias personas numéricamente indeterminadas, adquieran los derechos y contraigan las obligaciones derivadas de una cierta y determinada situación en que se encuentran. La igualdad pues está demarcada por una situación determinada; por ende, puede decirse que dicho fenómeno sólo tiene lugar en relación y en vista de un estado particular y definido. En este caso, cuando deriva de una norma legal, al imponer un ordenamiento los mismos derechos y las mismas obligaciones a cualquier persona colocada en una determinada situación jurídica por él regulada, que los que establece para otros sujetos que en ésta se hallen, surge el fenómeno de la igualdad legal.*

Igualmente debe hacerse notar que al promover dicho medio de defensa, el acto reclamado no consiste en la impugnación *per se* de la norma legal y del precepto señalado en específico, sino derivado de la actualización de la misma con el primer acto de aplicación

imputable a las autoridades del Instituto Mexicano del Seguro Social, no estando obligados por tanto a agotar medio ordinario de defensa alguno al versar el punto sobre la inconstitucionalidad de una norma legal derivado del primer acto de aplicación en mi perjuicio.

Por ende, debemos decir que ningún ordenamiento legal jerárquicamente subordinado a nuestra Constitución Política puede contener disposiciones que en esencia contravengan los elementales principios que la misma consagra, primordialmente cuando nos referimos al capítulo de las Garantías Individuales, ya que éstas representan, en palabra del maestro Ignacio Burgoa (*Las Garantías Individuales*, Edit. Porrúa): *"la consagración normativa de las aspiraciones, las inquietudes, las tendencias, y en general, la vida del hombre; so pena de al no estar limitada la conducta, se ocasione el caos y el desorden, cuya presencia destruye la convivencia"*.

Sobre tal línea de pensamiento, el concepto de garantía dentro del derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional, donde a consideración del propio Kelsen: las *"garantías de la Constitución"*, *las identifica con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la Ley Fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para "garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o su contenido"*.

En conclusión, lograr que los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, al emitir sus criterios en la resolución correspondiente, determinen la inconstitucionalidad de preceptos legales como el aquí tratado, más allá de la satisfacción personal y profesional del deber cumplido, lo verdaderamente relevante es que las leyes denominadas *"de seguridad social,"* realmente cumplan con dicha finalidad, siendo su espíritu, si no su redacción, el proteger y tutelar el derecho de los gobernados a los cuales les resulten aplicables.

La colegiación de Abogados en México, una necesidad imperante

Rubén Ramírez Rodríguez*

INTRODUCCIÓN

Diversos tratadistas del ámbito del derecho, entre ellos, el jurista Eduardo J. Couture, en su obra *Los Mandamientos del Abogado*, coinciden en referir que la palabra "abogado" deriva del latín *advocare*, que significa "llamado", porque, según los historiadores, los romanos acostumbraban llamar en los asuntos difíciles a las personas que tenían conocimiento del derecho, para que éstos los auxiliaran.

Un abogado, refiere dicho tratadista, es: "aquella persona, licenciado en derecho, que ejerce profesionalmente el asesoramiento y consejo en materia legal así como de la dirección y defensa de las partes en el juicio y toda clase de procesos judiciales y administrativos".

Por tanto, el Colegio de abogados puede concebirse como una asociación civil que agrupa a los profesionistas del derecho, para encargarse de la vigilancia de que el ejercicio de esta profesión se realice dentro del plano legal, ético y moral.

En esta Entidad Federativa, dentro del numeral 3 Fracción X de la Ley para el ejercicio de las profesiones en el Estado de Durango, los colegios de profesionistas son concebidos como: "las Asociacio-

* Defensor Público Federal.

nes civiles formadas por profesionistas de una misma rama del conocimiento, agrupados voluntariamente y debidamente registradas en la Dirección (Dirección Estatal de Profesiones)".

Asimismo –sigue manifestando el jurista en mención–, el Colegio de abogados se define como: "una persona jurídica que se compone con la asociación de los profesionistas del derecho, con el objeto de conservar la dignidad de sus actividades y la formación de un espíritu de solidaridad en beneficio de sus agremiados".

Por tanto, uno de los objetivos principales de la colegiación de los abogados es la regularización de su actuar profesional, reglamentando su conducta y así otorgar a la sociedad certidumbre jurídica.

El presente tema de investigación es trascendental y sumamente interesante, toda vez que desde el México independiente y hasta nuestros días, diversos juristas y estudiosos del derecho han hecho múltiples esfuerzos para tratar de establecer la colegiación de abogados como obligatoria en nuestro país. Diversas circunstancias, sobre todo de índole legislativa (constitucional y local), han impedido que ello se concrete.

En efecto, la actual redacción de los artículos 5º y 9º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los que se establecen las garantías de libertad de trabajo y de asociación, han permeado la consolidación de la obligatoriedad de la colegiación de los abogados en nuestro país.

En el caso concreto de nuestra Entidad Federativa, aunado a lo anterior, la actual redacción de los numerales 3, 29, 30 y 31 de la Ley para el ejercicio de las profesiones en el Estado de Durango, impiden la implementación obligatoria de tal medida; a lo que se suma al nulo interés mostrado por los estudiosos del derecho, pues no existe registro alguno en tal sentido.

Por ello, el presente estudio trata de dar a conocer al lector las principales ventajas que traería consigo el establecimiento en México, específicamente en el Estado de Durango, de la obligatoriedad de dicha colegiación.

I. ANTECEDENTES

1.1 ANTECEDENTES DE LA COLEGIACIÓN

Los orígenes de los colegios de abogados, se remontan a Roma, el emperador Justiniano creó una orden de abogados, en la cual para ingresar a ella se debería de presentar certificado en estudios de derecho y justificar la residencia, así como ciertas condiciones de moralidad.

En la época de Ulpiano, tiempo en el cual los abogados romanos se conjuntaban en corporaciones que se denominaban *ordo o collegium togatorum*, a la manera de los colegios de abogados actuales. Los hombres abogados actualizados para ejercer la profesión, se les inscribía en una tabla por orden correlativo a su admisión y si cometían una falta se les suspendía de su cargo durante un lapso de tiempo determinado o bien se les suspendía de manera definitiva del cargo.¹

En los inicios de la Edad Media, surge la necesidad de diversos grupos para juntarse y consolidarse trayendo como consecuencia una mayor defensa y superación. Es de esta forma como se crean las primeras agrupaciones gremiales.

Siguiendo estos pasos, las universidades se consolidan y expiden títulos que acreditan sus conocimientos; los profesionales se empiezan a reunir en "colegios", con múltiples finalidades entre las que se encuentran las siguientes:²

1.- Protegerse y proteger a sus familias, lo que da origen al nacimiento de incipientes mutualidades.

2.- Influir en las universidades y en el Estado. Con las primeras; en los planes de estudio; con el Estado, en la elaboración de leyes relativas a su materia.

3.- Servir de tribunal para la vigilancia y disciplina de sus agremiados.

¹ *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Vigésima Quinta Edición, Porrúa, México, 1999, p. 13.

² Cfr. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Deontología Jurídica. Ética del Abogado*, 6ª edición, Porrúa, México, 2001, p. 109.

1.2 HISTORIA DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN MÉXICO

En enero de 1759 se reunieron varios distinguidos letrados del foro novohispano para acordar la fundación del que luego fue el Ilustre y Real Colegio de Abogados de México, quienes elaboraron sus primeros estatutos, los cuales recibieron la confirmación del rey Carlos III, mediante una Real Cédula fechada el 21 de junio de 1760.³

Después de casi cincuenta años de vida, el Colegio redactó nuevos estatutos, los cuales fueron publicados en 1808 y recogieron importantes novedades surgidas de una rica experiencia que trató de ajustar, en lo más posible, la normatividad del Colegio de Abogados de Madrid a la realidad novohispana. Dichos estatutos de 1808 eran los que regían en el Colegio al consumarse la Independencia.

Es de hacer notar que el Ilustre y Real Colegio de Abogados, preocupado por la formación intelectual de los jóvenes aspirantes a la abogacía, en 1809 abrió las puertas de la Academia Publica de Jurisprudencia Teórico-Práctica y Derecho Real Pragmático, que fue uno de los pilares de la educación jurídica del foro capitalino hasta bien pasada la primera mitad del siglo pasado. Su origen está en una Real Cédula de 3 de abril de 1794 que autorizó la fundación de la Academia, al mismo tiempo que ordenó que sus constituciones se acomodaran a las de la Academia de San Isidro del Real de Madrid.⁴

Diferentes problemas impidieron que desde luego se ejecutaran dichas órdenes, pero cuando al fin se hizo, la Academia contó con un grupo de directivos notables: el oidor D. Ciriaco González Carvajal, el ex rector del Colegio D. Juan Barbei, D. Francisco Primo de Verdad y Ramos, regidor honorario de México, y otros. Como entonces el Colegio no tenía un inmueble propio donde alojar a la Academia, las sesiones de esta fueron en el Colegio de San Ildefonso. A sus lecciones asistieron infinidad de individuos quienes, con el paso del tiempo, fueron honra de los foros el país. De cierto modo el Colegio hoy continúa esta tradición mediante el patronazgo de la Escuela Libre de Derecho de la Ciudad de México, que fue fundada en 1912.

³ Cfr. Mayagoitia y Hangelstein, Alejandro, *De Real a Nacional: El Ilustre Colegio de Abogados en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 1995, pp. 14-17.

⁴ Ibidem, pp. 20-31.

Con la Independencia de México el Colegio sufrió importantes modificaciones: se suprimió su estatuto de limpieza de sangre, cambió su nombre y especialmente, perdió el antiguo privilegio de que sólo sus miembros pudieran ejercer la abogacía.⁵ El conocido decreto de 1º de diciembre de 1824 estableció la libertad de incorporación o matriculación. Lo anterior llevó a que el Colegio entrara en una fase crítica, de la cual se levantó con nuevos estatutos. Éstos, suscritos el 22 de marzo de 1829 y publicados en 1830, acomodaron la vieja institución a las realidades del momento, eliminaron muchos de sus aspectos corporativos e hicieron hincapié en su carácter de asociación científica y académica, amén de mutualista.

II. MARCO JURÍDICO DE LA COLEGIACIÓN EN MÉXICO Y ESPECIALMENTE EN EL ESTADO DE DURANGO.

2.1 ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 5º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé que a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, trabajo, industria o negocio que se le acomode, siempre y cuando éstos sean lícitos. De igual manera dispone que la ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.⁶

Del análisis jurídico que se hace a dicho precepto constitucional, se advierte que el mismo ampara la libertad de trabajo, pero al mismo tiempo faculta al Estado para determinar cuáles actividades habrán de adquirir título profesional, los requisitos para obtenerlo y las autoridades encargadas de expedirlo.

Sin embargo, es dable apuntar que dicha garantía de libertad de trabajo no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se

⁵ Ibidem, p. 30.

⁶ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 5º.

condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos:

- a) que no se trate de una actividad ilícita;
- b) que no se afecten derechos de terceros; y,
- c) que no se afecten derechos de la sociedad en general.

En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley. El segundo presupuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro. Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor del beneficio que obtendría el gobernado.

2.2 ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 9º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Por su parte, el diverso numeral 9º de nuestra Carta Magna, señala que no se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país.⁷ De una interpretación jurídica de dicho precepto constitucional, se llega a la conclusión de que la libertad de asociación, dentro de nuestro marco normativo, se traduce como el derecho de que gozan los particulares, tanto personas físicas como personas jurídico-colectivas, para crear un nuevo ente jurídico que tendrá personalidad propia y distinta de la de sus asociados.

⁷ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 9º.

Así, la libertad de asociación establecida en dicho numeral es un derecho de los gobernados, la esfera de protección derivada de la garantía constitucional de que se trata puede operar en tres posibles direcciones:

1o. Derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente.

2o. Derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella.

3o. Derecho de no asociarse.

Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, pero tampoco podrá obligarlo a asociarse.

2.3 ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARTÍCULOS 3, 29, 30 Y 31 DE LA LEY PARA EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL ESTADO DE DURANGO

Dentro de la Ley para el ejercicio de las profesiones en nuestra Entidad Federativa, el artículo 3° Fracción XI, define a los colegios de profesionistas como las asociaciones civiles formadas por profesionistas de una misma rama del conocimiento, agrupados voluntariamente y debidamente registradas en la Dirección (Dirección Estatal de Profesiones).

Por su parte, el diverso artículo 29 de la misma Ley, textualmente señala: Los profesionistas de una misma rama que cuenten con cédula profesional, pueden organizarse y constituirse para el ejercicio de sus derechos y defensa de sus intereses de carácter profesional, en asociaciones de profesionistas, en los términos de esta Ley y su reglamento.

Asimismo, el artículo 30 de la Ley en mención, establece que por cada licenciatura, profesional, técnica, técnica superior, especialidad, maestría o doctorado, podrán constituirse en el Estado una o varias asociaciones de profesionistas.

Finalmente, el numeral 31 de la Ley en cita, señala que toda asociación de profesionistas que en el Estado se constituya contraviniendo las disposiciones constitucionales y legales, no podrá utilizar la denominación de "Colegio", ni será reconocida ni registrada

por la Dirección. Asimismo refiere que las asociaciones de profesionistas a nivel licenciatura, técnico, técnico superior, profesional, especialidad, maestría o doctorado, constituidas en los términos del Código Civil, adoptarán el nombre que elijan pero que denote la rama profesional de que se trate, y siempre deberán iniciar con la palabra "Colegio"; en donde cada colegio podrá tener secciones locales regidas en igual forma que la anterior. Finalmente precisa este último numeral que todo profesionista, cumpliendo con los requisitos que exijan las leyes y los reglamentos aplicables, tendrá derecho a formar parte del Colegio de Profesionistas; los mismos decidirán sobre la admisión de sus miembros conforme a lo que establezcan sus estatutos; en caso de rechazo, deberán informarlo por escrito al solicitante mediante acuerdo debidamente fundado y motivado.⁸

Así, del análisis de los artículos 3 Fracción XI, 29, 30 y 31 de la Ley para el ejercicio de las profesiones en el Estado de Durango, se advierte que el legislador local, en cumplimiento a las garantías individuales de libertad de trabajo y asociación, previstas en los numerales 5° y 9° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableció la posibilidad fáctica y jurídica de que los profesionales de una misma rama del conocimiento, como lo son los abogados, puedan libremente asociarse a través de la creación de colegios, los cuales deberán registrarse ante la Dirección Estatal de Profesiones de la Entidad.

III. DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

3.1 CONCEPTO DE ABOGADO

La palabra Abogado deriva del latín *ad-vocare*, que significa llamar, porque según los historiadores, los romanos acostumbraban llamar en los asuntos difíciles a las personas que tenían conocimiento del derecho, para que éstos los auxiliarán.⁹

⁸ Cfr. Ley para el ejercicio de las Profesiones en el Estado de Durango, Artículos: 3 Fracción XI, 29, 30 y 31.

⁹ Couture, Eduardo, J., *Los mandamientos del Abogado*, Porrúa, México, 1994, p. 11

La profesión del abogado es menos antigua que la abogacía. Antes de que fuera tarea principal y permanente, así como especializada, de una persona determinada, existió la necesidad de demandar servicios de defensa para los diversos problemas creados por la oposición de intereses.¹⁰

Un abogado es aquella persona, licenciado en derecho, que ejerce profesionalmente el asesoramiento y consejo en materia legal así como la dirección y defensa de las partes en el juicio y toda clase de procesos judiciales y administrativos.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo define al abogado como quien habla o pide a otros, el que conoce las leyes y sus fundamentos y practica esos conocimientos adquiridos al servicio de los demás.¹¹ Los abogados son los principales cooperadores o agentes que intervienen en la administración de justicia.

Según el Diccionario de la Lengua Española¹², bajo el nombre de abogado se define al profesional específicamente preparado y especializado en cuestiones jurídicas, es la única persona que puede ofrecer un enfoque adecuado del problema que tiene el ciudadano o "justiciable".

Además de su intervención en juicio, una función básica y principal del abogado es la preventiva. Con asesoramiento, una correcta redacción de los contratos y documentos, etc., se evitan conflictos; de forma que el abogado, más que para los pleitos o juicios, sirve para no llegar a ellos.¹³

Diversos colectivos profesionales prestan servicios cercanos a los de los abogados, y se trata de profesionales altamente cualificados, pero especializados en el asesoramiento o la gestión de cuestiones en materias muy concretas. El único profesional habilitado para el trámite completo de una cuestión judicial es el abogado.

A través de los colegios de abogados o de los organismos perti-

¹⁰ Osorio, Ángel. *El alma de la Toga*. Orlando Cárdenas Editores, México, 1998, pp. 284-358.

¹¹ cfr. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op cit., p. 45.

¹² Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición, Espasa, México, 2001, p. 32.

¹³ Cfr. Sotomayor Garza, Jesús, *La Abogacía*, Porrúa, México, 1999, p. 23.

nentes –según los países–, existen servicios de asistencia jurídica gratuita para los ciudadanos que carecen de medios económicos.

La actualización profesional del abogado se basa en los principios de libertad e independencia. El principio de buena fe preside las relaciones entre el cliente y el abogado, que está sujeto al secreto profesional.

3.2 COLEGIO DE ABOGADOS

El Colegio de Abogados es una Asociación Civil que agrupa a los profesionistas del Derecho, para encargarse de la vigilancia de que el ejercicio de esta profesión se realice dentro del plano legal, ético y moral.

El Colegio de Abogados se define como una persona jurídica que se compone con la asociación de los profesionistas del Derecho, con el objeto de conservar la dignidad de sus actividades y la formación de un espíritu de solidaridad en beneficio de sus agremiados.¹⁴

Ángel Osorio los define como una institución social de fuerte tradición de arraigo social y de gran convivencia para cuantos la componen.¹⁵

El Colegio significa dos cosas: por una parte, el estímulo para el compañerismo, facilidad para las obras culturales, posibilidad para las obras culturales, posibilidad para las mutualidades económicas y benéficas; por otro lado, es un mínimo de disciplina fraternalmente exigida, un aumento de la autoridad colectiva, un órgano de relación con el mundo exterior y un medio de vigilancia y discreta presión sobre los tribunales.

Los colegios de profesionales representan el medio más adecuado para preservar y fomentar sus valores, toda vez que han respondido invariablemente a la necesidad de unión, defensa y elevación de sus asociados a nivel ético, técnico y científico. Esta preocupa-

¹⁴ Cfr. Arellano García, Carlos, *Manual del Abogado, Práctica Jurídica*, Porrúa, México, 2000, p. 306.

¹⁵ Vid. Osorio, Ángel, op. cit., p. 284.

ción se ha destacado en los gremios de artistas, arquitectos, etc., unidos colegios de orígenes antiquísimos y noble tradición.

3.2.1 Objeto del Colegio de Abogados

Uno de los objetos principales de la colegiación de los abogados es la regularización de su actuar profesional, reglamentando su conducta y así otorgar a la sociedad certidumbre jurídica.

Entre sus objetivos generales destaca el de tratar de que la conducta del abogado sea honesta y decorosa, dando como consecuencia la dignificación de la profesión del abogado; otros objetivos de carácter particular son el de obtener la solidaridad entre el agremiado y la defensa y bienestar material de ellos, así como un mejoramiento cultural.¹⁶ Esto porque fomenta la educación continúa de sus agremiados y con ello contribuir a la superación profesional, personal y académica, puesto que promueve el estudio del derecho y la legislación en todos sus aspectos desde la asistencia a cursos, formación de bibliotecas, reformas legislativas, entre otras cosas.

Un objetivo primordial del Colegio de Abogados es la fijación en las reglas de ética profesional, ya que hoy en día éstas se han ido perdiendo, trayendo como consecuencia la baja en el decoro y prestigio del abogado, especialmente en México.

El tratadista Cipriano Gómez Lara establece en su magistral obra *Teoría General del Proceso*, que uno de los objetivos más importantes de los colegios el de vigilar el desempeño de las profesiones, exigiéndoles que observen una ética profesional adecuada.¹⁷

Cabe destacar que la palabra ética, proviene del griego *ethikos* que significa: moral. Entendiéndose ésta por ciencia que enseña las reglas para hacer el bien y evitar el mal; aplicado a la abogacía, se refiere a las reglas de conducta de los abogados para hacer el bien y evitar el mal.

Los objetivos principales del Colegio de Abogados se pueden resumir en los siguientes:

¹⁶ Cfr. Brice, Ángel Francisco, *Compendio de Práctica Forense*, Madrid, 1962, pp. 95-97.

¹⁷ Gómez, Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Oxford, México, 2000, p. 96.

- Velar por el buen desempeño, el honor y la dignidad de la profesión legal.
- Servir a los intereses de la justicia.
- Fomentar la cultura del abogado, a través del estudio del Derecho, de la legislación, de la doctrina, etc.
- Vigilar el buen desempeño de las profesiones, exigiéndoles observen una ética profesional adecuada.

3.3 POSICIONES RESPECTO A LA COLEGIACIÓN DE LOS ABOGADOS

Respecto de la colegiación o no colegiación de los profesionales han existido tres posiciones:¹⁸

- La primera que la colegiación sea obligatoria. En cuanto al de notarios, es una obligación que hasta ahora subsiste.
- La segunda posición es que el Estado, por medio de sus leyes, permite la colegiación pero no la obliga, o sea es opcional. Así lo establece la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal.
- Como la tercera y última posición puede mencionarse la de aquellos países en donde existe una laguna legislativa, pues sus leyes u ordenamientos jurídicos no prevén la colegiación.

En México, la colegiación de los abogados es voluntaria, es decir que para ejercer la profesión legal, no es necesario pertenecer a un Colegio de Abogados; sin embargo, varios autores y profesionistas del derecho se pronuncian por exigir la obligatoriedad de la colegiación.

Cipriano Gómez Lara establece que la obligatoriedad traería como consecuencia la vigilancia del correcto desempeño de la profesión, por lo que se les exigiría a sus miembros una ética profesional adecuada, trayendo como consecuencia el buen nombre y prestigio de la profesión, lo que beneficiaría a la sociedad, parte fundamental de esta profesión.

¹⁸ Cfr. Pérez Fernández del Castillo, p. 115.

Miguel Villoro Toranzo habla de la colegiación obligatoria, opina que una vez que sea obligatoria la colegiación, las normas y sanciones del colegio ya no serían morales sino obligatorias.¹⁹

Los miembros de la profesión están obligados moralmente a seguirlas, es decir, en la medida que esas normas contribuyan al desarrollo moral. Para un profesional, su desarrollo moral no consiste únicamente en la perfección humana, sino también en su perfección profesional. La deontología profesional respectiva le informa de sus deberes morales como miembro de la profesión. Por lo tanto, a no ser que tenga alguna seria objeción moral, el profesional está moralmente obligado a acatar las normas deontológicas de su profesión.

De lo anterior se deducen algunos de los deberes de los colegios y de las asociaciones:

- Servir de árbitro y conciliar los intereses en los conflictos que sus agremiados tengan entre sí o con sus clientes.
- Defender a sus agremiados cuando sean objeto de ataque injusto.
- Llamarles la atención cuando no cumplan sus deberes.
- Buscar la superación profesional por medio de cursos, conferencias, mesas redondas, etc.
- Mantenerlos informados y actualizarlos en toda clase de cambios relacionados en la profesión.

En este orden de ideas, si se estableciera una colegiación obligatoria, habría que determinar si esta colegiación sería a nivel nacional o estatal; si se hace a nivel federal, sólo existiría un colegio único; por el contrario, si se organiza a nivel estatal, entonces se estaría hablando de varios colegios, uno por cada entidad federativa.²⁰

Desde este punto de vista, considero que debería de ser un solo Colegio para todo el país, pero con secciones en cada Entidad Federativa, lo cual traería como consecuencia la homogeneidad de

¹⁹ Cfr. Villoro Toranzo, Miguel, en *Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto I. Mantilla Molina*, Porrúa, México, 1997, p. 954.

²⁰ Cfr. Arellano García, Carlos, op cit, p. 307.

actuación colegiada en toda la República, que sería una ventaja considerable para esta práctica profesional.

3.4 VENTAJAS SOBRE LA COLEGIACIÓN DE ABOGADOS

La colegiación de la abogacía en nuestra Entidad Federativa, traería las siguientes ventajas:

1.- Se controlaría la calidad de servicio de los propios profesionales.

2.- A través del Colegio se tendría un medio indirecto del Estado para verificar el ejercicio profesional y la calidad de los servicios, o sea que el Estado transfiere al colegio su poder de habilitar y de control (en algunos países se le pone el adjetivo de policía) del ejercicio profesional.

3.- El colegio controlaría la mala praxis y la ética de los profesionales, estableciendo normas de desempeño profesional y mecanismos de contralor, amonestación y suspensión, avalados por tribunales profesionales.

4.- El Colegio podría controlar qué servicios son ofrecidos a los clientes, otorgando seguridad jurídica a los mismos.

5.- El Colegio funcionaría en defensa de la sociedad contra el posible corporativismo de los profesionales, sobre la base de un buen y bien determinado código de ética profesional y social, y en defensa del consumidor de servicios que podría ofrecer el letrado.

6.- Con la colegiación sería más fácil realizar las reformas a los ordenamientos legales para evitar la violación a la ley.

7.- Podría ser centro de fomento y de servicios para los profesionales, como ser incluso promotor de capacitación continua, certificación de calidad profesional, promoción del desarrollo curricular y profesional y de planificación de la carrera profesional respecto a expectativas tecnológicas y demanda de especialidades esperadas en el futuro, etc.

8.- Podría ser el Colegio quien controle los aspectos curriculares de las nuevas profesiones para que sean aceptadas dentro de la matrícula de los profesionales a ejercer, e incluso variantes en las regu-

laciones a estas nuevas profesiones relacionadas con el área y promovería la evolución de los programas académicos de acuerdo a las más modernas prácticas y tendencia efectivas.

9.- También podrían definir niveles de profesionales que van desde post-doctorados, doctorados, maestrías, hasta ayudantías para los títulos intermedios de las carreras involucradas en razón a la variada gama de especializaciones que ofrecen las universidades del país.

10.- El Colegio puede representar a sus agremiados ante las autoridades o ante acciones que lesionen los intereses del colectivo de los profesionales.

11.- Aumento del margen de competitividad a nivel nacional e internacional.

IV. A MANERA DE PROPUESTA: LA NECESIDAD DE ESTABLECER LA OBLIGACIÓN DE LA COLEGIACIÓN EN MÉXICO Y ESPECIALMENTE EN EL ESTADO DE DURANGO

El sistema constitucional de distribución de competencias, inmerso en el artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece claramente a quién corresponde la facultad de reglamentar el ejercicio de las profesiones: es competencia exclusiva de las entidades federativas y por lo tanto cada una de ellas determina cuáles son las profesiones que requieren título y las condiciones que deban cumplirse para obtenerlo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha integrado la jurisprudencia en el sentido de que la reglamentación sólo puede hacerse por los congresos locales. Es pues en el ámbito del derecho administrativo local, donde se encuentra regulado el ejercicio de la abogacía.

Así pues, las leyes en materia de profesiones existentes en las 32 diversas entidades federativas son las que establecen sólo la posibilidad, pero no la obligación de que los profesionistas se asocien, mediante el establecimiento de colegios. El carácter optativo es manifiesto. De manera paralela existen disposiciones, como en el caso del Notariado, cuya colegiación es obligatoria.

Con base en las garantías constitucionales de libertad de trabajo y de asociación consagradas en los artículos 5º y 9º, en múltiples foros se ha discutido si la colegiación de profesionistas puede ser obligatoria. Para ello, debe hacerse una distinción entre las legislaciones que establecen la colegiación obligatoria como inherente a la profesión y las que la imponen.

Cuando la colegiación se vuelve obligatoria, estamos pues en una condición jurídica para poder ejercer la profesión legal.²¹ Un ejemplo claro de lo anterior lo encontramos en abogados con cargo de notario, porque si éste triunfa en el examen de oposición y acepta el cargo de notario, consecuentemente se colegia, razón por la cual no existe anticonstitucionalidad, pues ha habido libertad de trabajo y de asociación.

En el segundo caso, se refiere a las legislaciones que establecen la opción de que los profesionales se afilien o no a un colegio; como es el caso de México, en el cual las asociaciones de profesionistas son voluntarias. Existe otra postura referente a aquellos países donde la legislación simplemente no prevé la colegiación.

En nuestro país, la Colegiación de profesionistas es optativa. Como ha quedado expuesto, circunstancia análoga acontece en nuestra Entidad Federativa, toda vez que de la actual redacción de los diversos numerales 3 Fracción XI, 29, 30 y 31 de la Ley para el ejercicio de las profesiones en el Estado de Durango, se advierte claramente que el legislador local, en cumplimiento a las garantías individuales de libertad de trabajo y asociación, previstas en los numerales 5º y 9º de Nuestra Carta Magna, estableció la posibilidad fáctica y jurídica de que los profesionales de una misma rama del conocimiento, como lo son los abogados, puedan libremente "asociarse" a través de la creación de "colegios", estableciendo como único requisito el que éstos se registren ante la Dirección Estatal de Profesiones de la Entidad.

Sin embargo, dadas las múltiples ventajas que trae consigo la colegiación de profesionistas –y especialmente los abogados–, sería deseable que el Órgano Legislativo Federal y local, en un futuro no

lejano, lleven a cabo una reforma integral al contenido de los numerales 5° y 9° de nuestra Carta Magna en correlación con los numerales 3 Fracción XI, 29, 30 y 31 de la Ley para el ejercicio de las profesiones en el Estado de Durango, con la única finalidad de que la colegiación de profesionistas se prevea como un sistema que permita a sus miembros tener una mayor calidad en el desempeño de su profesión, con el consecuente respeto y reconocimiento de la sociedad, pues finalmente ésta recibiría –en forma directa–, enormes beneficios en el desarrollo de la prestación de los servicios profesionales por parte de los agremiados a un Colegio.

Más aún, cabe señalar que con la inmersión de nuestro país en el fenómeno económico-político-social de la globalización, la apertura de fronteras comerciales trae consigo necesariamente la vinculación de nuestra codificación con la de aquellos países con quienes se llevan a cabo transacciones comerciales; por ello, es urgente el establecimiento de la obligatoriedad de la colegiación de los abogados.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En México, el primer Colegio de Abogados se fundó en 1760 con el nombre de Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México; que originalmente se constituyó como una agrupación con finalidades primordiales de carácter religioso y posteriormente y hasta la fecha a lo largo de 242 años de existencia han sido reformados sus estatutos hasta el año de 1995 en el que se reformaron para ajustar el objeto social a la nueva Ley de Profesiones.

SEGUNDA.- Los Colegios de Abogados son órganos de vigilancia, de sanción, de evaluación, de defensa del Gremio; vigorizan la función social de la abogacía, cuyo objeto es de servir de órganos de consulta a los Congresos locales y federales cuando se requiera el respaldo o la validación de algo que está siendo cuestionado por la sociedad.

TERCERA.- En México, no existe la colegiación obligatoria, ya que su forma de Asociación Civil la constituyen miembros de la misma profesión que deseen hacerlo. Los modernos Colegios de Abo-

gados deben tener como objetivos: La defensa de los abogados, la dignificación de la profesión, elevar el nivel profesional y técnico de sus agremiados, así como participar en el desarrollo de políticas públicas que se traduzcan en derecho, ya sea poniéndose u oponiéndose.

CUARTA.- Es muy extraño que en México no se cuente con una colegiación obligatoria. La razón principal puede ser el temor de las autoridades del poder público de que con el establecimiento de dicha obligatoriedad de la colegiación legal, pueda nacer una gran fuerza de la clase media pensante que pueda influir en las grandes decisiones políticas, económicas y sociales de nuestro país.

QUINTA.- En nuestro país y especialmente en nuestra Entidad Federativa, debería dejarse de lado la concepción tradicional de que la colegiación obligatoria viola el contenido del artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sería mejor advertir los beneficios que traería consigo la instauración de esa obligatoriedad, para proteger a la profesión del abogado y dar certidumbre jurídica a la sociedad.

SEXTA.- La tendencia que ahora se plantea en México es que, para poder litigar en los tribunales, se requiere estar matriculados en un Colegio de Abogados. La obligatoriedad está vinculada claramente con el acatamiento de las normas deontológicas, sin embargo, para poder llegar a esto, es necesaria la adecuación de los distintos ordenamientos jurídicos y la creación de otros.

SÉPTIMA.- Si se toma en cuenta la inmersión de México en el fenómeno de la globalización, la apertura de fronteras comerciales trae consigo necesariamente la vinculación de nuestra codificación con la de aquellos países con quienes se llevan a cabo transacciones comerciales; por ello, es urgente el establecimiento de la obligatoriedad de la colegiación de los abogados.

BIBLIOGRAFÍA

- Arellano García, Carlos, *Manual del Abogado. Practica Jurídica*, Porrúa, México, 2000, p. 306.

- Brice, Ángel Francisco, *Compendio de Práctica Forense*, Madrid, 1962, pp. 95-97.
- Couture Eduardo, J., *Los mandamientos del Abogado*, Porrúa, México, 1994, p. 11.
- David, René, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Aguilar, 1973, pp. 19- 21.
- Flores de la Rosa, Roberto A., *La Colegiación Obligatoria en México*, 2ª edición, México, Universidad Autónoma de Nuevo León. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología, 2000, pp. 23-99.
- Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, Oxford, México, 2000, p. 96.
- Mayagoitia y Hangelstein, Alejandro, *De Real a Nacional: El Ilustre Colegio de Abogados en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1995, pp. 14-31.
- Morineau, Martha, *Una Introducción al Common Law*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UMAN, México, 2001, pp. 34-36
- Osorio Ángel. *El alma de la Toga*. Orlando Cárdenas Editores, México, 1998, pp. 284-358.
- Pérez Fernández del Castillo, Fernando, *Deontología Jurídica. Ética del Abogado*. Sexta Edición, Porrúa, México, 2001, pp. 45-115
- Pérez Varela, Víctor Manuel, *Deontología Jurídica*, Oxford, México, 2004, p. 78.
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Porrúa, México, 2002, pp. 57-91.
- Sotomayor Garza, Jesús, *La Abogacía*, Porrúa, México, 1999, p. 23.
- Valles S., Clemente, "Sobre los Abogados", *Revista Jurídica-Anuario*, Número 24, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1995, pp. 34-35.
- Villoro Toranzo, Miguel, *en Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, México, 1997, p. 954.

DIDÁCTICAS

- *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, vigésima quinta edición, Porrúa, México, 1999, p. 13.
- *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición, Espasa, México, 2001, p. 32.

LEGISLATIVAS

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley para el ejercicio de las profesiones del Estado de Durango.

ELECTRÓNICAS

- <http://www.scjn.gob.mx/reforma/archivos/4503.pdf>
- <http://spanish.china.org.cn/xi-sifa/6.htm>
- [www. wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)

Las reformas al sistema de justicia penal y la lógica jurídica, ¿un nuevo causalismo?

*Marco Antonio Ramos Morales**

Si bien a la fecha de elaboración del presente artículo, las reformas constitucionales en materia de justicia penal aún se encuentran pendientes de discusión y, en su caso aprobación, por la mayoría de las legislaturas de los Estados, con la aceptación dada ya por las mayorías calificadas del Senado y Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, todo parece indicar que esto sucederá sin mayor obstáculo en corto tiempo.

Dentro de esas reformas propuestas, llaman la atención las realizadas a los artículos 16 y 19 constitucionales, las cuales dan un nuevo giro a los requisitos necesarios para que la autoridad jurisdiccional pueda emitir una orden de aprehensión o un auto que decreta la prisión preventiva (denominado actualmente auto de formal prisión).

En efecto, si bien para la emisión de los actos jurídicos del proceso penal antes citados, históricamente los artículos 16 y 19 constitucionales siempre han requerido la acreditación de un hecho al cual la ley señala como delito, la legislación ordinaria ha exigido elementos adicionales, situación que ahora se suprime y nos remite únicamente a la estructura lógica de la norma.

* Delegado del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Para una mayor comprensión del tema que tratamos, a continuación haremos un análisis a las distintas reformas que han sufrido estos preceptos constitucionales.

1. LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA 1993

La redacción del artículo 16 constitucional previo a las reformas de septiembre de 1993, disponía que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, *sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado...*", y el 19 que: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, *los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado...*"

De la simple lectura a los preceptos descritos, se desprende el elemento normativo denominado "cuerpo del delito", término el cual define actualmente la ley secundaria de similar vigencia temporal. En específico, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales con vigencia anterior a enero de 1994 (año en que iniciaron su vigencia las reformas hechas acorde a las normas constitucionales de 1993), ahondaba en lo anterior al señalar que:

El Ministerio Público, con la intervención legal de sus auxiliares, la Policía Judicial y el tribunal, en su caso, deberán procurar ante todo que se compruebe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción penal y del proceso penal federal.

El *cuerpo del delito* se tendrá por comprobado cuando se acredite

te la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuosos, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código.

La *presunta responsabilidad* del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado.

Observamos en estas disposiciones dos aspectos importantes:

a) Si bien no definen en sí el concepto de cuerpo de delito, sí nos especifican cuándo se comprueba el mismo, y los artículos 169 al 180 del ordenamiento citado nos dicen cómo comprobarlo, por lo que éste término lo relacionamos con el aspecto procesal. Arturo Zamora señala que: "...cuando hacemos referencia al tipo penal, lo relacionamos inmediatamente con uno de los elementos principales de la definición secuencial del delito, y cuando tratamos de definir el cuerpo del delito, nos referimos a elementos materiales de comprobación; por ende de carácter meramente procesal."¹

b) Para tener por comprobada la presunta responsabilidad, había que deducir la participación del inculpado en la conducta o hechos constitutivos del delito, acogiendo la vieja escuela del causalismo penal, al referirse a la conducta como causa del delito.

En cuanto a lo dispuesto por el artículo 134 del propio ordenamiento adjetivo federal, éste señalaba como obligatorio que se hubiere comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, a efecto de que el fiscal, en su papel de órgano investigador y acusador, pudiera ejercer acción penal.

2. LEGISLACIÓN VIGENTE DE 1993 HASTA 1999

En septiembre de 1993 entran en vigor las reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales. En el primero de ellos, se disponía que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la auto-

¹ Zamora Jiménez, Arturo, *Cuerpo del delito y Tipo penal*, Ed. Ángel, 2000, p.25.

ridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, *acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado...*" y en el 19 que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término 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 y siempre que de lo actuado aparezcan *datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste...*"

Acorde a la entonces moderna teoría finalista, el constituyente permanente disponía que tanto para la emisión de la orden de aprehensión como para el auto de formal prisión, se hacía necesaria la existencia de datos que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

En cuanto a la legislación ordinaria, el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, de la misma validez temporal, establecía como obligatorio, el haber acreditado los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en términos del artículo 168 del mismo ordenamiento, a efecto de que el ministerio público pudiese ejercer la acción penal ante los tribunales.

Por su parte, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales disponía como obligación del fiscal el acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción penal, señalando como dichos elementos los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

De igual manera, debía acreditar, si el tipo lo requería: a) las

calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos; y h) las demás circunstancias que la ley prevea. En cuanto a la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad debería constatar si no existiera acreditada en favor del indiciado alguna causa de licitud y el que obraran datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Ante tales disposiciones, la obligación del Ministerio Público de acreditar el tipo penal desde el momento mismo de la consignación, así como la probable responsabilidad del indiciado, en un término muy reducido, propiciaba que, en no pocas ocasiones, su tarea no fuese de la calidad ni cubriendo los requisitos legales de manera deseable, provocando que sus consignaciones no tuvieran la debida fuerza jurídica. Además, ello creaba confusiones en los criterios a aplicar: por una parte, quienes opinaban que únicamente se debía acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, o bien el tipo penal en su conjunto, aunque para ello se trasladaran los elementos subjetivos a la responsabilidad, lo cual sucede en la práctica cotidiana hasta en nuestros días.

Al considerar esta problemática, en 1999 ocurre una nueva reforma a la Constitución y consecuentemente a la ley secundaria en esta materia.

3. LEGISLACIÓN VIGENTE DE 1999 HASTA QUE SEAN APROBADAS E INICIEN SU VIGENCIA LAS REFORMAS AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN PROCESO

En cuanto al artículo 16 constitucional, éste dispone que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento. 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..., y respecto al artículo 19, éste dispone que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser *bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado...*"

Respecto a las modificaciones efectuadas a la legislación secundaria en mayo de 1999, y consecuentes con dichas reformas constitucionales, destacan las siguientes:

Artículo 134.- En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el *cuerpo del delito y la probable responsabilidad* del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y *expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera*, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la Fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de *los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso* según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpadado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo...

Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará el *cuerpo del delito* de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por *cuerpo del delito* se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La *probable responsabilidad* del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, *la comisión dolosa o culposa del mismo* y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El *cuerpo del delito* de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Como podemos observar, se suprime el término "tipo del delito" por el de "cuerpo del delito", como requisito a acreditar a efecto de obsequiarse la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, retornando estas disposiciones a términos similares a los que se encontraban vigentes antes de la reforma constitucional de septiembre de 1993.

Sin embargo, aun cuando el espíritu del constituyente permanente haya sido en el sentido de que para emitir la orden de aprehensión y el auto de formal prisión o sujeción a proceso únicamente debiera acreditarse el cuerpo del delito, encontramos en los preceptos antes citados algunas inconsistencias.

Ciertamente, si bien el artículo 134 antes señalado dispone: a) una vez acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado en los términos del artículo 168 del mismo código, el ministerio público se encuentra en condiciones de ejercitar la acción penal; y b) para el libramiento de la orden de aprehensión el juez debe ajustarse a lo previsto por el párrafo segundo del artículo 16 constitucional, respecto a 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...*", también es cierto que el multicitado artículo 168 tras-

lada elementos del tipo de índole subjetiva, esto es, elementos que no caben en el cuerpo del delito, a la probable responsabilidad del indiciado, al disponer que: "*La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad*", por lo que de esta manera, si la norma constitucional omite los elementos subjetivos genéricos del tipo penal en disposiciones antes referidas, por otra parte, y sin duda alguna influido por la teoría finalista del derecho penal, el legislador ordinario los añade aun cuando para ello los traslade a la probable responsabilidad.

En cuanto a los elementos subjetivos específicos, tal como lo dispone la doctrina, cabe hacer mención de que éstos también se ubican en el tipo penal; y el artículo 17 del Código Penal Federal dispone que: "*las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento...*", y la fracción II del artículo 15 de este mismo ordenamiento determina que es causa excluyente del delito el que: "*se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate*". Lo que, de igual manera, de una u otra forma la legislación ordinaria vincula la totalidad de los elementos del tipo penal a la orden de aprehensión y al auto de formal prisión en su caso, sin limitarse a aquellos que se refieren al cuerpo del delito, tal como lo contempla la norma fundamental.

4. DEL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Ahora con la justificante de que, derivado de la reforma al sistema de justicia penal se pasa a un sistema acusatorio en donde la investigación de la posible participación del indiciado en un hecho probablemente delictivo se realice ante un juez, se han reformado los artículos 16 y 19

constitucionales en cuanto a los requisitos a demostrar para que se emita la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva –antes auto de formal prisión–, argumentando el constituyente permanente lo siguiente: "Se estima adecuado racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el Ministerio Público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión, de manera que baste que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señala como delito y exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, para el libramiento de la orden mencionada. Elementos que resultan suficientes para justificar racionalmente que el inculcado sea presentado ante el juez de la causa, a fin de conocer formalmente la imputación de un hecho previsto como delito con pena privativa de libertad por la ley penal, y pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa en un proceso penal respetuoso de todos los principios del sistema acusatorio, como el que se plantea. El nivel probatorio planteado es aceptado, porque en el nuevo diseño procesal rige el control judicial, el valor de lo actuado en la averiguación previa es muy limitado y la prisión preventiva se construye como una medida de carácter excepcional. Bajo este nuevo esquema, no es necesario mantener un nivel probatorio tan alto como el vigente para solicitar la orden de aprehensión, 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."²

En cuanto a las reformas en proceso, el nuevo texto constitucional, una vez aprobado, y en lo conducente al tema objeto de nuestro estudio, dispondrá lo siguiente:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento

² Exposición de motivos del proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2008, p. 8.

escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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 con pena privativa de libertad y *obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...*

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de *vinculación a proceso* en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan *que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...*

El plazo para dictar el *auto de vinculación a proceso* podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del *auto de vinculación a proceso* y del que *decrete la prisión preventiva*, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por *el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso*. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente...

De igual manera, llama la atención el proyecto que dota de

nueva estructura al artículo 20 constitucional, en el que se hacen las siguientes especificaciones:

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:

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*; [...]

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;

De la simple lectura a dichos preceptos, cabe hacer las siguientes reflexiones:

a) El artículo 16 constitucional, como requisito para que se libre orden de aprehensión, exige que: "preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que *se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad* de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión", y el artículo 19, siendo congruente con el 16, dispone que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un *auto de vinculación* a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que *se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...*"

Estas nuevas disposiciones implican que, para poder librarse una orden de aprehensión, o emitirse un auto de vinculación a proceso, deba probarse únicamente la existencia de un hecho que encuadre en un supuesto señalado como delito, con una punibilidad o consecuencia. Esto es, hablamos de una causa y de una consecuencia. Pero al hablar de una causa, nos referimos a ésta como parte de la estructura

lógica de la norma, no a aquella a la que la vieja escuela del causalismo refiere como: "la conducta que haciendo un ejercicio mental, al suprimirla no se produciría el resultado"; esto es, a la causa de la consecuencia punitiva, no a la del resultado material de hecho. Por ello, hablamos de un nuevo causalismo, recordando al principio de causalidad que dispone que: "si es A, debe ser B", el cual explicaremos más adelante.

b) De las disposiciones contenidas en el artículo 20 constitucional del proyecto de reforma citado, resultan interesantes dos aspectos. El primero, contenido en el segundo párrafo del apartado A, al establecer que la valoración de las pruebas deberá realizarse de manera libre y lógica; y el segundo, contenido en la fracción quinta del mismo apartado, que otorga la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad a la parte acusadora. Y que dicha culpabilidad deberá ser conforme el tipo penal respectivo.

Una vez comentados los preceptos constitucionales y de la legislación ordinaria citados, y para una mejor comprensión, haremos un extracto de las escuelas del derecho penal que han influido en nuestra legislación.

5. DE LAS DISTINTAS ESCUELAS DEL DERECHO PENAL CAUSALISMO

Concepto de causa para esta teoría.

Para los causalistas, la causa es referida como aquella conducta humana que produce el resultado. Dicho acto comprende una acción o una omisión por una parte, y por la otra un resultado provocado. Señala Jiménez de Asúa, que *"para que éste pueda ser inculpatado precisa existir un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido"*³.

Y es en este nexo causal en donde debaten las teorías causalistas, proponiendo cuál debe prevalecer para acreditar la conducta a un resultado concreto, mismo que embona con un supuesto normativo y al cual el legislador le impone una sanción.

³ Jiménez de Asúa, Luis, Lecciones de derecho penal, Ed. Harla, 1997, p. 144

En los inicios de esta escuela, se afirmaba que: "existe dicha relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto"⁴.

De entre todas las teorías de causalidad, la más aceptada ha sido la teoría alemana de la equivalencia de las condiciones. "Según esta teoría, se estima causa toda condición del resultado concreto, y todas las condiciones deben considerarse equivalentes, no sólo en el sentido causal, sino también jurídico. En suma: toda condición debe ser tenida como causa del resultado. Por ello se formula también diciendo doctrina de la *conditio sine qua non*".⁵

Para los causalistas, el tipo consiste estrictamente en los elementos objetivos o materiales del delito, y respecto a los elementos subjetivos, los trasladan a la culpabilidad, esto es, a la reprochabilidad de la conducta. Por ello la importancia de centrar su estudio en ese nexo causal entre la conducta y el resultado, ya que el dolo, la culpa y los elementos subjetivos específicos serán materia de análisis al estudiar la culpabilidad.

Como podemos observar, en conclusión, esta teoría debate precisamente entre ese nexo causal existente entre la conducta y el resultado; y las reformas objeto de nuestro estudio, se refieren a la existencia del hecho previsto por la norma y a la norma en sí, la cual a su vez debe contener elementos de punibilidad. O sea que el hecho previsto por el precepto constitucional reformado se refiere al que es causa de la consecuencia punible, y no al que es causa del resultado material producido.

Como hemos visto anteriormente, antes de las reformas constitucionales de 1993, los artículos 16 y 19, y ahora las actuales, exigen la acreditación del cuerpo del delito como requisito para la emisión de la orden de aprehensión y el dictado del auto de formal prisión, lo cual adopta esta escuela en análisis, salvo lo antes comentado en el apartado correspondiente.

FINALISMO

⁴ Ob. cit., p. 144.

⁵ Ob. cit., p. 146.

Si bien los causalistas trasladan el dolo y la culpa al campo de la culpabilidad, los finalistas los ubican a nivel del tipo. "La teoría de la acción final elaborada por Welzel a partir de la década de los treinta, supuso una revisión total del sistema y la estructura del delito e influyó decisivamente en el cambio citado".⁶

Al incluir los elementos subjetivos en el tipo, consideran que éste contempla o prevé acciones socialmente graves con un sentido finalístico, al determinar que la acción u omisión no es un proceso causal ciego, sino un proceso causal regido por la voluntad.

*La estructura del tipo visto desde la escuela finalista*⁷

1. Deber jurídico penal (Deber como regla de ser)
2. Bien jurídico
3. Sujeto activo:
 - A) Capacidad psíquica
 - a) Voluntabilidad
 - b) Imputabilidad
 - B) Calidad de garante
 - C) Calidad específica
 - D) Número específico
4. Sujeto pasivo:
 - A) Calidad específica
 - B) Número específico
5. Objeto material
6. Kernel: El kernel es la parte medular del tipo
 - A) Acción
 - a) Voluntad
 - aa) Dolo
 - ab) Culpa
 - b) Inactividad
 - B) Omisión
 - a) Voluntad

⁶ Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*. Traducción de Bustos Ramírez, Juan y Yáñez Pérez, Sergio, segunda edición, Santiago de Chile, 1976, pp. 50 y 55.

⁷ Islas de González Mariscal, Olga, Ob. Cit. p.56.

- aa) Dolo
- ab) Culpa
- b) Inactividad
- C) Resultado material
- D) Nexo causal o normativo
- E) Modalidades
- a) Medios
- b) Referencia temporal
- c) Referencia espacial
- d) Referencia ocasional

7. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico

En donde:

- A) Lesión del bien jurídico: Consumación
- B) Puesta en peligro del bien jurídico: Tentativa

a) Deber jurídico penal es la prohibición categórica e incondicionada de la actividad o inactividad dolosa o culposa que lesiona o pone en peligro al bien tutelado y que es innecesaria porque no va a salvar bien jurídico alguno o porque existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

b) Bien jurídico es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal.

c) Sujeto activo es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal.

ca) Voluntabilidad es capacidad de conocer y querer la concertación de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal (capacidad de dolo); o bien, capacidad de conocer y querer la actividad o inactividad que, por descuido, produce la lesión del bien jurídico (capacidad de culpa).

cb) Imputabilidad es la capacidad de conocer la específica prohibición penal.

Ambas, voluntabilidad e imputabilidad, integran la plena capacidad psíquica del sujeto.

cc) Calidad del garante es la relación especial, estrecha y direc-

ta, en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, creada para la salvaguarda del bien.

cd) Calidad específica del sujeto activo es el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber.

ce) Número específico del sujeto activo es el número de personas físicas (singular o plural), exigido en el tipo, necesario y suficiente para hacer factible la lesión del bien jurídico.

d) Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo.

da) Calidad específica del sujeto pasivo es el conjunto de características exigidas en el tipo, delimitadoras del titular del bien jurídico.

db) Número específico del sujeto pasivo es el número, singular o plural, de pasivos exigidos en el tipo.

e) Objeto material (objeto de la acción) es el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo.

f) Kernel es el subconjunto de elementos del tipo necesarios e idóneos para producir la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico.

fa) Dolo es conocer y querer (dolo directo), o conocer y aceptar (dolo eventual), la concertación de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal. El dolo de "consecuencias necesarias" surge cuando el sujeto quiere su actividad y conoce que con ella va a producir necesariamente las consecuencias típicas.

fb) Culpa es no proveer el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión típica previsible y previsible, se haya o no previsto (culpa con previsión y culpa sin previsión).

fc) Actividad es el movimiento corporal descrito en el tipo, idóneo para producir la lesión del bien jurídico y que, en la consumación, la produce porque no es interferido por ningún factor opuesto a la lesión, y en la tentativa no la produce porque sí es interferido por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo.

fd) Inactividad es la no realización del movimiento corporal ordenado en el tipo, idóneo para no evitar la lesión del bien y que, en la consumación, no la evita porque no es interferida por ningu-

na causa opuesta a la lesión y, en la tentativa, no la produce porque es interferida por alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo.

Con los elementos señalados anteriormente, se integran las acciones y las omisiones.

fe) Resultado material es el efecto natural de la actividad, previsto en el tipo.

ff) Nexo causal es el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la actividad, el último de los cuales es el resultado material.

Nexo normativo es la relación jurídica que atribuye el resultado material a la inactividad del sujeto activo señalado en el tipo como garante de la evitación de ese resultado.

fg) Medios son el instrumento, o la actividad distinta de la acción, empleados para realizar ésta o producir el resultado.

fh) Referencia temporal es la condición de tiempo o lapso dentro del cual ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

fi) Referencia espacial es la condición de lugar en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

fj) Referencia de ocasión es una situación especial generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

g) Lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico (tipo de consumación).

h) Puesta en peligro el bien jurídico es la medida de probabilidad asociada a la destrucción, disminución o compresión del bien jurídico (tipo de tentativa).

Apegado a la teoría finalista, de 1993 a 1999 los artículos 16 y 19 constitucionales requerían que, para la emisión de la orden de aprehensión y el dictado del auto de formal prisión, existieran datos que acreditaran los elementos del tipo penal, con lo que se acogía, desde el punto de vista garantista, lo dispuesto por esta corriente doctrinaria.

FUNCIONALISMO

Por su parte, los funcionalistas hacen una síntesis entre los concep-

tos causal y final de la acción, definiendo éste como un comportamiento socialmente relevante.⁸

"A partir del funcionalismo, se intenta superar la división entre finalistas y causalistas, al introducir un criterio rector para la resolución de problemas que plantea la dogmática jurídico penal, surge así un derecho penal orientado criminalmente a sus consecuencias".⁹

Los funcionalistas basan su teoría en dos conceptos: la imputación objetiva de resultados y la imputación objetiva de la acción, señalando que los resultados, conforme a pautas político-criminales, tendrían que ser imputados al autor, como su obra. Reintroducen el concepto de imputación en la tipicidad.¹⁰

La teoría de la imputación objetiva, desde el punto de vista de Roxin, tiene tres niveles:

1. Que el autor haya provocado el resultado de modo causal por su acción (causal desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de las condiciones, ya comentada anteriormente en este artículo).
2. Que haya creado con su conducta un peligro desaprobado (desarrolla para tal efecto la teoría del riesgo, explicando que en este caso debe tratarse de un riesgo no permitido).
3. Debe haber realizado el resultado, ese mismo peligro desaprobado o riesgo no permitido.

Las reformas a los preceptos constitucionales en estudio, parecieran adoptar esta teoría de la imputación finalista; sin embargo, como podemos deducir analíticamente, la misma se refiere a la conducta creadora de riesgos no permitidos, y las reformas se limitan a referirnos a la comisión de un hecho que encaje en el supuesto previsto por la norma revestida de punibilidad, y que respecto a dicho hecho exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Y esta última disposición se refiere a la *probabilidad de su comisión*, no a la probable responsabilidad. Y al exigir la probabilidad de su comisión, se refiere a datos objetivos, a diferen-

⁸ Gómez Benítez, J. Manuel, *Teoría Jurídica del Delito. Parte general*, Ed. Cívitas, 1984, p. 89

⁹ Zamora Jiménez, Ob. cit. P. 63

¹⁰ Roxin, Claus. *Política Criminal*, p.46.

cia de redacciones anteriores que exigían la *probable responsabilidad*, término último que contiene elementos subjetivos.

Adicionalmente, y siguiendo esta estructura de los componentes lógicos de la norma, en el contenido de la propuesta de reforma al artículo 19, se tiene como punto de partida no el cuerpo del delito, ni el tipo penal, sino el hecho delictivo, al disponer que: "Todo proceso se seguirá forzosamente por *el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso*. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente"...

Así las cosas, de las teorías comentadas y sin olvidar que nuestra Constitución tiene como uno de sus paradigmas el garantista, las garantías contenidas en los artículos 16 y 19 constitucionales en proceso de reforma, no encajan cabalmente en ninguna teoría de las antes comentadas, sino que parecen orientarse a un nuevo causalismo, el cual tiene sus orígenes en el principio de causalidad.

El principio de causalidad enunciaba "Si es A, es B" (este "es" es un deber ser de carácter natural), el principio de imputación se formula: "Si es A, debe ser B" (deber en sentido moral).

A diferencia de lo que sucede en la relación de causalidad que se refiere a dos hechos realmente acaecidos, la relación de imputación se sitúa entre "dos acontecimientos": lo ilícito y la sanción jurídica, denominados por Kelsen: "condición" y "consecuencia". Esto es, en la norma jurídica, a una condición se le imputa una consecuencia.

LA LEY DE LA CAUSALIDAD JURÍDICA

Es cuando se produce naturalmente una relación entre la hipótesis y la disposición. Pero esta ley no funciona en forma idéntica a las leyes de causalidad que estudian las ciencias naturales, porque mientras en éstas el efecto es ineludible, en el Derecho es de carácter contingente.¹¹

¹¹ Contingencia: "toda variable externa, característica ambiental, factor circundante o fuerza influyente que afecta el diseño efectivo de la organización y a su comportamiento de forma, en principio no controlable directamente".

Entre la hipótesis normativa (Dado A) y la disposición (...B), ligadas por un "debe ser", existe una relación sui géneris de causalidad, que no es del mismo tipo que la causalidad natural, y que ha sido denominada: "causalidad jurídica".

Schreier ha tenido el mérito de llegar a una formulación concreta del principio de causalidad jurídica, con el siguiente esquema: "No hay consecuencia de derecho sin supuesto jurídico".

Los corolarios del principio de causalidad jurídica han sido largamente discutidos. Si el hecho que se halla contenido en el supuesto considerado en sí, no es la causa de la disposición, el mismo hecho puede originar diversas consecuencias, o diversos hechos pueden dar lugar a la misma consecuencia. Ejemplo: un delito puede ser sancionado con diversas penas; diversos delitos con la misma pena.

También cabe observar que no es siempre exacto que la transformación de la consecuencia dependa de la del supuesto solo.

ESTRUCTURA LÓGICA DE LAS NORMAS

a) Supuesto: se define como la abstracción de la realidad regulada, y lo integran los elementos que conforman la conducta o estado de cosas que se regula.

b) Cópula: es el nexo verbal mediante el cual se realiza la imputación de la sanción cuando se materializan los hechos previstos en el supuesto.

c) Sanción: Es la consecuencia jurídica prevista, es decir, derechos u obligaciones.

LOS SUPUESTOS JURÍDICOS

a) Son todos los datos jurídicos que forman una situación jurídica pre-determinada por el legislador y cuya realización es necesaria para que siga la aplicación de la valoración de la norma. Pero la norma no se contenta con dar la valoración sino que precisa la situación que, si se realiza, dará ocasión a la aplicación de la valoración de la norma.

b) Los datos jurídicos que forman la situación hipotética prevista por la norma no son hechos consumados en el momento en que se

formula la norma. Son, como dice García Maynez, una mera hipótesis, que puede o no puede darse. Por eso, el mencionado autor rechaza el nombre de "hechos jurídicos" empleado por otros autores.

Como ya lo hemos reiterado, estas reformas se refieren al hecho previsto en el supuesto jurídico, tal como se estructura en los componentes lógicos de la norma ya descritos; y para reafirmar esta inclinación hacia la lógica jurídica, la propuesta de reforma al artículo 20 constitucional dispone, en su párrafo II del apartado A que: 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*, conteniéndose por vez primera este concepto en nuestra carta magna.

Por otra parte, no pasa inadvertida la disposición contenida en el citado proyecto de reforma al artículo 20 constitucional, al disponer que: "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...", sin embargo, esta disposición se refiere a otro momento procesal, como lo es la sentencia definitiva, y en un modelo garantista como el nuestro, el objeto de estudio normativo es desde el momento mismo en que se priva de la libertad a la persona, ya sea mediante una orden de aprehensión, o respecto a uno que decreta la prisión preventiva. En cuanto a esto último, habremos de estar muy pendientes de las reformas que se hagan a la ley secundaria, esperando que a la concepción del tipo no se supriman los elementos subjetivos, y de que, menos aún, se exima de forma alguna, a la parte acusadora, de probar la existencia de dolo.

Casos en que se presenta imposibilidad de apelar en contra de una sentencia condenatoria

*Víctor Manuel Rodríguez Sosa**

Algunas situaciones que se presentan en el procedimiento penal, no se encuentran reguladas debidamente, lo que refleja que existen lagunas; específicamente hay una situación de importancia que consiste en la imposibilidad que se presenta, en algunos casos, de apelar en contra de una sentencia condenatoria para que ésta pueda ser revocada.

En primer término, los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal, contienen los requisitos para que un sentenciado pueda obtener beneficios de libertad.

El artículo 70 del Código Penal Federal, en lo que interesa, establece: 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.

II.- Por tratamiento en libertad si la pena no excede de tres años, o

III.- Por multa, si la prisión no excede de dos años...

Por su parte el artículo 90 del mismo Código Penal, también en lo que interesa señala: El otorgamiento y disfrute de los beneficios

* Defensor Público Federal.

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.

b) Que el sentenciado, no sea reincidente por delito doloso, y haya evidenciado buena conducta antes y después del hecho punible y que la condena no se refiera a alguno de los delitos señalados en la fracción I del artículo 85 de éste Código, y

c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir.

Del contenido de los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal, se obtiene que para que un sentenciado tenga derecho a los beneficios de libertad establecidos en dichos artículos, básicamente los requisitos son que la pena de prisión no exceda de cuatro años y que no se cuente con antecedentes penales.

Por otro lado los artículos 366 y 367 fracción I, ambos del Código Penal Federal, establecen:

Artículo 366. Son apelables en ambos efectos solamente las sentencias definitivas en que se imponga alguna sanción.

Artículo 367. Son apelables en el efecto devolutivo:

I. Las sentencias definitivas que absuelvan al acusado, excepto las que se pronuncien en relación con delitos punibles con no más de seis meses de prisión o con pena no privativa de libertad, en los términos del primer párrafo del artículo 152...

Ahora bien, ya en la práctica, en un proceso penal, se presenta el caso de que se ha dictado sentencia, por ejemplo, condenatoria por un delito contra la salud, modalidad de posesión simple de marihuana previsto y sancionado por el artículo 195 Bis, en relación con la cuarta línea horizontal del Apéndice Uno del Código Penal Federal, imponiéndose al sentenciado la pena mínima que marcan

las tablas del citado Apéndice, siendo dos años nueve meses.

El referido ilícito contra la salud, en la modalidad de posesión simple de marihuana, previsto y sancionado por el artículo 195 Bis, en relación con la cuarta línea horizontal del Apéndice Uno del Código Penal Federal, se encuentra catalogado como grave por el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo cual el sentenciado no pudo gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución.

Como la pena de prisión mencionada no excede de cuatro años, el sentenciado tiene derecho a los beneficios de los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal.

Como ya se dijo, el sentenciado no pudo gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución, y se encuentra privado de su libertad, y para obtenerla, debe acogerse a uno de los beneficios de libertad señalados.

Aquí el problema que se presenta es que, si el sentenciado se acoge a uno de los beneficios de libertad señalados, ya no puede apelar, o bien si apela no puede acogerse a ninguno de los beneficios, sino hasta que se resuelva la apelación, y hasta entonces también podrá obtener su libertad.

Al respecto, el Código Federal de Procedimientos Penales, no establece un dispositivo legal que determine que en los casos en que se dicte una sentencia condenatoria en un proceso penal federal, además de que el sentenciado y su defensor tengan el derecho de apelar en caso de inconformidad, tenga el primero el derecho de acogerse a alguno de los beneficios previstos en los artículos 70 o 90 del Código Penal Federal para obtener su libertad, en caso de que se le haya concedido alguno en la misma sentencia; lo anterior sin perjuicio de que se tramite el recurso de apelación.

Por lo anterior, casi todos los sentenciados que se encuentran privados de su libertad, aun cuando se consideran inocentes, desisten de promover recurso de apelación en contra de la sentencia, para mejor acogerse o tramitar alguno de esos beneficios para obtener ya su libertad, pues ya no quieren seguir internos mientras se

tramita la apelación; por lo que es claro que, sin quererlo, de alguna manera se ven forzados a renunciar al recurso de apelación, el cual en algunas ocasiones tarda en resolverse hasta cuatro meses, periodo de tiempo que, como ya se dijo, seguirían privados de su libertad, por no poder acceder a alguno de los beneficios de libertad hasta que se resuelva la apelación; por lo cual, de alguna manera, están aceptando tácitamente la responsabilidad en el delito que se les atribuye.

En caso de que se estableciera en el Código Federal de Procedimientos Penales algún dispositivo legal en el sentido apuntado, los sentenciados podrían obtener su libertad mediante la promoción de alguno de los beneficios indicados, con la opción y oportunidad de apelar y que en el Tribunal de Alzada pudieran obtener sentencia absolutoria, y en caso de no ser así poder tener aún el derecho a recurrir la sentencia de segunda instancia mediante el amparo directo.

Cabe señalar que se han presentado muchos casos, como el que se cita, en donde los testigos de cargo acusan a un indiciado de un delito y éste lo niega rotundamente.

Ante tal situación, como estrategia de defensa, se determina que es procedente ofrecer pruebas de descargo para demostrar la versión exculpatoria del indiciado y demostrar su inocencia.

Durante el procedimiento, se ofrece la diligencia de careos entre el propio inculcado, y los testigos de cargo, que son las personas que lo acusan, diligencia de careos que se ofrece para que quede establecida la verdad de los hechos.

En el desahogo de la diligencia, el inculcado le sostiene en forma firme y categórica a los testigos de cargo su versión exculpatoria, y la defensa interroga a los testigos, quienes en algunos casos, al contestar las preguntas, incurren en contradicciones en sus respectivas declaraciones, dudas y reticencias, que ponen de manifiesto que sus acusaciones no son ciertas, lo que es favorable para la defensa del inculcado, pues tales testigos no cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 289 fracciones III y IV, del Código Federal de Procedimientos Penales.

De igual manera, para demostrar la versión del inculcado, se

ofrecen testimoniales de descargo, y los testigos ante el tribunal declaran que fueron testigos presenciales de los hechos que dieron origen al proceso, apoyando y siendo acordes con la declaración del acusado, realizando sus declaraciones sin dudas ni reticencias, sobre la sustancia de los hechos y sus circunstancias esenciales, y por ello sus declaraciones cumplen con los requisitos exigidos por el invocado artículo 289 fracciones III y IV del Código Federal de Procedimientos Penales.

Asimismo se realizan careos procesales entre los testigos de cargo y los testigos de descargo, diligencia en la cual éstos les sostienen a aquellos en forma firme y categórica su declaración.

Una vez desahogadas las pruebas, el Juez cierra la instrucción, y se lleva a cabo la audiencia final, en la cual el Ministerio Público Federal formula conclusiones acusatorias en contra del inculpado, y la defensa contesta esas conclusiones y formula las de inculpabilidad, procediendo el Juez a dictar sentencia.

Como ya se dijo, si la sentencia es condenatoria por un delito contra la salud en la modalidad de posesión de marihuana previsto en el artículo 195 bis, en relación con la cuarta línea horizontal del Apéndice Uno del Código Penal Federal, si el sentenciado no cuenta con antecedentes penales, se le conceden los beneficios de libertad previstos en los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal.

Como el sentenciado se encuentra interno y privado de su libertad por dicho delito, aun cuando es inocente y se han ofrecido todas las pruebas correspondientes para su defensa, las cuales han tenido resultados positivos, no le es conveniente apelar, ya que no podría acogerse todavía a los beneficios de libertad concedidos, sino hasta que se resolviera la apelación, por lo cual forzosamente desiste de ésta y se acoge a alguno de los beneficios, para no seguir privado de su libertad mientras se resuelve la apelación.

Sin embargo, si existiera un dispositivo legal que indicara que el sentenciado podría apelar la sentencia y a la vez acogerse al beneficio de libertad que mejor le conviniera, entonces el sentenciado tendría la posibilidad de obtener su libertad y a la vez que esa

sentencia se revocara y se le dictara sentencia absolutoria, y como último recurso tendría el amparo directo.

Cabe señalar también, que el procesado en ocasiones hace muchos esfuerzos para que sus testigos puedan comparecer al Juzgado a declarar y apoyar su declaración, pues los testigos a veces viven fuera de la ciudad en donde se encuentra el Juzgado, bastante alejados, y además ni el inculcado ni sus familiares cuentan con recursos económicos para pagarles el traslado desde el lugar en donde viven hasta el Juzgado, pero aun así los testigos comparecen.

Por lo cual, no obstante todos los esfuerzos que hace un inculcado para demostrar su inocencia, se presenta el inconveniente de que no puede apelar a una sentencia condenatoria, aun cuando existen pruebas para que se revoque, por el hecho de que no existe un dispositivo legal que permita apelar y a la vez acogerse a los beneficios de libertad de los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal.

Esa problemática no se presenta cuando un inculcado se encuentra en libertad bajo caución y se le dicta sentencia condenatoria, pues como se encuentra en libertad puede apelar, con el fin de que se pueda revocar la sentencia; incluso si se confirma la sentencia, puede recurrirla en amparo directo, y si el amparo directo le es negado, entonces ya puede acogerse a alguno de los beneficios de libertad señalados en los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal.

Por todo lo anterior, es de suma importancia que se establezca en algún dispositivo legal que el sentenciado privado de su libertad pueda apelar a la sentencia y a la vez acogerse a alguno de los beneficios que le fueran concedidos en la sentencia, pues como ya se señaló, tendrían con ello la oportunidad de que en el Tribunal de Apelación se revocara la sentencia y se decretara su libertad, y si no fuera en el tribunal de Apelación, en el Tribunal Colegiado, al interponer el amparo directo.

En caso de que se revocara la sentencia condenatoria, y se dictara sentencia absolutoria, desaparece también el antecedente penal que pudiera tener el inculcado, el cual le perjudicaría en todas las actividades de su vida, pues en casi todos los empleos se exige

alguna constancia de no antecedentes penales; además, al desaparecer el antecedente penal, no tendría problemas en el ejercicio de sus derechos civiles, entre otras situaciones que se le podrían presentar; por lo cual se reitera la importancia de que exista un dispositivo legal para que un sentenciado privado de su libertad, pueda apelar y al mismo tiempo acogerse a algún beneficio de libertad de los señalados en los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal.

Esta imposibilidad del sentenciado privado de su libertad de apelar a una sentencia condenatoria, y a la vez de acogerse a un beneficio de libertad de los previstos en los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal, también transgrede en su perjuicio los artículos 14 y 16 Constitucionales, que en lo conducente dicen:

Artículo 14[...] Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho[...].

Artículo 16.- nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento de la autoridad competente, que funde y motive la causa penal del procedimiento[...].

Por lo anterior, procede en el caso promover juicio de amparo en favor del sentenciado.

Existen los siguientes criterios:

No. Registro: 179,122

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXI, Marzo de 2005

Tesis: VI.1o.P.233 P

Página: 1065

AMPARO DIRECTO. PROCEDE AUN CUANDO EL QUE-

JOSO SE HAYA ACOGIDO AL BENEFICIO DE LA CONMUTACIÓN DE LA PENA.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 102/2003-PS, emitió el criterio jurisprudencial de rubro: "AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. EL HECHO DE QUE SE HUBIESE CUBIERTO LA SANCIÓN PECUNIARIA IMPUESTA EN LA SENTENCIA DEFINITIVA, NO SIGNIFICA QUE SE TENGA POR CONSENTIDA LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD A LA QUE TAMBIÉN FUE CONDENADO EL REO, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DE AQUÉL", en cuya ejecutoria expuso, entre otras consideraciones, las siguientes: a) que las penas de prisión y pecuniaria afectan los bienes jurídicos de libertad personal y patrimonio, respectivamente; b) que entre ambos bienes, el de libertad personal es de mayor importancia y trascendencia, y por ello se justifica plenamente el derecho de todo procesado de agotar cada uno de los recursos y medios de impugnación que la ley ponga a su alcance y que tiendan a obtener el logro de tan preciado bien; c) que el hecho de que un sentenciado dé cumplimiento a la sanción pecuniaria impuesta en la sentencia reclamada, no implica un sometimiento general a los términos, consideraciones y demás puntos resolutivos de que consta la sentencia definitiva, dado que ello es solamente un cumplimiento parcial de la sentencia; d) que el cumplimiento parcial de la sentencia no lleva a considerar su consentimiento en relación con el acto reclamado en un juicio de amparo directo, sin que se actualice la causal de improcedencia consagrada en la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo; e) que si el reo obtiene, en razón de la pena privativa de la libertad impuesta, el derecho a sustituirla mediante una condena condicional, reemplazando el cumplimiento efectivo de la pena de prisión impuesta, ello de ninguna manera significa que no pueda verse afectada o vulnerada la esfera jurídica del imputado de garantías. Ahora bien, con base en dichas consideraciones, es de estimarse que no obstante que el sentenciado se hubiera acogido al beneficio de la conmu-

tación de la pena, ello no hace improcedente su derecho a accionar el juicio de amparo, porque el cumplimiento parcial de la sentencia reclamada no debe ser tomada como una manifestación de voluntad que involucre su consentimiento tácito con todas las consideraciones y determinaciones contenidas en tal sentencia, y dado que la interpretación penal debe ser en beneficio del reo, y que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tampoco consideró como excepción para la procedencia del juicio de amparo cuando el reo obtiene, en razón de la pena privativa de libertad impuesta, el derecho de sustituirla mediante una condena condicional, dado que tal cumplimiento sustituto de ninguna manera significa que no pueda verse afectada o vulnerada la esfera jurídica del impetrante de garantías, se estima que también en el supuesto de que el sentenciado se acoja al beneficio de la conmutación de la pena debe ser conservado expedito su derecho para poder acudir en demanda de garantías contra la sentencia que se considera violatoria de éstas y, por ello, no se surte la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XI, de la Ley de Amparo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 266/2004. 11 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Torres Pérez. Secretaria: Rocío Villalobos Ventura.

Notas:

La tesis citada, aparece publicada con el número 1a./J. 15/2004, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIX, mayo de 2004, página 157.

Esta tesis contendió en la contradicción 110/2005-PS resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 181/2005, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, enero de 2006, página 73, con el rubro: "AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. CUANDO EL QUEJOSO MANIFIESTA SU VOLUNTAD DE ACOGERSE A LOS BENEFICIOS DE LA CONDENA CONDI-

CIONAL O SUSTITUCIÓN O CONMUTACIÓN O SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA EN LA SENTENCIA DEFINITIVA, IMPLICA SU CONSENTIMIENTO EXPRESO PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO."

Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 78/2006, en la Primera Sala.

Incidente no especificado a fin de obtener una medida de seguridad por precario estado de salud

*Édgar Rojas Álvarez**

Todas las cuestiones que alteren o interrumpan la marcha normal de un proceso y que no se encuentren expresamente reguladas en el capítulo de incidentes de nuestra legislación adjetiva penal federal, o bien en los casos en que expresamente se determine así por la ley, se tramitará y resolverá como incidente no especificado, como ocurre por ejemplo en lo señalado por el artículo 55 del Código Penal Federal.

El artículo 494 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece:

"Artículo 494.- Los incidentes cuya tramitación no se detalle en este Código y que, a juicio del tribunal, no puedan resolverse de plano y sean de aquellos que no deban suspender el curso del procedimiento, se substanciarán por separado y del modo siguiente: se dará vista de la promoción del incidente a las partes, para que contesten en el acto de la notificación o a más tardar dentro de los tres días siguientes. Si el tribunal lo creyere necesario o alguna de las partes lo pidiere, se abrirá un término de prueba que no exceda de cinco días, después de los cuales se citará para una audiencia que se verificará dentro de los tres siguientes. Concurran o no las partes, el tribunal fallará desde luego el incidente."

* Defensor Público Federal.

De acuerdo a nuestra legislación federal, si a juicio del tribunal los incidentes no pueden resolverse de plano y son de aquellos que no deban suspender el curso del procedimiento, se substanciarán por separado, dándose vista a las partes con la promoción del incidente para que contesten dentro de los tres días siguientes de la notificación lo que a su derecho convenga y representen.

Si estima necesario el tribunal o a solicitud de alguna de las partes, se abrirá un término de prueba no mayor de cinco días. Fenecidos, se convocará a una audiencia que tendrá verificativo dentro de los tres días siguientes. En ese orden, se citará a la audiencia que tendrá lugar dentro de los tres días siguientes y en ese plazo, así como en la audiencia, se recibirán pruebas. Concurran o no las partes, el tribunal fallará desde luego el incidente.

Por su parte, el artículo 55 párrafo cuarto del Código Penal Federal establece:

"Artículo 55.-

[...] *Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad*, a juicio del juez o tribunal que la imponga de oficio o a *petición de parte*, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona, o por su senilidad o su *precario estado de salud*, fuere notoriamente innecesaria o irracional que se compurgue dicha pena.

En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos."

Así, se tiene que el artículo 55 del Código Penal Federal, autoriza al Juez para que, una vez dictada la sentencia ejecutoriada, apoyado principalmente en dictámenes periciales pueda sustituir la imposición de una pena de prisión por una medida de seguridad, cuando ésta resulte notoriamente innecesaria e irracional, dadas las condiciones físicas en que se encuentre el sentenciado, sin embargo, además de las periciales pueden ofrecerse cualquier tipo de prueba admitida por la ley procesal penal federal.

Asimismo, de la anterior transcripción se advierten los supues-

tos que deben actualizarse para que se actualice la medida de seguridad referida, que son:

- a) Que exista una sentencia definitiva que haya causado ejecutoria (pena de prisión);
- b) Que el sujeto activo tenga un precario estado de salud;
- c) Para acreditar el citado estado, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.

Se deberán colmar los requisitos previstos en los párrafos último y penúltimo del artículo 55 párrafo del ordenamiento legal invocado.

Por lo que hace al inciso marcado con la letra a) se debe entender que efectivamente se dictó una sentencia condenatoria ejecutoriada en contra del incidentista, en la cual se le consideró penalmente responsable de la comisión de un delito, puede ser grave o no, pero que no se le haya otorgado algún sustitutivo de la pena de prisión a que refiere el artículo 70, ni tampoco el beneficio de la condena condicional en términos del artículo 90, ambos del Código Penal Federal y por supuesto que tampoco se le haya tenido por cumplida o compurgada la pena, es decir, la sanción deberá ser privativa de libertad y la misma se tendrá que cumplir de esa manera.

La pena impuesta debió haber causado ejecutoria, ya sea porque no se interpuso ningún recurso o bien porque se agotaron los mismos, aquí es importante aclarar que dependiendo de la enfermedad del sentenciado, puede durante el proceso, desistirse de todas las pruebas ofrecidas o bien no ofrecerlas, solicitar el cierre de instrucción correspondiente y que se le dicte la sentencia condenatoria y no apelar la misma, para que cause ejecutoria y pueda promoverse su incidente lo más pronto posible, para ello debemos tener la certeza de la gravedad de enfermedad, pues si nos desistimos de todas las pruebas o bien no ofrecemos las mismas y no tiene un precario estado de salud, se le condenará a una pena que tendrá necesariamente que cumplir.

Por lo que hace al requisito señalado con el inciso b), es decir que el sujeto activo (sentenciado) tenga un precario estado de salud, deberá quedar colmado primordialmente con el expediente clí-

nico del incidentista, que deberá remitir el director del hospital donde haya sido atendido el sentenciado, y que contenga claramente: la enfermedad que padece, las hojas clínicas, las hojas de la enfermera, la solicitud para procedimientos médicos y quirúrgicos, la recepción de pacientes a quirófano, la carta de consentimiento bajo información para aplicación de anestesia, orden de internamiento, carta de autorización, hoja de egresos, ficha socioeconómica inicial, nota de evolución del caso, así como los diversos estudios de laboratorio, control transfuncional, servicio de transfusión sanguínea, laboratorio de análisis clínico, la solicitud de medicamentos controlados, informe radiológico, ultrasonidos, etcétera, así como el posible desenlace de la enfermedad.

Cuando se promueve este tipo de incidentes, el desenlace de la enfermedad habitualmente es incurable o irreversible, con graves consecuencias para la salud, aclarando que el hecho que pueda ser controlable, ello no significa que no exista un precario estado de salud.

El expediente clínico deberá tener el valor de indicio con fundamento en el artículo 285 del Código Federal de Procedimientos Penales, si se trata de un hospital particular y valor pleno si se trata de un hospital público, al contener una serie de elementos de los cuales se desprenderá que el incidentista padece la enfermedad por la cual se abrió el respectivo incidente.

El padecimiento deberá quedar también corroborado con la copia certificada del expediente médico del sentenciado, expedido por el Director del Centro de Readaptación Social donde se encuentre interno el sentenciado, documental que adquirirá valor probatorio pleno de conformidad con el artículo 280 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Asimismo, al Director del Centro de Readaptación Social donde se encuentre interno el incidentista, se le podrá requerir una opinión respecto a la atención que recibe éste último y si ese centro de reclusión cuenta con las instalaciones, medidas y recursos materiales, humanos y económicos para atender al enfermo en todos sus

sentidos, por ejemplo a veces un sentenciado es paralítico, sin que existan las instalaciones para que pueda desplazarse y realizar sus necesidades de supervivencia básicas o bien puede padecer alguna enfermedad contagiosa y debe permanecer aislado o con medicamentos especiales y caros, lo que significa un alto costo de recursos humanos, materiales y económicos para el Centro de Readaptación Social, además deberá informar si tienen los médicos y enfermeras para tener un control adecuado del paciente, así como de sus medicamentos, evidentemente que el titular del centro de reclusión dirá que no los tienen.

El juez valorará la opinión técnica de los médicos especialistas, entonces, si éstos últimos hacen énfasis de un posible desenlace fatal del enfermo con tiempo indeterminado o a corto plazo, mermándose cada día más la salud, evidentemente que la autoridad judicial se verá influida al resolver el incidente, por ello los informes deberán contener tal información.

También se pueden ofrecer testigos, para que se prueben las condiciones en que vive un sentenciado, que por ejemplo pudo haber quedado ciego por la diabetes y no lleva un control sobre sus actividades necesarias para vivir, sin que le apoye en sus actividades básicas, lo que representa un peligro constante para su propia vida.

También se puede solicitar una audiencia personal del sentenciado con el Juez, para que este último se percate personalmente de las condiciones físicas del incidentista, sobre todo cuando a simple vista se ve totalmente mermado de su salud.

De igual forma se puede realizar una inspección judicial de la celda donde vive el sentenciado, para que la autoridad judicial se percate de forma personal por medio de sus sentidos, de cómo vive el incidentista, sin olvidar anotar cuántos internos habitan en la misma celda y si la misma cuenta con las medidas higiénicas requeridas para que habite un enfermo.

El precario estado de salud se pudo haber adquirido antes de ingresar al Centro de Readaptación Social o bien pudo haberlo adquirido ya estando recluido, lo que no representa ninguna oposi-

ción para iniciar el trámite del incidente, es decir, no es trascendental si la enfermedad ya la tenía o no antes de ser recluido, sino que la misma se agravó privado de su libertad.

Por lo que hace al último de los supuestos c), es decir, que el referido precario estado de salud se apoye en dictámenes de peritos, éste se verá colmado primordialmente con los dictámenes correspondientes realizados por especialistas en la enfermedad que padezca el representado y se puede proponer que los peritos sean los mismos especialistas médicos que lo han tratado en el hospital donde ha sido internado y se ha seguido su enfermedad, pues ellos cuentan con los conocimientos necesarios para el adecuado manejo de las técnicas de campo referentes a la ciencia aplicable al caso concreto, la medicina en general, respecto del reconocimiento del padecimiento de la enfermedad del incidentista, además de que en la opinión técnica se expresarán los hechos y circunstancias que les sirvieron de base a la conclusión emitida (la enfermedad y sus consecuencias) dictámenes que se ajustarán a los lineamientos establecidos en los numerales 220, 224, 225 y 234 del Código Federal de Procedimientos Penales, y con ello se concluirá que, efectivamente, el incidentista presenta un estado de salud precario debido a su padecimiento en la salud, con lo que se actualizará finalmente el supuesto de la descripción legal en estudio.

En el caso de que no hubiera especialistas en la materia, para no recurrir a peritos en otras entidades federativas, se puede solicitar la homologación con los estudios clínicos ya existentes (el del hospital y el del Centro de Readaptación Social), pues reunirán las características de un dictamen médico, pudiendo sustentar la autoridad judicial su resolución en los mismos, con lo que se ahorraría tiempo sobre todo si la enfermedad del incidentista se encuentra en una etapa final.

Los dictámenes merecerán valor probatorio de indicio conforme a lo dispuesto por los artículos 285, 288 y 290 del código procesal de la materia.

En el caso cobrará sustento la tesis visible en el Semanario Judi-

cial de la Federación, Octava Época, Tomo XI de Abril, foja cuatrocientos ochenta y ocho, que a la letra dice:

"**DICTÁMENES PERICIALES EN MATERIA PENAL. VALOR PROBATORIO DE LOS.** Dentro del amplio arbitrio que la Ley y la Jurisprudencia reconocen a la Autoridad Judicial para justipreciar los dictámenes periciales, el juzgador puede negarles eficacia probatoria o concederles hasta el valor de prueba plena, eligiendo entre los emitidos en forma legal, o aceptando o desechando el único o los varios que se hubieren rendido, según la idoneidad jurídica que fundada y razonadamente determine respecto de uno y otros".

Es muy importante aclarar que la enfermedad que padezca el incidentista necesariamente no le debe permitir cumplir con la pena impuesta, por lo que se debe acreditar plenamente que la enfermedad al representado no le permite completar la sanción privativa de la libertad que se le impuso.

La gravedad del delito tampoco es obstáculo para negar dicho beneficio, pues ello se reflejará en la fijación de la garantía que tendrá que imponer el juez de la causa para que pueda el incidentista acogerse a la medida de seguridad.

El Agente del Ministerio Público de la Federación adscrito al juzgado podrá nombrar peritos de su interés, por lo que si el dictamen es contrario a los intereses del presentado, se deberá objetar y se podrá solicitar la ratificación del mismo, para efectos de interrogar al perito o bien ofrecer la declaración o testimonial del especialista propuesto por el acusador.

Tendrá aplicación la jurisprudencia VI.2º. J/15, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, Julio de mil novecientos noventa y cinco, Novena Época, página ciento treinta y siete, cuyo rubro y texto son del tenor siguiente:

"**PERITOS. DICTÁMENES NO OBJETADOS.**- *Si el dictamen del perito nombrado por el Ministerio Público no fue objetado en su oportunidad por el reo, quien no hizo uso del derecho que le da la ley de nombrar perito de su parte sin necesidad de que se le prevenga, debe*

concluirse que no existe violación por el hecho de tomarlo en consideración".

Una vez objetado el dictamen del acusador, contrario a nuestros intereses, necesariamente tendrá que llegarse a la junta de peritos y finalmente a un perito tercero en discordia, por ello la importancia de los expedientes clínicos tanto del hospital donde ha sido atendido el sentenciado como el del Centro de Readaptación Social, pues dichos informes son suscritos por médicos, que también son especialistas y peritos en medicina, como consecuencia el dictamen del perito acusador, en caso de afectar los intereses del incidente, perderá fuerza y valor probatorio.

De esa forma, el Juzgador tendrá que considerar que se reúnen las condiciones que prevé el artículo 55 del Código Penal Federal específicamente en sus párrafo penúltimo y último, para que el incidentista por presentar un precario estado de salud le resulte notoriamente innecesario e irracional, dadas las condiciones físicas en que se encuentra el activo, que compurgue el resto de la pena impuesta en sentencia en prisión, por lo que ésta deberá ser sustituida por una medida de seguridad, la cual normalmente es conforme al artículo 24 en términos del diverso 50 bis, ambos del Código Penal Federal, siendo la medida de seguridad aplicable la establecida en el número 15, del numeral citado en primer término, esto es, vigilancia de la autoridad, por lo que la pena de prisión impuesta será sustituida, por la restricción de la libertad mediante suspensión condicional, que deberá llevarse a cabo en el domicilio que señale el incidentista, bajo la custodia y responsabilidad de una persona mayor de edad, que acredite tener buena conducta, no contar con antecedentes penales, con una actividad lícita, persona que deberá ser citada a comparecer ante el órgano jurisdiccional que dictó la medida, para los efectos de la aceptación y protesta de la responsabilidad conferida a efecto de que manifieste de manera personal que se hace responsable del incidentista hasta que se cumpla el total de la pena de prisión impuesta, descontándosele el tiempo que ha estado privado de su libertad con motivo de los hechos relacionados con la causa penal; en la inteligencia que la vigilancia al cumpli-

miento de la medida de seguridad de suspensión condicional concedida al sentenciado, estará a cargo de las autoridades administrativas correspondientes.

Deberá solicitarse la aplicación por analogía la tesis número XIX. 2o. 35 P, de la Octava Época, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito, del Semanario Judicial de la Federación, del Tomo: XIV, Septiembre de 1994, visible a página 448, cuyo rubro y texto dicen:

"SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR UNA MEDIDA DE SEGURIDAD. CASO EN QUE EL JUEZ FEDERAL POR LA GRAVEDAD DE LA ENFERMEDAD QUE PADECE EL PROCESADO (SIDA) DEBE NECESARIAMENTE ALLEGARSE LOS ELEMENTOS PARA RESOLVER SOBRE ELLA. (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 55 DEL CÓDIGO FEDERAL). La facultad a que se refiere el artículo 55 del Código Penal Federal consistente en que el juez de oficio o a petición de parte prescinda de la imposición de una pena privativa o restrictiva de la libertad y la substituya por una medida de seguridad, debe considerarse como de ejercicio obligatorio y no potestativo cuando por la gravedad de la enfermedad que sufre el procesado pudiera ocasionar un perjuicio a la salud e intereses de terceros y de la sociedad misma, atendiendo especialmente a aquellos casos en que se sufre una enfermedad contagiosa que conlleva el alto riesgo de provocar una epidemia dentro de la población del penal en donde debe cumplirse la sentencia, e incluso fuera de él a través de las personas que visitan a los internos; máxime cuando se trate de una enfermedad que es de consecuencias mortales como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA.) que se dice padece el acusado; debiendo el juez de la causa oficiosamente allegarse los dictámenes periciales correspondientes y hecho lo anterior, decidir lo que corresponda respecto a la sustitución de la pena."

Igualmente la aplicación de la tesis de la Octava Época, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, del Semanario Judicial de la Federación, del Tomo: XII, Agosto de 1993, visible a página 508, que establece:

"PENA. SUBSTITUCIÓN DE LA, FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUZGADOR, CUANDO EL ACUSADO ES UNA PERSONA SENIL O CON PRECARIO ESTADO DE SALUD. El beneficio de substitución de la pena privativa de libertad por una medida de seguridad, contemplado en el artículo 55 del Código Penal Federal, cuando por la senilidad o precario estado de salud del sujeto activo, fuere notoriamente innecesaria o irracional la imposición de la citada pena, se establece como una potestad y no como un imperativo para el juzgador, siendo requisito indispensable que tales circunstancias estén probadas mediante los dictámenes condignos, que deben ser solicitados por el inculpado, toda vez que el juzgador no se ve obligado a recabar esos peritajes de manera oficiosa, atendiendo a la facultad discrecional otorgada por el precepto legal invocado."

La persona que se haga responsable de la seguridad del incidentista deberá exhibir una garantía a discreción del juzgador, tomando en cuenta el tipo de delito de que se trata, el tiempo que lleve privado de su libertad, el comportamiento del mismo, los antecedentes que tenga, y en general a las condiciones que se establecen en el artículo 52 del Código Penal Federal, garantía que podrá exhibir en cualquiera de sus formas legales, la cual regularmente es en dinero en efectivo, debiendo informar el responsable cada mes a la autoridad judicial por escrito las condiciones en que se encuentra el sentenciado y el comportamiento que observe hasta la conclusión de la medida de seguridad, apercibiéndosele que de no dar cumplimiento a ello se revocará el aludido beneficio, la cantidad exhibida como garantía se hará efectiva y se ordenará la reaprehensión del incidentista para que sea reingresado nuevamente al Centro de Readaptación Social y dé cumplimiento en su caso de la pena impuesta: ello en términos de los artículos 71, 76, 84 y 90 del Código Penal Federal.

Por lo tanto, el incidentista tendrá que designar a la persona que se hará responsable de su cuidado hasta el total de la pena impuesta en sentencia definitiva, quien posteriormente comparecerá para aceptar el cargo y otorgará la garantía fijada, teniendo que ser de preferencia un familiar, pues tendrá que ser una persona excеси-

vamente responsable y paciente para cumplir con las obligaciones contraídas y tener un domicilio fijo, pues es posible que tenga que firmar durante varios o muchos años, mes tras mes hasta el cumplimiento total de la pena o bien hasta que muera el incidentista; evidentemente, una vez fallecido éste último, el responsable habrá cumplido cabalmente con las obligaciones y podrá recuperar la garantía exhibida, siendo importante aclarar que cuando se exhiba la garantía, desde ese momento deberá aclararse a quién se le endosará o entregará la misma, pues puede ocasionar el problema de que se vuelva parte de "herencia" al fallecer el incidentista o bien no podrá recuperar la misma, se perderá para siempre y pasará a formar parte del Poder Judicial de la Federación.

El responsable tendrá que comparecer a firmar cada mes, que básicamente es mediante un escrito que se promueve por oficialía de partes y ante tal situación, será comprensible que no será tan estricta la fecha exacta, sino podrá ser unos días antes o unos días después al cumplimiento del mes y por supuesto que podrá justificar algunas faltas, lo importante será el reporte que se entregará del incidentista, sobre su comportamiento y estado de salud, así como el tratamiento médico que se le sigue.

Es importante aclarar que el incidente puede promoverse en cualquier momento, hasta antes de que el sentenciado cumpla con la pena impuesta, sin embargo, existen enfermedades (como el cáncer de estomago), que en un muy corto lapso de tiempo aparece y tiene un final fatal, ya sea en el proceso o sentencia, en esos casos, a veces el hecho de que el sentenciado logre morir en libertad aunque sea un día o unas horas fuera de prisión, es moral y espiritualmente confortable, además de la tranquilidad para la familia del occiso y la tranquilidad de la conciencia de todos, por lo que este tipo de incidentes debe promoverse lo más pronto posible, máxime si el sentenciado ya está cumpliendo la pena, o bien apresurar al máximo el proceso si es que la causa penal se encuentra en desarrollo.

Finalmente dicha resolución es apelable en efecto devolutivo en términos del artículo 367 fracción V del Código Federal de Pro-

cedimientos Penales, teniendo las partes tres días para impugnarla, ello en términos del artículo 368 del citado código procesal adjetivo que nos ocupa, la cual podríamos apelar en caso de obtener resolución no favorable a nuestros intereses, también porque al otorgarse la medida de seguridad la garantía impuesta posiblemente es excesiva o bien no es asequible a la economía del representado, para lo cual se podrá apelar dicha resolución.

No es recomendable interponer un juicio de garantías, porque si la enfermedad es grave, el defendido puede morir mientras se resuelve el incidente o los recursos, recordemos que si se nos otorga el amparo y protección de la justicia federal, el Representante Social de la Federación podrá interponer el recurso de revisión, lo que alargaría innecesariamente lo ya ganado, por lo que en todo caso sería más conveniente la apelación pues sea cual sea el sentido de la misma causa ejecutoria en ese momento, y si es totalmente contraria a nuestros intereses, entonces, sólo para ese caso, quedará la vía del juicio de garantías.



L a capacidad jurídica

*Benjamín Rubio Chávez**

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza la capacidad jurídica desde un punto de vista eminentemente teórico, destacando que dicha figura es un elemento esencial en los actos jurídicos que se emiten tanto en el derecho público como en el derecho privado.

El estudio de esta figura se realiza en tres capítulos en los cuales se analiza el concepto, sus elementos, los tipos de capacidad jurídica, intentando en todos ellos aportar comentarios.

En el capítulo I se aborda el estudio de la capacidad jurídica con ideas preliminares, que permiten distinguir sus elementos y emitir en forma previa una posible definición de esta figura jurídica.

En el capítulo II se analizan en particular los elementos que considero configuran la posible definición de la capacidad jurídica.

En el capítulo III se analiza y se propone una tipología de capacidad jurídica, que permita advertir que la capacidad es elemento de validez de los actos jurídicos tanto en el derecho público como en el derecho privado.

Aclaro que el trabajo no intenta imponer una definición, sólo propone una especial, partiendo del análisis de sus elementos y de los tipos de capacidad que se pudieran encontrar en el orden jurídico.

* Asesor Jurídico Federal.

I.- LA CAPACIDAD JURIDICA PRIMERAS APROXIMACIONES

Definir la capacidad tiene dificultades tanto en el lenguaje natural como en el lenguaje jurídico, pues se puede abordar desde diversos puntos de vista o escenarios, e incluso puede ser presentada como una palabra que puede tener diversos significados, pues el término va siempre teñido por el conjunto de la información que constituye el marco en el cual se le usa.¹

Por tanto en este primer capítulo sólo se dan pautas acerca de las características primordiales que encierra la palabra capacidad, a efecto de delimitarla y entenderla como una proposición normativa.

Lo anterior tomando en consideración que en ocasiones, pese a tener una formación jurídica, cuesta trabajo definir una palabra tan usual tanto en el derecho privado como en el derecho público, pues en la práctica se sobreentiende su significado, empero, cuando se trata de otorgarle una definición, se dificulta esa actividad intelectual², ello pese a tener conocimientos suficientes en el campo del derecho, e incluso se pudiera advertir que experimentados abogados aunque conocen el derecho, hay ocasiones que no pueden explicar ciertas instituciones jurídicas e incluso no las entienden plenamente; Hart indica, a manera de ejemplo, que hay ocasiones en que un hombre puede dirigirse de un punto a otro en una ciudad familiar pero no puede explicar o mostrar a los demás cómo hacerlo; quienes insisten en una definición necesitan de un mapa que exhiba con claridad las relaciones que oscuramente perciben entre el derecho que conocen y otras cosas³, así acontece con los juristas,

¹ Dworking, Ronald. *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino. España. Ariel Derecho. 2002, p.84.

² Herbert Lionel Adolphus Hart, estableció, cuando pretende definir el derecho, que hay ocasiones que entendemos el significado de una palabra, pero que en ocasiones no es posible definirla, e indica textualmente: "... todos nosotros nos hallamos a veces en esa situación: es fundamentalmente la del hombre que dice: "Yo puedo reconocer un elefante si lo veo, pero no puedo definirlo", la misma situación fue expresada en algunas famosas palabras de San Agustín sobre la noción del tiempo. ¿Qué es pues el tiempo? Si nadie me lo pregunta lo sé; si deseo explicarlo a alguien que me lo pregunta, no lo sé." Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho* trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2007. pp. 16,17.

³ Hart, H.L.A., *ibidem*, p.17.

hay ocasiones que entendemos cierta institución del derecho, e incluso convivimos con ésta a diario, pero si nos piden una explicación o definición no logramos darla, una por carecer de los suficientes conocimientos de la teoría del derecho u otra simplemente por no comprender ampliamente la institución a estudio.

Esta última circunstancia acontece con el termino capacidad, pues esta palabra se utiliza comúnmente en el campo del derecho, en la práctica es usual tocar ese tema cuando se realiza un negocio jurídico tal como un testamento, un contrato, un matrimonio etcétera, pues en todos estos actos, se cuestiona la capacidad o incapacidad de las partes para llevar a cabo los mismos, sin embargo, al querer explicar esa terminología cuesta trabajo abordarlo y delimitarlo, pues incluso esa palabra siempre la estudiamos desde el punto de vista del derecho privado.

La capacidad en un lenguaje natural es entendida como una aptitud o suficiencia para hacer alguna cosa, talento o disposición para comprender y, en sentido figurado, oportunidad, lugar o medio para ejecutar algo⁴, bajo el mismo contexto, es decir, en un lenguaje natural, la capacidad se refiere a una conducta que despliega una persona a efecto de hacer o dar alguna cosa, esto es, la capacidad se manifiesta a través de actuaciones directas del individuo en su quehacer diario que tiene que ver con sus habilidades o conocimientos, pero esa capacidad de la persona no proviene necesariamente de un mandato o de una autorización, sino que proviene de aspectos naturales de la conformación del hombre (aspecto físico o mental) y es ejecutada de forma espontánea o planeada sin que produzca efectos jurídicos necesariamente. A manera de ejemplo, una persona que cuenta con un físico completo, puede practicar un deporte, y esa capacidad derivó de sus condiciones físicas, no necesitó de una autorización o de un mandato, ésta por sí sola o inducida posiblemente desarrolla esa actividad, y puede o no producir consecuen-

⁴ Alonso, Martín: *Enciclopedia del idioma. Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española (siglo XII al XX) Etimológico, tecnológico Regional e Hispanoamericano*, Madrid. Editorial Aguilar. 1982. p. 913.

cias jurídicas. O bien, una persona que mentalmente se encuentre saludable, puede aprender un oficio, esa aptitud deriva de sus talentos manuales y mentales, sin que necesite de una autorización normativa. Bajo ese contexto se entiende la capacidad de la persona en un lenguaje natural, sin requerir de mayores apreciaciones.

En un lenguaje jurídico la capacidad es entendida en forma general como aptitud, facultad o suficiencia para la realización de una cosa, aptitud que refiere a la conducta que puede desplegar una persona por así permitírsele una norma jurídica o simplemente en virtud de que el orden jurídico no contemple esa conducta como prohibida (tratándose de derecho privado); en cambio, la suficiencia refiere a ciertos requisitos de formalidad, condición o investidura que se exige a la persona para poder adquirir derechos y obligaciones.

Ahora bien, a diferencia de la capacidad entendida en el lenguaje natural, la capacidad jurídica siempre se regulará por el orden jurídico, además que refiere tanto a personas físicas como morales, mientras la otra no existe por virtud del orden jurídico, sino más bien de las disposiciones de la persona y se refiere exclusivamente a la persona física, pero ambas tienen puntos coincidentes, pues ambas refieren a una persona y a su conducta, además que se encuentran en determinado punto ligadas a cualidades mentales de la persona, aclarando que estas coincidencias sólo se dan en el plano de las personas físicas, precisando que las coincidencias tienen su justificación en el hecho que el lenguaje jurídico depende en gran parte del lenguaje natural⁵, siendo precisamente este lenguaje natural el que dio forma al lenguaje jurídico al referirse a la capacidad jurídica. Así pues, la capacidad entendida en forma natural como la entendida en forma jurídica pueden estar unidas entre sí de manera totalmente diferente de la postulada por la forma simple de la definición, pues pueden estar unidas por analogía, como cuando hablamos del pie de un hombre y también del pie de una montaña, pues

⁵ Moreso, José Juan. *Lenguaje Jurídico. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid. Trotta.1995, p.114.

pueden estar unidas por diferentes relaciones con un elemento central, ya que aunque pie de un hombre y el pie de una montaña tienen significados diferentes, tienen elementos centrales de unificación, en virtud que ambas definiciones refieren a la primera rami-ficación u órgano de que se constituye una persona o una montaña, es decir, su elemento unificador central se constituye en el hecho de que el cuerpo humano, visto del suelo hacia arriba, comienza con el pie, y las montañas también comienzan en referencia al pie del hombre por un pie de montaña. En el caso de la capacidad en el plano del lenguaje natural y del lenguaje jurídico, existen diferen-cias en la aplicación de la palabra y en su definición preliminar; sin embargo, tienen un elemento unificador central consistente en que ambas refieren a la persona y a su conducta⁶.

Hans Kelsen identificó la capacidad con el término "facultamiento"⁷, argumentando que ese termino es atribuido a la conducta humana, pues sólo esta conducta puede ser facultada o autorizada por el orden jurídico, ya que hay hechos determinados por el orden jurídico que no pueden considerarse como facultados⁸. El termino facultad indica que alguien está investido jurídicamente (por una norma de derecho) para realizar un acto jurídico valido,

⁶ H.L.A. HART, menciona que a menudo el uso ordinario, o aun el uso técnico, de una palabra, es plenamente abierto, en el sentido que no prohíbe la extensión del termino a casos en los que los que sólo están presentes algunas características normalmente concomitantes, e incluso pueden estar unidos entre sí aunque puedan tener un significado distinto de su simple definición, y ejemplifica lo siguiente: "...se advierte tal principio unificador en la aplicación de la palabra saludable no sólo a un hombre sino también al color de su piel y a sus ejercicios matutinos. El segundo en un signo y los últimos una causa de la primera característica central. O también –y aquí quizás tenemos un principio semejante al que unifica los diversos tipos de reglas que constituyen un sistema jurídico– El uso del adjetivo ferroviario es aplicado no sólo a un tren sino también a las líneas, a una estación, a un mozo de servicio y a una sociedad anónima, está gobernado por este principio unificador..." HART, H.L.A., op. cit., p. 19

⁷ Kelsen Hans. *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo. México. Porrúa 2003. p. 157.

⁸ Hans Kelsen establece como ejemplo para entender que existen hechos que no están facultados por el orden jurídico el siguiente: "...Cuando este orden determina que un hombre, afectado de una enfermedad contagiosa, debe ser internado en un establecimiento hospitalario, el orden jurídico faculta a determinado individuo a emprender el acto coactivo de la internación, pero no faculta a iniciar la enfermedad...". Kelsen, Hans. *ibidem*, p.158.

para producir efectos jurídicos previstos (celebrar un contrato, otorgar testamento, revocar un poder)⁹, por lo que tiene como finalidad crear actos jurídicos que sean considerados como lícitos. Este primer acercamiento permite advertir que la capacidad refiere siempre a la persona y está vinculada básicamente con su conducta positiva, pues sólo una persona puede desplegar conductas, mas no así los objetos, animales o seres inanimados, pues incluso, si éstos producen una consecuencia jurídica, tuvo que ser provocada por una conducta emanada por la persona. No debe perderse de vista que el orden jurídico establece enunciados normativos que se actualizan hasta en tanto se despliegue la conducta de la persona.

Bajo el anterior razonamiento, la capacidad refiere sólo a conductas positivas emanadas por una persona como la de dar o hacer u omitir, y establezco ello, toda vez que una conducta negativa no es consecuencia de la capacidad jurídica, pues si se ha establecido que la capacidad es una facultad, aptitud o suficiencia, entonces, éstas se materializan con actos positivos y no con actos negativos, pues al dejar de hacer algo por no tener facultad, aptitud o suficiencia, es por consecuencia de una ausencia de capacidad.

Al respecto Hans Kelsen establece¹⁰ que puede existir una capacidad delictual, que refiere a una capacidad otorgada a ciertos hombres específicamente calificados por el orden jurídico, para cometer con su comportamiento delitos¹¹, al final de su razonamiento establece que este tipo de capacidad no es el mismo al que refiere la capacidad jurídica de hecho, pues establece que la capacidad delictual se refiere a conductas prohibidas, mientras que la capacidad jurídica de hecho refiere a conductas permisivas, al respecto comparto la opinión que la capacidad no refiere a conductas prohibitivas, pero

⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando. *El derecho y la ciencia del Derecho. Introducción a la ciencia jurídica*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. , 1986, p.6.

¹⁰ Kelsen, Hans. op. cit., p.158.

¹¹ Kelsen a manera de ejemplo establece que la capacidad delictual se actualiza cuando la persona: "...realiza una condición del acto coactivo que funciona como sanción, coacción que, como consecuencia de su conducta, se dirigirá contra ellos o contra sus allegados. Sólo estos hombres calificados por el orden jurídico, y solamente ellos, pueden cometer delitos, es decir, tienen capacidad para ello otorgado por el orden jurídico. Kelsen, Hans. op. cit., p.158.

no comparto el hecho de su proposición normativa, pues en mi concepto, no existe capacidad delictual, pues los delitos cuando definen sus conductas, definen reglas de no hacer, y por tanto no otorgan en ningún momento a alguna persona la facultad, aptitud o suficiencia de hacer esa conducta, por tanto no tienen capacidad jurídica de efectuarla, pues el orden jurídico no se lo permite, es más se lo prohíbe: podrá existir una capacidad desde el punto de vista del lenguaje natural de hacer la conducta típica, sin embargo, ello no significa que exista una capacidad jurídica para delinquir.

Con base en lo anterior, es más apropiado referirse a facultamiento como significado accesorio de "aprobación", "autorización", "permisión", pues la capacidad jurídica es una facultad conferida al hombre de producir con su conducta, efectos jurídicos¹², lo que significa que no se trata sólo de realizar hechos lícitos (jurídicamente permitidos), sino de producir actos jurídicos válidos¹³, pero partiendo del hecho de que la conducta de la persona es positiva además de permisiva por parte del orden jurídico, pues si la conducta está prohibida, entonces, al desplegarse la conducta se estará partiendo de la base que la persona no tiene capacidad jurídica para actuar y por tanto los efectos jurídicos que se produzcan serán nulos.

Así también, debe precisarse que la capacidad jurídica es un atributo tanto de una persona física como moral, pues ambas son facultadas por el orden jurídico para ejecutar conductas que produzcan consecuencias jurídicas, precisando que tanto en el derecho público como el privado la capacidad viene a ser un atributo de la persona, sólo que en el derecho público tratándose de la persona moral del Estado, la capacidad se manifiesta como "competencia".

Ahora bien, la capacidad como facultad, aptitud o suficiencia para realizar un acto, tiene como característica esencial la producción de consecuencias jurídicas, lo que vulgarmente se establece en referencia a la química cuando se indica que toda acción tiene una reacción, es decir, la conducta que despliegue la persona por apti-

¹² Kelsen, Hans. op. cit., p.159.

¹³ Tamayo y Salmorán, Rolando. op. cit., p.61

tud o suficiencia y estar permitida por el orden jurídico produce consecuencias jurídicas positivas o negativas, pues la facultad presupone la aptitud o potestad de la persona de modificar la situación jurídica existente de uno mismo o de otros¹⁴. Esas consecuencias jurídicas son producto del ejercicio de la capacidad jurídica de hecho, que según la doctrina tradicional, son esencialmente obligaciones y derechos subjetivos que se adquieren mediante negocios jurídicos (tratándose de derecho privado).

Con base en lo anterior, se puede concluir que son elementos de la capacidad, la aptitud o la suficiencia en la conducta a desplegar, la autorización del orden jurídico para desplegar la conducta, la producción de consecuencias jurídicas, y el hecho que la capacidad es considerada como atributo de la persona o sujeto de derecho.

II.- ELEMENTOS DE LA CAPACIDAD

1.- APTITUD, SUFICIENCIA

Se estableció de forma preliminar que la aptitud refiere a la conducta que puede desplegar la persona por así permitírsele el orden jurídico o por no estar prohibido, esto tratándose del derecho privado, pues tratándose del derecho público, el Estado requiere que el orden jurídico permita a la persona que represente al órgano desplegar la conducta para tener una capacidad jurídica.

Esto es, la capacidad jurídica como aptitud viene a ser una conducta de dar, hacer o no hacer, que despliega la persona para adquirir derechos y obligaciones, bajo el requisito de que la conducta que se despliegue sea positiva y no negativa, es decir, que la conducta de hacer u omitir, esté permitida por el orden jurídico, y entonces, si está permitida o al menos no se encuentra prohibida la conducta, la persona puede adquirir por sí derechos y obligaciones.

La aptitud, al ser una conducta, se encuentra condicionada al orden jurídico, pues éste determinará, a través de sus enunciados normativos, cuándo y bajo qué circunstancias se puede desplegar la conducta y adquirir entonces derechos y obligaciones. En el dere-

¹⁴Tamayo y Salmorán, Rolando. op. cit., p.60.

cho privado se faculta a toda persona para adquirir derechos y obligaciones, pero dependiendo del caso en concreto, sólo algunas personas tienen aptitud para desplegar esa conducta y adquirir derechos y obligaciones; imaginemos una compraventa de un bien inmueble, de entrada, toda persona puede celebrar ese contrato, sin embargo, sólo ciertas personas tendrán aptitud para realizarlo, esto es, aquellas personas que pueden disponer libremente de sus bienes.

La capacidad como aptitud para adquirir un derecho o una obligación, está relacionada plenamente con la suficiencia, pues ésta refiere básicamente a ciertos requisitos de formalidad, condición o investidura que requiere una persona para poder adquirir derechos y obligaciones, es decir, en ocasiones no basta tener la aptitud para desplegar una conducta, es necesario cubrir requisitos que exige el orden jurídico, para que esas conductas sean válidas. Regresando al ejemplo de la compraventa, no basta que la persona pueda disponer de libremente de sus bienes, hay ocasiones en que se requiere de una autorización judicial para venderlos, o en otras se requiere de la representación, esto, tratándose de incapaces o de personas morales. Puede suceder que tengo aptitud para la venta de un inmueble, pues soy mayor de edad, gozo de plena capacidad física y mental, pero el inmueble que se requiere vender es propiedad de una persona moral, entonces, pese a tener aptitud para realizar la venta del inmueble, carezco de suficiencia en mi capacidad, pues requiero de una autorización de la persona moral a través de la representación, para lograr adquirir los derechos y obligaciones inherentes a la compraventa; esa suficiencia que requiero para la compraventa no proviene del capricho de los sujetos del derecho, proviene de las exigencias que establece el orden jurídico, pues éste en sus enunciados normativos establece qué requisitos, formalidades o investiduras se requieren cubrir en ciertos casos para poder contratar.

2.- CONDUCTA PERMISIVA

Se ha destacado que, además de lograr tener aptitud o suficiencia para la ejecución de un acto jurídico, se requiere que la con-

ducta facultada sea permisiva por el orden jurídico.

El orden jurídico es concebido como el conjunto de normas aplicables en un momento determinado a uno o varios casos específicos¹⁵, dichas normas regulan conductas humanas¹⁶, y se vuelven obligatorias en cuanto éstas son vigentes.

Ese orden jurídico va a prever diversos enunciados normativos que serán obligatorios para las personas, y establecerán los requisitos, formas, aptitudes y demás, que requieran para la realización de una conducta positiva o negativa.

El mismo orden jurídico establecerá en sus enunciados normativos las diversas facultades que les otorga a las personas para la realización de actos jurídicos, tanto en el derecho privado como en el derecho público. Esas facultades se matizarán en forma de "aprobación", "autorización" o "permisión", y están enfocadas básicamente a que la persona, previa autorización por el orden jurídico, pueda realizar ciertas actuaciones que produzcan consecuencias jurídicas y actos jurídicos válidos.

A manera de ejemplo, si el orden jurídico prevé que una persona mayor de dieciocho años puede realizar un contrato de compraventa, ese enunciado normativo faculta a los que se encuentren en ese supuesto a realizarlo o no, y los faculta en razón de que el enunciado no prohíbe, contrario a ello permite, autoriza, aprueba que los mayores de dieciocho años puedan contratar, existiendo entonces capacidad para contratar. Así también en el área procesal, si un enunciado permite que un juez civil conozca y resuelva asuntos que versen sobre esa materia, entonces si un juez de esa materia resuelve un juicio de divorcio, es porque tenía capacidad para conocer y resolver el asunto, por así permitírsele el orden jurídico.

Situación diversa será si un enunciado normativo emanado del orden jurídico prohíbe alguna conducta, pues esa prohibición incapacitaría a la persona a realizar el acto jurídico y de realizarse el acto sería nulo.

¹⁵ Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos normativos*, México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 2007, p.33.

¹⁶ Kelsen, Hans. op. cit., p.45.

Regresando al ejemplo, si un enunciado normativo establece que una persona menor de dieciocho años no puede contratar por sí, entonces si lo hace, el acto jurídico celebrado debe catalogarse como nulo, ya que evidentemente existiría una incapacidad de la persona, pues la norma jurídica no facultó a ésta para la realización de la conducta de hacer o de dar. Misma situación sucedería en el ámbito procesal si un juez civil está facultado por la norma para resolver sobre asuntos que se planteen sobre esa materia, entonces, si éste resuelve un asunto penal, evidentemente tendría una incapacidad, pues el orden jurídico no le otorgó facultades para ese acto.

En razón de lo anterior, un elemento esencial de la capacidad jurídica es la existencia de un enunciado normativo desprendido del orden jurídico, que permita, faculte, apruebe, autorice una conducta de hacer, dar u omitir. La ausencia de ese enunciado permisivo obstruye la composición básica de la capacidad. Pues podrá existir aptitud para la realización de la conducta pero su prohibición por la norma impide a la persona su ejecución, so pena que de realizarse el acto carecería de validez.

3.- CONSECUENCIA JURÍDICA

Otro elemento de la capacidad jurídica es el hecho de que al realizarse una conducta permitida por el orden jurídico con el fin de adquirir derechos y obligaciones, trae consigo una consecuencia jurídica, que modifica para bien o para mal la esfera de las personas.

Rojina Villegas indica que se entiende por consecuencia jurídica todas aquellas situaciones jurídicas concretas que sobrevienen por virtud de la realización de los distintos supuestos previstos en las normas jurídicas. Las diversas situaciones jurídicas concretas que pueden sobrevenir por la realización de los supuestos de derecho, se refieren tanto a las relaciones jurídicas de los particulares como a las relaciones de carácter público que se originan entre el Estado y dichos particulares, o bien, entre los distintos órganos estatales¹⁷. Bajo esa situación la consecuencia jurídica es derecho público o derecho privado.

¹⁷Rojina Villegas, Rafael. *Introducción y Personas*. México. Porrúa. 2001, p.144.

Por tanto, la consecuencia jurídica es el resultado de la conducta que se realice, que bien puede ser positiva o negativa, pues el resultado de la misma incide de distinta forma entre las personas que la efectuaron. Ya que el resultado depende del entorno, pudiera suceder que la conducta realizada estuviera permitida por el orden jurídico, pero una vez realizada ésta, se efectuará con vicios, o bien dejará de cumplirse lo acordado, o simplemente se cumple a la letra lo establecido, ya sea en la norma general o en la norma individual.

A manera de ejemplo, si existió capacidad para efectuar un contrato de compraventa, la consecuencia jurídica es que el comprador se adjudique la cosa, y el vendedor obtenga el precio de la misma. En el mismo ejemplo puede suceder que no se cumpla con el objeto de la compraventa, ya sea porque el vendedor no entregue la cosa o porque el comprador no pague el precio; en este supuesto también existirán consecuencias jurídicas, como sería la terminación del contrato o el cumplimiento forzado del mismo. En el derecho público sucedería lo mismo: si una autoridad tiene capacidad (facultad) para realizar una clausura, entonces la consecuencia jurídica será la ejecución de ésta o la defensa del gobernado para impedir la misma. Si una sentencia es dictada por juez competente entonces la consecuencia jurídica es que la sentencia surta plenamente sus efectos.

Todos los anteriores supuestos son ejemplos de las consecuencias jurídicas que pudieran suscitarse por el hecho de que una persona con capacidad haya desplegado una conducta de hacer, dar u omitir, a efecto de adquirir derechos y obligaciones. En razón de ello, la capacidad jurídica es el camino para arribar a la consecuencia jurídica.

Se debe aclarar que la consecuencia jurídica no puede equivaler a una sanción¹⁸, ya que no todos los actos jurídicos que se reali-

¹⁸ García Máynez, estableció en una de sus obras que: "... la sanción puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Como toda consecuencia de derecho, la sanción encuéntrase condicionada por la realización de un supuesto..." García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México. Porrúa. 1992, p.295. Al respecto, me desligo de la apreciación del maestro, como se indica en el contenido del presente trabajo: no toda consecuencia jurídica equivale a una sanción, hay consecuencias jurídicas que provienen de actos voluntarios o forzados sin que exista la fuerza o por motivo de una sanción.

cen se dejan de cumplir y aunque no existió la necesidad de implementar sanciones, hay consecuencias jurídicas. Hay también actos que se cumplen voluntariamente sin necesidad de la coacción y de la sanción, y aun así hay consecuencias jurídicas. Hay otros que, a pesar de que se cumplen de forma forzosa, no son producto de la coacción o de una sanción, sino una consecuencia de la norma general o norma individual. Pues la coacción implica la amenaza permanente que, de no hacer A, se recibirá B (sanción), pero tanto en las normas generales como las individuales no siempre se da esa situación, pues incluso si no hago A se puede recibir B o C, o simplemente puede suceder que se cumpla A. Así tenemos, en el caso de la compraventa, que de no cumplirse con las obligaciones pactadas, las partes pueden optar por un cumplimiento o por una rescisión, pero ello no significa que se esté coaccionando a cumplirse determinado contrato o que la sanción sea una u otra, simplemente se obliga al infractor del deber a cumplir con el mismo o restituir prestaciones, pero no necesariamente a través de la fuerza, siendo esto –la fuerza– el elemento primordial de la coacción reflejado a través de la sanción. Imaginemos en el derecho público que una autoridad facultada por el orden jurídico ordene el desalojo de personas en un predio, ese acto por sí solo no es coactivo, pues puede suceder que se abandonó el predio en forma voluntaria, o bien, que se indemnice a las personas para que desalojen el predio, pero lo destacable es precisar que no necesariamente se requirió de la fuerza del Estado –la coacción– para imponer el acto administrativo. Aclarando que excepcionalmente se da la sanción, pero no es el requisito sin el cual deje de haber consecuencias jurídicas.

Bueno pues, el efecto de la consecuencia jurídica no interesa en este tema, lo verdaderamente interesante es precisar que el ejercicio de la capacidad jurídica produce consecuencias, y que esas consecuencias pueden ser positivas cuando se cumple con la norma general o con la norma individual, o negativas cuando se deja de cumplir con esas normas.

Ahora, es preciso establecer que la consecuencia jurídica es pro-

ducto de un acto jurídico válido, es decir, para que existan consecuencias jurídicas es necesario que se haya cumplido con la capacidad y las formalidades que requiera el acto, pues en caso que el acto jurídico sea inválido por ausencia de capacidad no pudiera producir consecuencia jurídica alguna en sentido estricto. Pues un acto que carece de validez no puede dar derechos ni obligaciones a las partes que intervienen en él, por lo que se produce su nulidad.

En un sentido amplio se pudiera indicar que sí hay consecuencias jurídicas pese a que el acto se haya realizado con alguna incapacidad, pues el acto jurídico realizado tendría la consecuencia jurídica de ser nulo, y en que en el caso que hayan existido actuaciones o prestaciones otorgadas, estas actuaciones o prestaciones se tendrán que restituir y dejarlas sin efectos como si nunca hubiesen existido. Regresando al ejemplo de la compraventa, si ésta se realiza por un vendedor que carezca de una aptitud mental para contratar, es decir, que el vendedor tenga un trastorno mental, y éste entregue la cosa al comprador y el vendedor pague el precio, la compraventa es nula, pues el vendedor es un incapaz, y la consecuencia de haberse realizado el acto, es que el vendedor devuelva el precio y el comprador devuelva la cosa. Lo mismo resultaría del hecho que una autoridad, sin estar facultada por el orden jurídico, ordena el aseguramiento de un inmueble; al no estar facultada por un enunciado normativo, entonces el acto sería nulo, y su consecuencia es dejar sin efecto el aseguramiento restituyendo al propietario el inmueble.

Bajo esas circunstancias podemos establecer que existen consecuencias jurídicas de actos válidos y consecuencias jurídicas de actos inválidos, su diferencia radicarán en que la consecuencia jurídica del acto válido procurará que el acto llegue a su fin o se cumpla; pues el acto jurídico no es creado para destruirse sino para cumplirse de un modo determinado, voluntario o forzado. En cambio la consecuencia jurídica de un acto inválido se actualiza con la restitución o reestablecimiento de las cosas o el derecho, al estado en que se encontraba antes de haberse ejecutado.

Así pues, la consecuencia jurídica es el resultado esperado o no,

motivado por las conductas de las personas con capacidad o no, que modifican la situación jurídica de uno o varios sujetos de derecho.

4.- CAPACIDAD COMO ATRIBUTO DE LA PERSONA

La capacidad jurídica es considerada como un atributo de la persona¹⁹ o del sujeto de derecho, ello bajo la teoría de que sólo las personas pueden desplegar conductas, pues la capacidad es la facultad de desarrollar actividades permitidas por el orden jurídico.

En ese contexto, sólo las personas pueden desplegar conductas razonadas permitidas por el orden jurídico, no por una consideración normativa, sino por atributos naturales y de ficción jurídica. Ello es así, en razón de que si bien es cierto que en el mundo no sólo existe la especie humana, también lo es que las demás especies (animales o vegetales), a pesar de que desarrollan conductas, no razonan las mismas, por ello el orden jurídico no les regula sus actuaciones. También sucede lo mismo con los seres inanimados (máquinas, sustancias, líquidos, sólidos etc.), éstos, al no tener el elemento del raciocinio, no desarrollan conductas. Imaginemos que un perro callejero (no tiene dueño) muerde a una persona, el animal desarrolló una conducta, pero esa conducta no le produce consecuencias jurídicas al animal, pues éste, pese a que causó un daño, no será obligado a repararlo, ni a ser procesado penalmente, pues su conducta emana de su instinto, mas no de su razonamiento, de allí que el orden jurídico no regule esa conducta. Aclarando que no pasaría lo mismo si el perro tuviera dueño, pues aquí el orden jurídico regula la conducta del dueño del perro, obligándolo a tener un deber de cuidado para que ese animal no cause daños, en caso de que se causen habrá consecuencias jurídicas para el dueño, mas no para el animal. Lo mismo sucede con los seres inanimados, pues si éstos por sí solos (sin dueño) causan un daño, no hay consecuencia

¹⁹Álvarez Ledesma estableció en una de sus obras que: "...Íntimamente ligado con el concepto de persona jurídica se halla el de capacidad jurídica. Afirmar que una persona jurídica individual o colectiva es sujeto de derecho y obligaciones implica aceptar, al mismo tiempo, que conforme a la norma jurídica, esa persona goza de capacidad...". Álvarez Ledesma, Mario I. *Introducción al Derecho*. México. Mc Graw Hill. 1995, p.208.

jurídica, si hay dueño o el daño fue causado a través de una persona habrá consecuencias jurídicas, pero no para el ser inanimado sino para el dueño de la cosa o para quién provocó el daño.

Lo anterior pone de relieve por qué el orden jurídico otorga en exclusiva capacidad a las personas, pues éstas son las únicas que pueden desplegar conductas razonadas y por ende obtener consecuencias jurídicas. Pues sería inviable facultar a un animal para efectuar un negocio jurídico, o a un búho para administrar justicia, o al agua para regular por sí misma su administración, pues en todos los supuestos se carece del despliegue de una conducta razonada.

Hasta lo aquí expuesto, no queda duda de que la capacidad es un atributo de la persona, y no sólo de la persona física sino también de la persona moral²⁰. Podría decirse que la persona moral no puede desplegar conductas ya que ésta es una ficción jurídica, es decir un ser imaginario, pues materialmente no se puede sentir, no se puede ver, no se puede dialogar con ella y, por ello sería imposible desde el punto de vista biológico que ésta desplegara una conducta, pues la conducta es inherente del hombre y no de las cosas imaginarias como las ficciones en el derecho. Pese a este argumento natural de la conducta, se debe indicar que la persona moral a pesar de ser una ficción, despliega conductas a través de personas físicas, que hacen la tarea de representación, en el derecho privado los representantes de una persona moral, son los mandatarios, apoderados, albaceas, tutores, etcetera; en el derecho público, los representantes son los funcionarios facultados por el orden público para realizar

²⁰ Hans Kelsen, sobre el tema, indica: "...persona es el hombre en cuanto a que es sujeto de derechos y obligaciones. Pero como no sólo los hombres, sino también otros entes –como ciertos grupos: asociaciones, sociedades anónimas por acciones, municipios y Estados– pueden ser representados como personas, se define el concepto de persona como el de portador de derechos y obligaciones jurídicas, donde el portador puede ser no sólo el hombre sino también esos otros entes. El concepto de un portador de derechos y obligaciones jurídicas desempeña un papel decisivo en la teoría tradicional de la personalidad jurídica. Si el hombre es el portador de los derechos y obligaciones que interesan, se habla de una persona física; si son esos otros entes los portadores de los derechos y obligaciones jurídicas en cuestión se habla de personas jurídicas. Se contraponen así la persona física, como una persona natural, a la persona jurídica, que sería una personalidad artificial, construida por la ciencia del derecho, como no real...". Kelsen, Hans. Op. cit., p.182.

actos administrativos. Estas personas físicas que representan a la persona moral son las que se obligan en nombre de ellas y las que despliegan conductas permitidas por el orden jurídico, pero las consecuencias jurídicas no las resienten directamente estos representantes, la consecuencia jurídica la resiente la persona moral. Ello es así en razón de que la persona física no actúa en su nombre, sino en nombre de la ficción jurídica. Aunque hay que aclarar que hay ocasiones en que esos representantes resienten consecuencias jurídicas, ya que algunas veces se exceden de las facultades que la norma general o la norma individual les otorgó, o simplemente dejaron de realizar sus facultades, o la conducta desplegada no reunió los requisitos indispensables para actuar.

III.- TIPOS DE CAPACIDAD

Comúnmente se suele hablar de capacidad como un elemento de validez de los actos jurídicos en el derecho privado, el lenguaje ha llevado a creer que la capacidad es una figura exclusiva del negocio jurídico, pues hablar de capacidad es hablar de actos civiles, en los foros judiciales, aun los más destacados abogados o juzgadores refieren la capacidad como un elemento de un acto jurídico de derecho privado, sin embargo, como se ha desarrollado en el presente trabajo, esta figura no tiene exclusividad, ya que tiene aplicación tanto en actos jurídicos de derecho privado como en actos administrativos de derecho público.

La confusión anterior también ha arrojado como saldo que se piense que la capacidad es un atributo de las personas físicas o morales en sus actuaciones de derecho privado; sin embargo, esa apreciación resulta errónea, pues la capacidad como atributo de las personas tiene aplicación en todos los ámbitos del derecho, ya que en el derecho público a las partes que intervienen también se les exige tener capacidad.

La anterior situación me lleva a realizar una clasificación meramente enunciativa de la capacidad jurídica, sin pretender realizar un estudio exhaustivo, lo anterior con el objeto de demostrar que la

capacidad es requisito de los actos administrativos y de los actos jurídicos de derecho privado. Lo que pretendo es establecer las características básicas de dichas capacidades y advertir al lector que este elemento es exigible a los particulares como a las autoridades administrativas, legislativas o judiciales.

Por tanto en el presente capítulo se discutirán algunos tipos de capacidad que considero destacan en el derecho, pues dependiendo la fuente se le nombra a esa capacidad.

Como ya establecí, tradicionalmente la capacidad se identifica con el derecho privado en relación con los negocios jurídicos, sin embargo, ésta es sólo una de los tantos tipos de capacidad que podemos encontrar en el campo del derecho. Pues en el derecho público también se exige la capacidad tanto del particular como del gobernante, y qué decir del derecho procesal que se rige bajo las mismas circunstancias. La diferencia en la capacidad del derecho privado al derecho público sólo radica en el nombre con que identifica la ciencia jurídica a esas figuras, sin embargo, en el fondo se componen de los mismos elementos, y termina siendo una facultad para las personas para realizar u omitir un acto jurídico.

Enseguida destacaré en forma breve alguna de ellas (capacidad de goce, de ejercicio y procesal), analizándolas y destacando sus elementos primordiales, a efecto de quedar demostrado que la capacidad no es una figura única del derecho privado, y que a pesar de no ser nombrada en el derecho público con ese nombre, también se exige ésta para la emisión de actos administrativos, legislativos o procesales.

Quedaría pendiente para mejor ocasión abordar el tema de capacidad política, delictual, administrativa etc., ello por razón de tiempo y por no ser parte de este trabajo.

1.- CAPACIDAD DE GOCE

Esta capacidad es la aptitud o facultad que tiene toda persona para adquirir derechos y obligaciones, misma que otorga el orden jurídico desde que existe la persona y se extingue con la muerte.

En la actualidad, la capacidad de goce se adquiere desde que el ser es concebido estando sujeta a la condición que el producto nazca²¹ y sea viable²². Bajo este esquema se debe decir que el hombre, en el momento que es concebido, tiene facultades para adquirir derechos y obligaciones. A manera de ejemplo, un embrión puede recibir en donación, legado o herencia una cosa, la condición para que se perfeccione el contrato es que nazca y sea viable el producto, pero en tanto sucede la condición, el contrato existe, es válido y produce consecuencias jurídicas. Si el producto no llega a nacer, no por ello el contrato deja de existir o ser válido, simplemente, al no cumplirse la condición resolutoria, no se genera el traslado de dominio. Lo importante que se debe destacar de los anteriores argumentos, es que el orden jurídico faculta al concebido para adquirir un derecho, lo que le permite tener capacidad para contratar, es decir, jurídicamente al embrión se le considera una persona. También el embrión está facultado por el orden jurídico y tendrá capacidad para hacer valer otros derechos, como el de la vida, de acceso a la salud, el derecho a una familia, derechos que si bien no podrá defenderlos personalmente, sí podrá hacerlos valer a través de representantes que designe la norma o de representantes que designe una autoridad²³. A manera de ejemplo, si una madre pretende abor-

²¹ Se considera nacido al ser que esta separado completamente del útero materno por expulsión natural o por obra del cirujano. Brugi, Biagio, *Instituciones de derecho civil*, Vol. IV, Trad. del Lic. Jaime Simo Bofarull. México. Oxford. 2001. pág. 175.

²² Se considera viable al ser que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Lo anterior de conformidad con el artículo 337 del Código Civil Federal.

²³ Respecto al tema, se debe destacar que la capacidad del embrión actualmente es muy discutida, pues hay argumentos a favor que establecen que el feto representa un ser humano que tiene relevancia jurídica, que debe ser respetado como hombre. Estableciéndose con ello teorías que han denominado como "derecho de germen" que constituye el supuesto ontológico que es causa y condición de todo derecho subjetivo. Fernández de Buján, Federico. *La vida, principio rector del derecho*. Dykinson. Madrid.1999, p.117. Concebir de esa forma al embrión es dotarlo de capacidad que lo faculta a defender derechos públicos subjetivos como el de la vida, igualdad, salud, alimentación. Ahora bien, el problema de la capacidad radica en establecer desde qué momento el embrión o el feto la tienen, de allí que se discute en qué trayecto de tiempo el embrión se debe considerar que vive, al respecto se han manifestado algunas teorías como la de animación, que indica que en el momento que el embrión tiene movimiento hay vida; contraria a ella la teoría de la inanimación, que establece que el

tar un embrión y si el orden jurídico prohíbe esta situación, el embrión, representado por su padre o por el Estado, tendrá capacidad de goce para impedir se actualice el aborto y el ejercicio de esa capacidad estará a cargo de sus representantes. Si un embrión requiere de un tratamiento médico que pone en peligro la vida de éste por cualquier otra situación pero que no pone en peligro la vida de la madre, el embrión tiene capacidad para que a través de su representante –padre o madre– exija el acceso a la salud. Los anteriores ejemplos no hacen más que advertir que un embrión tiene capacidad de goce, pero sólo en cuanto a la adquisición de derechos, pues no tendrá capacidad para otro tipo de actos en los que éste se deba obligar, lo anterior en razón de que el orden jurídico no le otorga esas facultades, aun cuando pudiera estar representado. La justificación se encuentra en el argumento de que el embrión no tiene patrimonio y por tanto no pudiera obligarse.

En cuanto a los menores de edad y las personas que se encuentran en estado de interdicción, éstos tienen una capacidad de goce más amplia, ya que pueden tener derechos y obligaciones, tanto en el derecho público como en el derecho privado. Un menor o una persona en estado de interdicción está facultado por el orden jurídico para solicitar una nacionalidad, para tener un nombre, una familia, también tiene capacidad para realizar un contrato gratuito u oneroso, o para ser parte en un juicio. Sólo que esa capacidad tiene como característica primordial que se ejercite a través de su representante.

embrión tiene vida desde la fecundación aunque no tenga movimiento. Por tanto, el problema de la personalidad del embrión está relacionado con el momento en que se le infunde un alma espiritual, porque desde ese momento existe un ser humano. Possenti, Vittorio. *¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto jurídico ontológico del embrión humano en el derecho a la vida*. Euns. Pamplona. 1998, pp. 141-142. Hablar de alma espiritual es tal vez un lenguaje religioso que es utilizado para determinar el momento en que el embrión tiene emociones. Considero que ambas teorías –animación o inanimación– ayudan a establecer que el embrión tiene capacidad jurídica, pues ambas centran su discusión en el movimiento del mismo, por tanto, con o sin movimiento se reconoce, al menos doctrinariamente, algún tipo de capacidad. Debo destacar que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1, establece: "Toda persona tiene derecho a que se le respete la vida... a partir del momento de la concepción...", este precepto implícitamente reconoce como persona al concebido, y dicho enunciado normativo permite otorgar capacidad al embrión o feto aun cuando todavía no nazca, al menos en los Estados que hayan firmado ese tratado internacional. De allí que para efectos de este trabajo he considerado que el embrión o el feto tienen cierta capacidad jurídica.

Como regla general se puede establecer que toda persona es declarada capaz por la ley, la incapacidad es una excepción, y ésta puede sólo admitirse cuando el orden jurídico así lo establezca en un enunciado normativo²⁴. Así pues, la capacidad de goce es general y todo hombre la tiene, sólo podrá estar limitada o ausente cuando así lo disponga el orden jurídico.

Por último se debe mencionar que la capacidad de goce se extingue con la muerte, pues el orden jurídico no faculta a persona alguna para adquirir derechos y obligaciones para después de su muerte o estando muerto, sería no nulo sino inexistente cualquier actuación en la que un muerto realizara un acto administrativo o jurídico, pues existiría la ausencia de un elemento de validez denominado consentimiento, un ser muerto no puede dar consentimiento toda vez que no puede desarrollar una conducta.

Las anteriores líneas sólo han sido un esfuerzo para intentar describir la capacidad de goce su aplicación en el derecho público y privado, formar un criterio del momento en que se adquiere y su terminación, dejando pendiente algunas líneas de investigación en la que se pudiera abundar sobre el tema, sobre todo tratándose de la capacidad del embrión o del feto.

2.- CAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad de ejercicio es la aptitud o suficiencia de la persona para realizar por sí misma actuaciones jurídicas, ello en razón de la edad o del estado mental óptimo –tratándose de personas físicas– y en personas morales cuando se cumplan las formalidades que exige la norma jurídica para tenerlas como existentes.

El ejercicio de los derechos y obligaciones es la expresión de la conducta de la persona, que se manifiesta a través de signos inequívocos de lo que trata de hacer y sabedor de la consecuencia jurídica.

En la persona física para ejercitar por sí misma su capacidad requiere haber cumplido cierta edad, ello bajo el argumento de que

²⁴ Planiol, Marcel, y Ripert, George. *Derecho civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso. México. Harla. 1997, p.847.

la edad permite que la realización de una conducta sea más razonada, pues la expresión de esa conducta traerá consigo una consecuencia.

En el sistema jurídico mexicano se requiere la edad de dieciocho años para poder contratar, edad que sirve de referente para ejercitar otros actos jurídicos, sean de derecho público o derecho privado, aunque hay que establecer que existen algunas situaciones en donde requiere la persona otra edad para ejercer su capacidad. Como ejemplo de lo anterior está el ejercicio político de ser votado a un cargo de elección popular, en donde se advertirá que según el cargo es la edad que debe cubrir el interesado; también se exigen edades para ejercer cargos en órganos jurisdiccionales.

Decía que el ejercicio de los derechos y obligaciones es la expresión de una conducta razonada, por tanto en todos los actos jurídicos se requiere que quien los ejercite no sólo tenga una edad mínima, sino además que esté apto mentalmente, pues sólo una persona que esté bien mentalmente puede valorar o razonar sobre la obligación o derecho que adquiere, y puede establecer o predecir la consecuencia jurídica que le traerá su actuación.

Es importante establecer que existe la posibilidad de que pese a tener una capacidad de ejercicio, ésta se encuentre limitada, ello por razón de existir una incapacidad especial subjetiva, por ejemplo; puedo tener una capacidad para ejercer un derecho político en razón de tener 30 años de edad, ya que por la edad se tiene derecho a votar y a participar en un cargo de elección popular, empero sucede que no cuento con una capacidad especial subjetiva consistente, en que por razón de mi profesión pueda participar como candidato a un cargo de elección popular, esto sucede con los ministros de culto religioso, personas que tienen una incapacidad para ser votados.

3.- CAPACIDAD PROCESAL

Esta capacidad es un poder conferido por el orden jurídico para participar en la producción de la norma jurídica individual establecida en la sentencia judicial. Se trata de un poder jurídico, y su conce-

sión por el orden jurídico, constituye un facultamiento en el sentido estricto y específico de la palabra²⁵. Esta capacidad procesal se exige tanto a los órganos jurisdiccionales como a las partes que participan en un litigio.

A.- La capacidad de los órganos jurisdiccionales

A los órganos jurisdiccionales, representados por los juzgadores, se les exige una capacidad genérica para actuar como tal en nombre del Estado, y que sean competente en la causa que se trate, además de encontrarse en condiciones subjetivas determinadas, sin las cuales la ley les tiene por incapas²⁶. Este primer acercamiento permite establecer que el orden jurídico faculta a una persona moral –Estado– para impartir justicia, situación que realiza a través de funcionarios investidos de esa competencia –jueces, magistrados, ministros, jurado– personas físicas que deben cubrir requisitos genéricos y subjetivos para realizar en nombre del Estado la administración de la justicia.

La capacidad genérica que se exige con frecuencia a la persona física para administrar justicia, tiene que ver con la profesión, con su edad, con su experiencia, con su solvencia moral, estos requisitos se vuelven indispensables para que pueda fungir como juzgador. La mayoría de los órdenes jurídicos, establecen enunciados normativos, en los que se exige para la tarea de administración de la justicia que la persona física tenga la profesión de abogado, una edad mínima que haga pensar que tiene la madurez suficiente para emitir un criterio, un tiempo mínimo de experiencia que pueda respaldar sus conocimientos, y una solvencia moral que permita que sus resoluciones tengan respeto.

La carencia de la capacidad genérica de la que venimos tratando implica que la persona física carezca de una suficiencia para actuar, pues no reúne los requisitos formales para la realización de la conducta que faculta el orden jurídico. Imaginemos que una persona reúne los requisitos para ser juzgador a excepción del mínimo de

²⁵ Kelsen, Hans. *Op. cit.*, p.158.

²⁶ Chiovenda, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso. México. Harla. 1997. p.317.

experiencia, esa persona, aunque sea un docto en derecho, no podría emitir resoluciones y si las emite, las mismas carecerán de validez, pues esa persona no reúne la suficiencia para realizar ese tipo de actuaciones.

Además de la capacidad genérica, se exige que el Juzgador reúna una capacidad especial subjetiva, que se refiere a que el órgano jurisdiccional no carezca de la independencia, el rigor y la imparcialidad indispensable en su función²⁷, en virtud de una relación de amistad, parentesco o interés en el objeto, que tenga con las partes o con otros órganos jurisdiccionales. En ocasiones, el juzgador reúne su capacidad genérica para conocer de un asunto, sin embargo, puede suceder que una de las partes –actor o demandado– tenga una relación de amistad o de parentesco con ese juzgador, siendo así el funcionario carece de una capacidad especial subjetiva, que implica que deba abstenerse de conocer el asunto, so pena de incurrir en responsabilidad y de nulificar el procedimiento realizado. Pues dejarlo continuar en el conocimiento del asunto generaría la desconfianza de una de las partes, pues estaría en tela de juicio la imparcialidad con que haya actuado el órgano jurisdiccional, aun cuando haya actuado imparcialmente²⁸.

²⁷Chioyenda, *ibidem*, p.317.

²⁸ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en jurisprudencia que la capacidad especial subjetiva en el juzgador, es un impedimento que no le permite conocer de un asunto, y no por falta de capacidad del órgano jurisdiccional, sino por una incapacidad propia y personal de los sujetos que asumen la calidad de órgano que desempeña la función judicial. Dicha jurisprudencia establece al rubro "IMPEDIMENTO. ES UNA FIGURA JURÍDICA QUE LIMITA AL JUZGADOR EN SUS FUNCIONES PARA INTERVENIR EN CASOS ESPECÍFICOS, EN QUE PUEDE VERSE AFECTADA SU IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA". De una sana y analítica interpretación de los artículos 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 105 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación se advierte que el Estado, para poder dar cumplimiento a una de sus funciones primordiales, como es la de asegurar una recta administración de justicia procura, para que sean llamadas a esa tarea, sólo a personas que por sus conocimientos, que serán evaluados a través de concursos, cultura y capacidad intelectual, así como por sus particulares requisitos de amplia moralidad y agudo escrúpulo en el cumplimiento de sus deberes, para que sean las que aparezcan como las más aptas y apropiadas para el adecuado funcionamiento de las tareas que les encomienda la alta investidura judicial. Sin embargo, en ocasiones las funciones atribuidas a los servidores públicos sufren limitaciones que por razones particulares, no sólo no pueden ejercerlas, sino que se les impone por las normas procesales la obligación precisa de no cumplirlas o de no ejercer las facultades para las que fueron propuestos, dado que, independientemente de la titularidad que se confiere a los órganos jurisdiccionales, también son personas físicas que,

Aunado a lo anterior, es decir, además de exigirse la capacidad genérica o la capacidad especial subjetiva, que vienen a ser reglas que especifican el modo de designación, las condiciones requeridas para ocupar el cargo, principios de conducta y la estabilidad de la función judicial, se requieren reglas que especifiquen el objeto y contenido de la jurisdicción del juez, como mencionaba Hart, reglas que dan potestad para conocer en cierto tipo de casos²⁹, es decir, reglas que delimiten el conocimiento de los juicios por materia, por territorio, por grado, lo que se conoce como competencia, que no es más que una facultad que otorga el orden jurídico a una persona moral representada en esa función por personas físicas para realizar un acto procesal. El objeto de esas potestades es definir las condiciones y límites bajo las cuales las decisiones de los jueces serán válidas³⁰. Así pues, si un juzgador tiene capacidad genérica y

como tales, viven dentro de un conglomerado social y son, por consiguiente, sujetos de derecho, de intereses, con relaciones humanas, sociales y familiares, titulares de bienes propios, situaciones de vida personal, etc., abstracción hecha de la calidad que asumen como órganos del Estado, por lo que aun cuando su designación como funcionarios judiciales esté rodeada de una serie de garantías, de modo que asegure su máxima idoneidad para el cumplimiento de sus actividades, puede ocurrir, por circunstancias particulares que revisten situaciones de excepción, que quien desempeña la función de impartir justicia no sea la persona más idónea en relación con una litis determinada, no por incapacidad del órgano o del oficio, sino por una incapacidad propia y personal de los sujetos que asumen la calidad de órgano que desempeña la función judicial. En consecuencia, el ejercicio de dicha función, por lo que a la persona del juzgador se refiere, se ve limitado subjetivamente por todas esas relaciones personales que permiten presumir parcialidad, si tuviera que juzgar a ciertas personas o situaciones con las que le unen vínculos de afecto o relaciones de dependencia o antagonismo, lo que da lugar a un conflicto de intereses, en pugna con el interés público que conlleva el ejercicio de la función jurisdiccional, con el interés personal de quien debe ejercerla en un caso concreto, como esas situaciones dan lugar a una figura jurídica denominada impedimento, cuyo fundamento está plasmado en el artículo 17 constitucional que establece, entre otras cuestiones, que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia de manera pronta e imparcial y el artículo 66 de la Ley de Amparo prevé que quienes estén impedidos para conocer de los juicios en que intervengan deberán manifestarlo, ya sea porque exista amistad estrecha o enemistad manifiesta con alguna de las partes o sus abogados o representantes, al darse tales circunstancias, resulta forzosa la excusa del funcionario, ya que la ley establece una función de pleno derecho con el fin de asegurar la garantía de neutralidad en el proceso, por lo que el legislador le niega taxativamente idoneidad al juzgador y da por hecho que no existe independencia para que conozca de determinado negocio en los casos previstos en el último precepto en comento, lo que implica una declaración formal que deja intocada la respetabilidad personal, probidad, buena opinión y fama del juzgador, evitándose así una situación subjetiva que pudiera dañar la imagen personal de aquél y una afectación al justiciable. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIX, de fecha abril de 2004, página 1344.

²⁹ Hart., H.L.A., Op. cit. p.37.

³⁰ Hart., H.L.A., Ibidem p.37.

especial subjetiva, pero se excede de su jurisdicción, la resolución que emita estará viciada, y no por el contenido, ya que la resolución puede estar impecable: estará viciada por haber sido emitida por un juzgador sin capacidad³¹. Es así que la capacidad procesal en los juzgadores se manifiesta, y es necesario cubrirla para que sus actuaciones sean plenamente válidas. Debo aclarar que, cuando una resolución es emitida por un juez que carece de capacidad, no por ello la resolución a primera facie es inválida, sino por el contrario tiene plenos efectos, su nulidad provendrá siempre y cuando una de las partes –obviamente la afectada– solicite la nulidad respectiva a través de los medios de defensa que tenga a su disposición.

B.- Capacidad de las partes para estar en juicio

Ya analizamos brevemente la capacidad de los órganos jurisdiccionales, ahora pasaremos a analizar la capacidad de las partes, que no es otra cosa que la capacidad jurídica trasladada o proyectada al proceso³², en la que se requiere para actuar en juicio las cualidades para contratar³³, que refieren a la edad y a no encontrarse en estado de interdicción –locura o idiotez–. Al respecto se debe puntualizar que existe la capacidad para ser parte y la capacidad para estar en juicio; la primera la tiene toda persona física o moral por el hecho de existir, la segunda sólo pertenece a las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos que en él se hacen valer³⁴.

Bajo ese contexto, la capacidad para ser parte se goza a partir del nacimiento y se pierde con la muerte, independientemente de la edad o del estado mental en que se encuentre la persona, es decir, un menor de edad puede ser parte en un proceso judicial o administrativo, pues ese menor puede exigir cumplimiento de obligaciones o exigir algún

³¹ H.L.A. HART, indicaba al respecto: "...no es lo dicho o resuelto por el Juez lo que está mal, sino el hecho de que él lo haya dicho o resuelto. Ha pretendido hacer algo para lo que no está jurídicamente capacitado..." Hart., H.L.A., Ibidem, p.38.

³² Chiovenda, Giuseppe. Op. cit., p.334.

³³ Carnelutti, Francesco. *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso. México. Harla. 1997, p.142.

³⁴ Calamandrei, Piero. *Derecho procesal civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso. México. Harla. 1997, p.194.

derecho, o viceversa, se le puede exigir el cumplimiento de un deber. Sólo que para ejercer o defender sus derechos requerirá de un representante que en su nombre defienda su causa; este representante pueden ser los padres, un tutor, albaceas o cualquier otro representante ya sea designado por la norma, por los Juzgadores o por quienes tengan disposición legítima sobre el menor. Lo mismo sucede con una persona moral, desde que existe jurídicamente tiene capacidad o está facultada por el orden jurídico para ser parte en un proceso, ya sea en carácter de actor, demandado, procesado etc., sólo que para comparecer a juicio requiere de su representante designado en su acta constitutiva.

Por tanto la capacidad para ser parte refiere a la facultad que otorga el orden jurídico a las personas para acudir a un procedimiento judicial o administrativo, sin interesar sus cualidades subjetivas, interesando solo la existencia de la persona.

En cambio la capacidad para acudir a juicio, refiere a la facultad que otorga el orden jurídico a las personas que reúnen los requisitos para contratar así como para hacer valer los derechos que reclaman. Un mayor de edad tiene capacidad para ser parte en un proceso y tiene capacidad para actuar en juicio, pues su mayoría de edad le permite ejercitar sus derechos o defenderlos por sí mismo ante un órgano jurisdiccional. En cambio, un menor de edad tiene capacidad para ser parte pero no tiene capacidad para comparecer a juicio por sí mismo, en razón de su incapacidad de ejercicio.

CONCLUSIONES

1.- La capacidad es la aptitud, suficiencia o facultad que tiene una persona para realizar un acto permitido por el orden jurídico, a efecto de crear un acto jurídico válido que produce consecuencias jurídicas.

2.- La capacidad jurídica se conforma por elementos como:

a) La conducta de una persona expresada como una aptitud, suficiencia o facultad.

b) Una conducta permitida por el orden jurídico a efecto de crear actos jurídicos válidos que producen consecuencias jurídicas.

c) Un atributo de la persona o sujeto de derecho.

3.- La capacidad jurídica no es una figura exclusiva del negocio jurídico, sino es un elemento de validez de todo acto, ya sea de derecho público o de derecho privado, y por tanto tiene manifestaciones de todo tipo en las diversas materias jurídicas; así, se puede hablar de capacidad administrativa, procesal, política, parlamentaria, civil o comercial, todas bajo argumentos en común que refieren al concepto básico de la capacidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, Martín: *Enciclopedia del idioma; Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española (siglo XII al XX) Etimológico, tecnológico Regional e Hispanoamericano*, Madrid. Editorial Aguilar. 1982.
- Álvarez Ledesma, Mario I. *Introducción al Derecho*. México. Mc Graw Hill. 1995.
- Brugi Biagio, *Instituciones de derecho civil*, Vol. IV, Trad. del Lic. Jaime Simo Bofarull. México. Oxford. 2001.
- Calamandrei, Piero. *Derecho procesal civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso. México. Harla. 1997.
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso. México. Harla. 1997.
- Chiovenda, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso. México. Harla. 1997.
- Dworking, Ronald. *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino. España. Ariel Derecho. 2002.
- Fernández de Buján, Federico. *La vida, principio rector del derecho*. Dykinson. Madrid. 1999.
- García Máynez. Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. México. Porrúa. 1992.
- Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho* trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2007.
- Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos normativos*, México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 2007.

- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo. México. Porrúa 2003.
- Moreso, Juan José. *Lenguaje Jurídico. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid. Trotta.1995.
- Possenti, Vittorio. *¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto jurídico ontológico del embrión humano en el derecho a la vida*. Eunsa. Pamplona.1998.
- Planiol, Marcel y Ripert, George. *Derecho civil*, trad. Enrique Figueroa Alfonso. México. Harla. 1997.
- Rojina Villegas, Rafael. *Introducción y Personas*. México. Porrúa. 2001.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *El derecho y la ciencia del Derecho. Introducción a la ciencia jurídica*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. , 1986.

La función del defensor público federal y la sistemática constitucional

José Fernando Sánchez Salas*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la forma de ser del Estado, instituye la integración y competencia de los poderes públicos, y otorga los derechos que goza todo individuo que se encuentre en el territorio nacional. Además, constituye el fundamento de validez de los ordenamientos secundarios. Estas características, entre otras, la convierten en Ley Suprema.

La palabra "constitución", proviene del latín *constitutio, -onis*, acepción que refiere varios significados, entre los que destacan: "acción y efecto de constituir"; "esencia y cualidades de una cosa que la constituyen como es y la diferencian de los demás"; "forma o sistema de gobierno que tiene cada estado"; y "ley fundamental de un estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política."¹

La Constitución por ende se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico de un Estado, siendo el sentido y límite de las normas secundarias, por ello estas últimas no pueden estar por encima de la ley fundamental; en nuestro país, el medio por el cual se

* Defensor Público Federal.

¹ Vid. en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, t.a/g, 22^a. Ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 632.

impugna un ordenamiento que contraria la constitución es el juicio de amparo indirecto, el cual, dicho sea de paso, cuenta con los recursos que su propia ley reglamentaria le impone, de los cuales nos interesa el recurso de revisión previsto en el artículo 83, fracción III del ordenamiento en mención.

Se ha dicho que el Juicio de Amparo ha sido la piedra angular para la protección de los derechos esenciales del gobernado y de la Constitución,² en atención a que a través del mismo es posible combatir los actos arbitrarios de los depositarios del poder público que afectan la esfera jurídica del gobernado.

No obstante, es recurrente encontrar cánones en la propia Ley de Amparo que no responden a la paz constitucional, pues contravienen valores y principios contenidos en el propio texto constitucional.

Tal es el caso del sobreseimiento decretado en segunda instancia sin dar vista a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga, cuando la causal de improcedencia no fue invocada en la primera, circunstancia que transgrede la garantía de audiencia que consagra el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

El objetivo principal del presente artículo consiste en demostrar que cuando el sobreseimiento se decreta en segunda instancia por estimar actualizadas causas de improcedencia diversas a las invocadas por el Juez de Distrito, sin darle vista a las partes y principalmente al quejoso para que formulen alegatos en relación con la probable causal de improcedencia advertida por el Tribunal Colegiado de Circuito o por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contraviene las formalidades esenciales del procedimiento.

El artículo 91, fracción III de la Ley de Amparo adicionado por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de febrero de 1951 previene:

ARTÍCULO 91.- EL TRIBUNAL EN PLENO, LAS SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA O LOS TRIBUNALES CO-

² Según refiere el ministro Genaro David Góngora Pimentel, al introducir el proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, SCJN, México 2000, p. 19.

LEGIADOS DE CIRCUITO, AL CONOCER DE LOS ASUNTOS EN REVISIÓN, OBSERVARÁN LAS SIGUIENTES REGLAS:

...

III.- SI CONSIDERAN INFUNDADA LA CAUSA DE IMPROCEDENCIA EXPUESTA POR EL JUEZ DE DISTRITO O LA AUTORIDAD QUE HAYA CONOCIDO DEL JUICIO DE AMPARO EN LOS CASOS DEL ARTÍCULO 37, PARA SOBRESEER EN ÉL EN LA AUDIENCIA CONSTITUCIONAL DESPUÉS DE QUE LAS PARTES HAYAN RENDIDO PRUEBAS Y PRESENTADO SUS ALEGATOS, PODRÁN CONFIRMAR EL SOBRESEIMIENTO SI APARECIERE PROBADO OTRO MOTIVO LEGAL, O BIEN REVOCAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA Y ENTRAR AL FONDO DEL ASUNTO, PARA PRONUNCIAR LA SENTENCIA QUE CORRESPONDA, CONCEDIENDO O NEGANDO EL AMPARO;

Como emerge con diáfana claridad el artículo 91, fracción III de la Ley de Amparo señala que si el Tribunal Colegiado de Circuito o la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera infundada la causa de improcedencia expuesta por el Juez de Distrito o la autoridad que haya conocido del juicio en los casos del artículo 37 de la propia Ley (habría que agregar además a los Tribunales Unitarios de Circuito conforme lo previsto por el artículo 107, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 31 de diciembre de 1994 y 29 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación) podrá confirmar el sobreseimiento si apareciere probado otro motivo legal.

A fin de ahondar en la cuestión planteada, conviene precisar *grosso modo* qué se ha entendido por improcedencia y sobreseimiento.

La improcedencia constituye un obstáculo para analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado; el sobreseimiento es un acto procesal que concluye el procedimiento sin solucionar la controversia, es decir, sin analizar si los actos reclamados son o no constitucionales.

La diferencia fundamental entre *improcedencia* y *sobreseimiento* fue denunciada en la exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles Federales que refiere el maestro Alfonso Noriega en su prestigiada obra *Lecciones de amparo*, la cual constituye el primer texto legal en donde aparece expresamente regulada la improcedencia en el amparo.³

Se han confundido frecuentemente los motivos de improcedencia de una demanda con los de fondo, lo que ha dado lugar a innumerables cuestiones cuya resolución legal estaba justamente exigida por el interés público. Para evitar tal confusión se agruparon en el artículo 779, todos los casos de improcedencia, tarea difícil y peligrosa, pero con la cual se logró ordenar la materia y precisar esos motivos, antes sujetos al inseguro criterio de una jurisprudencia vacilante y contradictoria. En los casos de improcedencia, se ha incluido algunos de sobreseimiento que señalaba la ley de 1882. *La razón general es que todo lo que impide que se examine el acto reclamado, es motivo de improcedencia y la de sobreseimiento es la misma. La diferencia entre improcedencia y sobreseimiento estriba solamente en la época en que acaece o se conoce el motivo. Si es antes de la demanda, produce declaración de improcedencia, si después, produce la declaración de sobreseimiento...*

Cuando la improcedencia es manifiesta e incuestionable procede el desechamiento *in limine* de la demanda, de conformidad con lo previsto por el artículo 145 de la Ley de Amparo, resolución que admitirá en su contra el recurso de revisión a que se refieren los artículos 82 y 83, fracción I del citado ordenamiento.

La improcedencia también puede *aparecer* o *sobrevenir* durante la substanciación del procedimiento o en la propia sentencia, en cuyo caso, se actualizará una resolución conocida como sobreseimiento la cual se encuentra contemplada en el ordinal 74, que admitirá el recurso de revisión previsto en los artículos 82 y 83 fracciones III y IV.

³ Vid. NORIEGA, Alfonso. *Lecciones de Amparo*. Tomo I. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México 2000, p. 453.

Las causales de improcedencia pueden ser legales, jurisprudenciales y constitucionales, sin perder nunca de vista que deben encontrarse plenamente probadas al ser denegatorias de justicia.⁴

No pasando de lado el criterio de nuestros Tribunales Federales con los criterios de jurisprudencia:

Registro No. 181328

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIX, Junio de 2004

Página: 1444

Tesis: I.6o.A.8 K

Tesis Aislada

Materia(s): Común

IMPROCEDENCIA DEL AMPARO, CAUSALES DE. DEBEN ESTAR PLENAMENTE ACREDITADAS Y NO ESTABLECERSE A TRAVÉS DE PRESUNCIONES. Las causales de improcedencia deben estar plenamente acreditadas y no establecerse a través de presunciones; por tanto, si de las constancias de autos el Juez de Distrito no advierte plenamente su justificación, debe analizar el fondo del asunto.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 643/2003. José Ramón Barreda Alvarado y otros. 18 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: José Alejandro Luna Ramos. Secretaria: Rocío Balderas Fernández.

Amparo en revisión 800/2003. Boris Gerardo Calva Navarro. 18 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: José Alejandro Luna Ramos. Secretaria: Ana Rosa Granados Guerrero.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo VI, Materia Común, página 187, tesis 229, de rubro:

⁴ Vid. BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. Editorial Porrúa. Trigésima segunda edición. México 1995, pp. 445-493.

"IMPROCEDENCIA DEL AMPARO. DEBE PROBARSE PLENAMENTE Y NO APOYARSE EN PRESUNCIONES.

Así como;

Registro No. 231759

Localización:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

I, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1988

Página: 680

Tesis Aislada

Materia(s): Común

SOBRESEIMIENTO FUERA DE LA AUDIENCIA CONSTITUCIONAL. ES ILEGAL. El sobreseimiento del juicio de garantías decretado fuera de la audiencia constitucional, priva al quejoso de la oportunidad de desvirtuar el contenido del informe justificado de la autoridad responsable, así como de aportar pruebas, razón por la cual resulta ilegal.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 808/85. Jesús García Aréchiga. 4 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Morales Ibarra. Secretario: Jorge Valencia Méndez.

Nota: Reitera criterio de la Jurisprudencia 272, octava parte, Apéndice 1917/85.

No olvidando el criterio:

Registro No. 176813

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Octubre de 2005

Página: 2503

Tesis: V.2o.45 K

Tesis Aislada

Materia(s): Común

SOBRESEIMIENTO FUERA DE LA AUDIENCIA CONSTITUCIONAL. PROCEDE DECRETARLO AL ACTUALIZARSE UNA CAUSA MANIFIESTA E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA. Conforme a la fracción III del artículo 74 de la Ley de Amparo, para que válidamente pueda sobreseerse en el juicio, debe invocarse alguna fracción del artículo 73 de la propia ley; sin embargo, no necesariamente toda causa de improcedencia puede considerarse un motivo manifiesto e indudable de improcedencia del juicio de garantías que dé lugar a decretar el sobreseimiento, fuera de la audiencia constitucional, pues para ello es menester que la causa se manifieste con tal notoriedad que la haga aplicable sin ulterior comprobación de datos o elementos que la integren, porque éstos surgen a la vista y, además, se tenga la certeza absoluta de que no existe, ni puede sobrevenir, elemento alguno que haga cambiar dicha apreciación.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 458/2004. Fianzas México Bital, S.A., Grupo Financiero Bital. 18 de agosto de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Ramírez Ruiz. Secretaria: Raquel Nieblas Germán.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVII, marzo de 2003, página 386, tesis 2a./J. 10/2003, de rubro: "SOBRESEIMIENTO. PROCEDE DECRETARLO FUERA DE LA AUDIENCIA CONSTITUCIONAL, CUANDO SE ACTUALICE UNA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA, MANIFIESTA E INDUDABLE."

Así como;

Registro No. 180059

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XX, Noviembre de 2004

Página: 2026

Tesis: VI.1o.A.18 K

Tesis Aislada

Materia(s): Común

SOBRESEIMIENTO FUERA DE AUDIENCIA CONSTITUCIONAL. CUANDO LA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA NO ES NOTORIA E INDUDABLE, EL TRIBUNAL COLEGIADO QUE CONOZCA DE LA REVISIÓN DEBE ORDENAR LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO. Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en la fracción III del artículo 83 de la Ley de Amparo, y la jurisprudencia 2a./J. 10/2003 sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "SOBRESEIMIENTO. PROCEDE DECRETARLO FUERA DE LA AUDIENCIA CONSTITUCIONAL, CUANDO SE ACTUALICE UNA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA, MANIFIESTA E INDUDABLE", es factible dictar un auto de sobreseimiento fuera de la audiencia de ley, también es que ello sólo procede cuando se actualice una causal de improcedencia notoria, manifiesta e indudable. De modo tal, que cuando el Tribunal Colegiado que conoce del recurso de revisión interpuesto contra un auto de esa naturaleza, advierte que la causal de improcedencia invocada por el Juez de Distrito no es notoria e indudable, no puede reasumir jurisdicción en términos de la fracción III del artículo 91 de la Ley de Amparo, pues ello sólo es posible cuando el Juez Federal sobresee en el juicio en la audiencia constitucional, después de que las partes hayan rendido pruebas y presentado alegatos, presupuestos que no se cumplen cuando se sobresee en forma incorrecta fuera de dicha audiencia. En un caso así, debe considerarse que se violan las normas fundamentales que norman el procedimiento en el juicio de amparo, por lo que con fundamento en el artículo 91, fracción IV, de la ley de la materia, debe revocarse el auto de sobreseimiento y ordenar al a quo reponer el procedimiento, para el efecto de que señale día y hora para la celebración de la audiencia constitucional, a fin de que las partes estén en aptitud, en su caso, de rendir las pruebas que

estimen pertinentes y formular sus alegatos, hecho lo cual dicte la sentencia que en derecho corresponda.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 181/2004. Vidal Martínez Castillo. 30 de junio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Higuera Corona.

Nota: La tesis 2a./J. 10/2003 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVII, marzo de 2003, página 386.

De manera que se estima que el artículo 91, fracción III de la Ley de Amparo no es armónico en forma lógica y sistemática a nuestra Constitución Federal, en razón a lo siguiente:

Artículo 14 Constitucional:

ARTÍCULO 14. A NINGUNA LEY SE DARÁ EFECTO RETROACTIVO EN PERJUICIO DE PERSONA ALGUNA.

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.

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 QUE SE TRATA.

EN LOS JUICIOS DEL ORDEN CIVIL, LA SENTENCIA DEFINITIVA DEBERÁ SER CONFORME A LA LETRA O A LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LA LEY, Y A FALTA DE ÉSTA SE FUNDARÁ EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

El precepto Constitucional citado, en su segundo párrafo consagra la garantía de audiencia la cual consiste en el derecho que

tiene todo gobernado a la efectiva oportunidad de defensa frente a un acto privativo emitido por los depositarios del poder público.

Se ha dicho que el antecedente más remoto de la garantía de audiencia se encuentra en el derecho hebreo, que permitía al pueblo ser juzgado por un tribunal llamado *Sanhedrín*, de acuerdo con ciertas prescripciones que regulaban el procedimiento. Posteriormente, el artículo 39 de la Carta Magna Inglesa de 1215 expedida por el rey Juan Sin Tierra previó que nadie podría ser privado de su vida, su libertad o sus bienes, sin un juicio previo emitido por un tribunal y de acuerdo con el *Common law*.⁵

En nuestra Nación, la primigenia Constitución que estableció como imperativo la garantía de audiencia fue la de 1857, en su artículo 14, retomando la formula estadounidense de debido proceso legal.⁶

En hilo de lo anterior, habrá que acotar que *Audiencia* significa conforme al Diccionario de la Real Academia Española: "Acto de oír los soberanos u otras autoridades a las personas que exponen, reclaman o solicitan una cosa... Admitir el rey, sus ministros u otras autoridades a los sujetos que tienen que exponer, reclamar o solicitar alguna cosa...".⁷

Luego entonces, para lograr el valor axiológico supremo que preconiza el segundo párrafo del artículo 14 constitucional (oportunidad de defensa), es indispensable que todo acto privativo de derechos cumpla con los requisitos que el propio numeral prevé, que constituyen diversas garantías de seguridad jurídica a saber: a) sea producto de un juicio previo; b) seguido ante tribunales previamente establecidos; c) donde se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; y d) se juzgue con leyes expedidas con anterioridad al hecho.⁸

⁵ Colección Garantías Individuales. *Las Garantías de Seguridad Jurídica*. Tomo 2. Poder Judicial de la Federación. Primera edición 1999. Segunda reimpresión 2004, p. 49.

⁶ *Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Tomo I. Editorial Porrúa. México 2001, p. 423.

⁷ Real academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima primera edición. Tomo I. A-G. Madrid 1992, p. 229.

⁸ Op. Cit., *Enciclopedia Jurídica Mexicana...* pp. 423-424.

La primera de esas garantías específicas se encuentra en la expresión "mediante juicio", lo que implica que para que un acto no sea violatorio de la garantía de audiencia, debe ser precedido de un procedimiento en el cual el sujeto afectado tenga plena injerencia. El juicio puede ser llevado por la autoridad jurisdiccional, administrativa o judicial, según el tipo de bien afectado por la privación. La segunda, relativa a los tribunales previamente establecidos, se refiere tanto a los órganos jurisdiccionales estatales como a las autoridades administrativas. La tercera, referida a las formalidades esenciales del procedimiento, se integra por los derechos de defensa, consistente en la posibilidad de ser "oído" en el juicio respectivo, y de ofrecer y desahogar pruebas que tiene el afectado. La cuarta y última garantía específica hace referencia a la retroactividad de las leyes.⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha explicado con claridad qué se entiende por *formalidades esenciales del procedimiento*, al señalar que son aquellas que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo, entre las cuales se encuentra de manera genérica: a) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; b) la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; c) *la posibilidad de alegar*; y d) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

La jurisprudencia a que se ha hecho alusión es la que a continuación se transcribe:

No. Registro: 200,234

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Común

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Diciembre de 1995

Tesis: P./J. 47/95

Página: 133

⁹ Idem.

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.

La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

Amparo directo en revisión 2961/90. Opticas Devlyn del Norte, S.A. 12 de marzo de 1992. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo directo en revisión 1080/91. Guillermo Cota López. 4 de marzo de 1993. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

Amparo directo en revisión 5113/90. Héctor Salgado Aguilera. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl Alberto Pérez Castillo.

Amparo directo en revisión 933/94. Blit, S.A. 20 de marzo de 1995. Mayoría de nueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Amparo directo en revisión 1694/94. María Eugenia Espinosa Mora. 10 de abril de 1995. Unanimidad de nueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veintitrés de noviembre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 47/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, Distrito Federal, a veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

De igual forma resulta ilustrativo el siguiente criterio:

No. Registro: 188,033

Tesis aislada

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, Enero de 2002

Tesis: I.7o.A.41 K

Página: 1254

AUDIENCIA. CÓMO SE INTEGRA ESTA GARANTÍA.

De entre las diversas garantías de seguridad jurídica que contiene el segundo párrafo del artículo 14 constitucional destaca, por su primordial importancia, la de audiencia previa. Este mandamiento superior, cuya esencia se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír en defensa a los afectados. Dichas formalidades y su observancia, a las que se unen, además, las relativas a la garantía de legalidad contenida en el texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional, se constituyen como elementos fundamentales útiles para demostrar a los afectados por un acto de autoridad, que la

resolución que los agravia no se dicta de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige. Así, con arreglo a tales imperativos, todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite; que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa tenga oportunidad de demostrarla, y quien estime lo contrario, cuente a su vez con el derecho de acreditar sus excepciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3077/2001. Comité Particular Ejecutivo Agrario del Nuevo Centro de Población "Miguel de la Madrid Hurtado". 10 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Amelia Vega Carrillo.

Como puede observarse, una de las subgarantías de seguridad jurídica que integran la garantía de audiencia son las formalidades esenciales del procedimiento, las cuales a su vez se hacen consistir en todas aquellas que garanticen una eficaz y oportuna defensa al gobernado previas al acto privativo.

Se sostiene que el artículo 91, fracción III de la Ley de Amparo no respeta el Texto Constitucional, porque permite que el juez de amparo de segunda instancia invoque de oficio una causal de improcedencia que no fue materia de impugnación en la primera instancia, sin que se le permita al quejoso la posibilidad de alegar; de

exponer las razones por las cuales considera que la causal de improcedencia no se actualiza en su perjuicio y que dichos argumentos sean tomados en cuenta por el tribunal revisor.

Cuando la causal de improcedencia fue invocada por el juez de Distrito; superior de la autoridad responsable en los casos a que se refiere el artículo 37 de la Ley de Amparo o el Tribunal Colegiado de Circuito, emerge con meridiana claridad que el quejoso puede exponer las razones por las cuales considera que resulta inexactamente aplicada la causal de improcedencia, sin embargo, dicha circunstancia no ocurre cuando el Tribunal revisor de oficio menciona una causal de improcedencia distinta a la aplicada por el *a-quo*, pues en este supuesto el quejoso queda totalmente en estado de indefensión frente a los argumentos del Tribunal de Circuito o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que conocen del recurso de revisión, ya que no existe la posibilidad de que formule alegaciones tendientes a desvirtuar la configuración de la causal de improcedencia invocada de oficio en la segunda instancia.

Debe decirse que no pasa de lado que la procedencia del juicio de amparo es una cuestión de orden público, y por ello las causas de improcedencia son preferentes a cualquier otra cuestión, lo que se pretende dejar claro es que el juez de amparo, como garante del orden constitucional, no puede dejar a un gobernado sin defensa; en efecto, ante la situación planteada, se deja en total estado de indefensión al quejoso, dado que el juez de primera instancia no percibió una causal de improcedencia distinta a la invocada y, al presumirla, el revisor entra a su estudio en forma oficiosa resolviendo el amparo en sentido negativo al quejoso, sin que éste se entere de los motivos que hacen presumir dicha causal, dejándolo en estado de indefensión y al ser el revisor la última instancia, constituye un acto de imposible reparación.

Debido a ello, no debe tenerse por actualizada una causal de improcedencia sin haber oído al quejoso al respecto, ya que, como se dijo, se violenta el orden constitucional al no dejarlo ejercer su derecho subjetivo público contenido en el párrafo segundo de nuestra Constitución Federal.

Por lo que, en opinión del suscrito, debe interpretarse la fracción III del artículo 91 de la Ley de Amparo en forma lógica y sistemática a nuestra Constitución Federal para otorgarle la oportunidad de formular alegatos al quejoso en la substanciación del recurso de revisión, cuando el Tribunal Colegiado de Circuito o la Suprema Corte de Justicia de la Nación pretendan aplicar una causal de improcedencia o de sobreseimiento que no fue invocada en la primera instancia, si se toma en cuenta que las decisiones de éstos últimos son terminales e inatacables.

Debe ponerse de relieve que los estudiosos del derecho han coincidido que debe crearse una nueva Ley de Amparo, ya que debe adecuarse la misma a la actualidad, sin embargo, debe precisarse que, hasta el momento, las condiciones políticas y sociales del país no han permitido la creación de una nueva ley o una reforma sustancial a la existente, por lo que, mientras llega ese momento, considero que el juez de garantías puede otorgar ese derecho a las partes realizando una interpretación de conformidad con el plexo constitucional, lo cual sería un cambio paradigmático en la substanciación del recurso de revisión.

Interpretar un texto significa atribuirle sentido o significado.¹⁰

Existen diversos tipos de interpretación, entre los cuales se distingue la llamada interpretación *correctora*, en contraposición a la interpretación *declarativa* o *literal*.

La interpretación correctora se aparta del significado propio y literal del texto normativo y corrige la voluntad del legislador. Es interpretación correctora cualquier interpretación que atribuye a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto.¹¹

Una de las clases de interpretación correctora es la llamada interpretación "*sistemática*", que parte del dogma de la coherencia y unidad del orden jurídico.

¹⁰ Vid. GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. Tercera Edición. Traducción Marina Gascón y Miguel Carbonell. Editorial Porrúa. UNAM. México 2001, p. 2. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Sexta Edición 1999. Editorial Tecnos. Madrid, p. 254.

¹¹ Op cit., GUASTINI, Riccardo, p. 31.

Una subclase de la interpretación sistemática es la interpretación "*adecuadora*", que consiste en adaptar el significado de una disposición al significado de otras disposiciones de rango superior o bien a un principio general del derecho.¹²

Lo que Riccardo Guastini identifica como "*interpretación adecuada*" tiene mucho que ver con lo que la doctrina alemana conoce como "*interpretación de las leyes conforme a la Constitución*".

La interpretación de las leyes conforme a la Constitución postula que una ley no debe ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución.

El operador normativo debe agotar las posibilidades de una interpretación acorde con la Constitución antes de acudir a la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes. Esto es posible pues todo texto normativo goza de una estructura abierta —*open texture* en palabras de H. Hart— susceptible de asumir diversos significados posibles, por ello ante una variedad de significados que el intérprete le puede atribuir a un mismo texto normativo, debe elegir aquel que sea mas conforme con los valores y principios de la Constitución. El fundamento de la interpretación conforme consiste en el principio de jerarquía normativa; la norma constitucional como cúspide de la jerarquía legal supone el criterio hermenéutico fundamental del orden jurídico; asimismo, encuentra sustento en la seguridad que se conecta con la unidad y coherencia del derecho.¹³

Por lo que, hasta que no se cuente con las condiciones políticas y sociales para adecuar al tiempo y espacio nuestra actual Ley de Amparo, para conferirle principalmente al quejoso la oportunidad de ser oído antes de que se le aplique por el tribunal revisor una causal de improcedencia que no tuvo oportunidad de desvirtuar en la primera instancia y que, en muchos de los casos, ni por asomo la vislumbraba al no haber sido invocada por el juzgador del primer conocimiento, es factible que el órgano jurisdiccional que conozca del recurso de revisión realice una interpretación sistemática con-

¹² Op cit. pp. 47 y 48.

¹³ Op cit., PEREZ LUÑO, pp. 256-283.


forme con los valores y principios que conforman nuestro Pacto Social; así, el magistrado constitucional de amparo le confiera efectivamente ese derecho de audiencia al quejoso en los términos expuestos con antelación, máxime que si se parte de la premisa de que ya está superado el dogma postulado en el siglo XIX consistente en que el legislador nunca se equivoca, el Magistrado Constitucional asume un papel más importante en la construcción normativa; utilizando las palabras de Sagüés,¹⁴ deja de ser un *arqueólogo* de la ley para convertirse en un *artífice* del derecho, sin que ello signifique arbitrariedad, pues el magistrado constitucional encuentra sus límites en los valores y principios de la propia Constitución.

Éste y otros tantos ejemplos de disposiciones legales que contrarían la voluntad del constituyente originario existen en nuestro ordenamiento jurídico, tornándose como obligación por mandato constitucional al Defensor Público Federal o Asesor Jurídico velar por los intereses de su patrocinado, por lo que, de capital importancia cuando así sea el caso, será realizar un estudio sistemático de nuestro ordenamiento jurídico y no sólo de un ordenamiento aislado para, entonces, plantear la cuestión a debatir y así, poco a poco, como no en muy escasas ocasiones, la figura del Defensor Público Federal o Asesor Jurídico emergerá de una resolución de los Tribunales Federales logrando plasmar su interpretación sistemática del ordenamiento jurídico en beneficio de los intereses que legalmente representa.

BIBLIOGRAFÍA

- NORIEGA, Alfonso. *Lecciones de Amparo*. Tomo I. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México 2000.
- BURGOA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. Editorial Porrúa. Trigésima segunda edición. México 1995.
- *Colección Garantías Individuales. Las Garantías de Seguridad Jurídica*. Tomo 2. Poder Judicial de la Federación. Primera edición 1999. Segunda reimpresión 2004.
- *Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Ju-*

- ridicas de la UNAM*. Tomo I. Editorial Porrúa. México 2001.
- *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima primera edición. Tomo I. A-G. Madrid 1992.
 - *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. Tomo I. A-G. Madrid 2001.
 - GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. Tercera Edición. Traducción Marina Gascón y Miguel Carbonell. Editorial Porrúa. UNAM. México 2001.
 - PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Sexta Edición 1999. Editorial Tecnos. Madrid.
 - SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La Interpretación Judicial de la Constitución*. Depalma. Buenos Aires 1998.



Una década de trabajo y calidad

*Juan Gabriel Sarmiento Bustos**

“La calidad nunca es un accidente;
siempre es el resultado de un esfuerzo de la inteligencia”.
John Ruskin

Sumario: I. Del servicio de defensa, génesis y paradigma. II. Del reclamo del justiciable al expediente. III. Algunas razones de su buena marcha. IV. Nota final. V. Bibliografía.

I. DEL SERVICIO DE DEFENSA, GÉNESIS Y PARADIGMA

Al cuestionarnos por qué los servicios de defensa pública son cada día más solicitados, no solamente se puede atribuir a la garantía de servicio profesional bajo la figura del Defensor Público Federal, a la seriedad y compromiso profesional con el que se asume el cargo y se mantiene en él, ni a la difusión de nuestra institución en los medios de comunicación a nivel nacional, ya que es importante analizar el desarrollo de la sociedad en todos sus aspectos, con una visión multidisciplinaria.

Estimo que son el aspecto socioeconómico, la educación, la integración familiar, el problema de la marginación social, la eficacia de las instituciones establecidas, la necesidad de un trabajo y salario dignos, el crecimiento de centros de población irregulares con tin-

* Defensor Público Federal.

tes de hacinamiento; combinados con la clara existencia de un cisma entre el cumplimiento de nuestros deberes moral, humano, laboral, jurídico, de ideas, o hasta de creencia religiosa, con el propio orden jurídico, algunos de los factores que propician el incremento del número de los usuarios y solicitantes.

En todo desarrollo de la sociedad se ha dicho que ésta avanza o se deforma más rápido que la madurez de las instituciones y de las nuevas ideas que se van gestando para su mejoramiento; por lo que es la figura del poder —que cambia antes de que se considere eficiente— y su forma de concebirlo, asimilarlo y aplicarlo, la que de manera directa influye en el aumento de nuestros destinatarios, pues es el factor del control social como política de estado y su ejecución mediata, parte de la tendencia que amplía el trabajo del Instituto, al dar libre interpretación y ejecución de la connotación de los términos: detención, arraigo y prisión.

La complejidad y características de los usuarios de los servicios de defensa, lejos de que se identifiquen como un grupo homogéneo, antes fácilmente reconocible en aquellos grupos con inclinación al ilícito como *modus vivendi*, se va ampliando cada vez más a todos los estratos de la sociedad; lo mismo se atiende a quien posee narcóticos para su estricto consumo personal, que al secuestrador; tanto al servidor público del más alto nivel del gobierno federal como al empleado de la más modesta categoría; al campesino más humilde que al empresario; al extranjero indocumentado que al turista; entre los mencionados enunciativamente, tal se pensara que no hay nada en común, salvo la concurrencia y canalización de sus problemas jurídicos y reclamo de soluciones justas hacia la figura de la Defensoría Pública.

En estos tiempos en que todos podemos opinar y discutir desde un simple suceso jurídico, una propuesta de reforma de ley, la creación de sistemas normativos que se ofertan como "innovadores", o hasta del planteamiento de cambio de nuestro sistema romano-germánico en que se desarrolla buena parte del mundo jurídico en órganos de procuración y administración de justicia; sin embargo, debemos cuidar los riesgos que se podrían correr si esos productos

de superficial labor, la pseudo reflexión jurídica y mercadotecnia, que pretenden vender espejismos y falacias —que desde un escritorio nos regresan al pasado sin haber analizado la evolución de la experiencia judicial—, son adquiridos como algo vanguardista, por quienes tienen el poder político que más que hacer política parecen negociantes de las áreas estratégicas o de provecho personal, y que so pretexto de cumplir un plan de desarrollo pretendan dejar huella en la historia; consciente estoy de que, a pesar de esos avatares, nuestro Instituto ha sabido mantener una línea estrictamente jurídica y bien dirigida en beneficio de los necesitados.

A finales de la década de los noventa, el promedio de la sociedad se limitaba a repetir sucesos o temas de poca utilidad, de bloques partidistas o alianzas estratégicas, del político de moda, de sus peculiaridades, entre otras cosas que no vale comentar; pero también advirtieron la insuficiencia de las estructuras de la defensa pública, que no lograban cumplir su compromiso social y legal; ante la advertencia de esa tendencia, se tuvo que echar mano de la mejor herramienta: "la ley", entendida como la máxima expresión e ideal de la regulación del actuar del ciudadano y las instituciones, para que, en mil novecientos noventa y ocho, surgiera el Instituto Federal de Defensoría Pública, ocupando el sitio de la otrora Jefatura, Dirección y Unidad de Defensoría de Oficio, respectivamente; quién lo hubiera siquiera imaginado, tan grande en su visión, la gestación de suyo oportuna, tanto en su importancia como en evolución, puesto que los apoyos a las figuras en turno eran apenas discretos.

Esto es así porque, antes del Instituto, la suerte procesal de los justiciables era radicalmente distinta a la actualidad, esto comenzó con esa cabalidad hace ya diez años, ante la significativa y necesaria dotación de los recursos humanos, materiales y financieros a éste aplicados.

En la lucha permanente entre las fuerzas antagónicas y desigualdades sociales, el Instituto Federal de Defensoría Pública hace suyos los reclamos de justicia de los más necesitados, de los que son utilizados y engañados, de los que caen en desgracia por la pobreza e ignorancia, que incluso no son hablantes del español.

Son diez años de su creación bajo el esquema conocido, hoy modelo de las instituciones de defensa pública en las entidades federativas e incluso a nivel internacional; es una década que amerita celebración si para muchos es incipiente, para los que estamos en la tarea de la defensa de los justiciables, es una realidad; dado que es un paradigma moderno de institución pública ejemplar que, desde su génesis y evolución, con la independencia técnica y operativa, que lo convierten hoy en fuerte pilar del Consejo de la Judicatura Federal, del Poder Judicial de la Federación y orgullo de reconocimiento transparente y vivo de la nación mexicana.

II. DEL RECLAMO DEL JUSTICIABLE, AL EXPEDIENTE

La historia y nuestra Carta Magna nos enseñan presencias de un clamor social, que en el artículo 27 de la Constitución de 1917 recogió parte de los postulados de la Revolución Mexicana, que de manera casi empírica pero con profunda sustancia, fueron plasmados entre otros documentos en el Plan de Ayala; cuando estableció que se debían expedir las leyes para llevar a cabo el fraccionamiento de las entonces grandes propiedades, respuesta al anhelo del reparto agrario a favor del campesino, dueño primario de la tierra; siendo el corolario de la aplicación del texto constitucional que fue de agrado para muchos, pero no para quienes se vieron afectados con motivo de la desaparición del latifundio; cambio necesario, todavía cuestionado en su efectividad, pero que fue una respuesta al anhelo de justicia.

De igual forma que en la justicia al campesino, se puede deducir que la entonces Defensoría de Oficio del pasado y con mayor fuerza y presencia en la constitución del actual Instituto Federal de Defensoría Pública, se recogieron y siguen recibiendo los reclamos de ayuda y justicia que, sin estar revestidos de movimientos estrictamente armados ni de caudillos, inciden en el dolor causado por la confusión, la frustración, atropello y por ende, desventaja, motivada por un simple documento llamado parte informativo o de policía, así como de una falsa acusación, en la que se atiende el

nacimiento de un nuevo conflicto personal y drama familiar; que rebasa el aspecto de la situación estrictamente penal hacia lo económico, laboral y familiar, aun cuando aparezca en un frío número de expediente. Esto, aunque sea exagerado, forma parte del contexto cotidiano del devenir de nuestra noble institución.

En vista de lo anterior, cabe el reconocimiento sobre el papel que realiza nuestro Instituto, cuando logra adecuar la técnica jurídica a las necesidades reales contenidas en los expedientes de los representados, con la sensibilidad humana de quienes formamos parte de sus cuadros de profesionales.

Bajo esta tesitura, el Instituto Federal de Defensoría Pública hoy goza de personal con vocación de servicio, férreas convicciones, alto sentido humano, en los que se rompen las barreras sociales, y el resultado ya cumplió diez años de trabajo y calidad.

III. ALGUNAS RAZONES DE SU BUENA MARCHA

Como parte de los programas de capacitación y estímulo diseñados con maestría por los integrantes de la Junta Directiva y el Director General, el defensor público goza de la preparación y capacitación permanente, tanto en la sede central como en delegaciones con que cuenta en el país, que lo distingue de manera lógica del abogado particular; ya que al Defensor Público se le exige el combate de las resoluciones desfavorables a los intereses de nuestros representados con el uso de herramientas de argumentación, metodologías de aplicación e interpretación de la ley, tanto en lo deductivo como inductivo e instrumentos internacionales como acceso a los criterios de justicia en otras latitudes que en lo esencial sean aplicables; contravirtiendo con argumentos lo que se conoce como *vicios in iudicando*, cuando no se dictó la resolución con base en las normas legales aplicables al caso concreto, o analizando aquellos que ataquen el procedimiento per se.

Las motivaciones del defensor son la permanente búsqueda de la verdad, destacar los casos en que al defendido se le enjuicia y castiga en franca inexacta aplicación de la ley y cómo lo va a resol-

ver; acudir al Juicio de Amparo como efigie de la vigilancia y restauración del orden jurídico y respeto a las garantías individuales (aun con sus cada vez mayores tecnicismos); la prestación del servicio de defensa con calidad, enriquecido con la calidez al representado y familiares que permitan las cargas de trabajo, son parte de la realidad en que se brinda un servicio completo.

Es importante destacar que nuestro Instituto se revisa a sí mismo, manifestado en la supervisión y evaluación del desempeño de sus cuadros de defensores públicos, asesores jurídicos y personal profesional, ejercicio que se enriquece día con día; por el contrario, el promedio de los órganos jurisdiccionales federales tienen revisiones externas y virtuales enfocadas genéricamente a los controles de libros de gobierno, de asuntos pendientes, causas penales suspendidas, de aquellos pendientes de dictar sentencia, requisitorias, de ejecutorias que cumplir, de expedientes para dar de baja, etcétera.

A manera análoga a un silogismo, en el que se afirma algo por determinada razón y en este aspecto con pleno conocimiento de causa, considero que la *premisa mayor*, es el hoy respetado Instituto Federal de Defensoría Pública, concebido así en su Ley Federal de Defensoría Pública y en las Bases Generales de Organización y Funcionamiento, integradoras de las atribuciones, obligaciones y facultades complementarias de la ley; respecto a la *premisa menor*, es el universo de usuarios, solicitantes y beneficiarios del servicio de defensa, desde la integración de la averiguación previa hasta la ejecución de la sentencia en asuntos penales del orden federal; llámense indiciados, procesados, acusados o sentenciados, sean nacionales o extranjeros; de tal manera que la *conclusión* sería que nuestro Instituto y quienes lo integramos aplicamos todos los recursos humanos y materiales, con pleno convencimiento de la ley en beneficio de la sociedad, en el cumplimiento del derecho fundamental a la defensa adecuada y con el respeto a las garantías mínimas tendientes a lograr la salvaguarda de los derechos fundamentales.

La capacidad de atención del servicio casi inmediata en asun-

tos del orden federal¹ a quienes tienen la calidad de indiciados, procesados o sentenciados, el derecho a la entrevista previa a la declaración ministerial, el planteamiento de su estrategia de defensa, las líneas de acción o defensivas principales y subsidiarias; además de la aplicación de la herramienta jurídica nacional e internacional, plasmada en instrumentos denominados tratados o convenciones, hacen que el usuario del servicio tenga una percepción renovada y de confianza hacia la figura del Defensor Público Federal. La realidad no podría ser otra, puesto que si pretendiéremos hacer un ejercicio de comparación entre dependencias, organismos descentralizados o desconcentrados, procuradurías u otras organizaciones públicas instituidas con mayor antigüedad en nuestra nación, no existiría materia para su realización.

Los usuarios del servicio de defensa pública, que cada vez van en aumento, dependen no sólo de las detenciones de sujetos activos que incurrir en ilícitos que mercedamente deben ser sancionados al alejarse del orden jurídico y social; esto obedece en buena medida al mismo aumento del número de injusticias que existen por las policías, en todos sus niveles, quienes, en aparente ejercicio de una atribución, incurrir en el abuso cotidiano; por el uso arbitrario so pretexto del cumplimiento de las facultades de investigación y persecución de los delitos por parte del Ministerio Público, traducido en la sistemática y a veces poco exhaustiva determinación del ejercicio de la acción penal; en otros casos, en el actuar de algunos juzgadores, quienes desde que es radicada la causa penal e iniciado el término para dictar el auto de plazo constitucional, tienen verdadero temor de dictar el de libertad por falta de elementos para procesar, menos aun el emitir resoluciones absolutorias; del resultado de la revisión o apelación de sentencias que confirman la situación jurídica de un usuario, en las que el resultado de la labor de la se-

¹ Artículo 17 de las *Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública*: "El servicio de defensa penal se presta en asuntos del orden federal, desde la averiguación previa hasta la ejecución de sentencias, por parte del defensor público adscrito ante el Ministerio Público de la Federación, los Juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito, según corresponda..."

gunda instancia se limita a analizar la individualización de la pena o a quitar algunos pesos a la sanción pecuniaria, lo cual motiva la interposición del Juicio de Amparo Directo; ello sin tomar en cuenta la conocida cifra negra.

Éstos son algunos casos en que vuelve a señalarse la necesidad y justificación cotidiana del trabajo de la Defensoría Pública Federal con independencia de la etapa procesal en que se intervenga, del número de usuarios, de la complejidad del caso, del desgaste que se pueda tener con la contraparte procesal, e incluso de las cargas de trabajo.

Como en las artes, la creatividad, innovación, decisión y el cómo se plasma la idea del autor hacia el exterior de la manera más objetiva posible, son los ingredientes de su sentido como artista; en la abogacía, la correcta elaboración de los escritos, demandas formuladas en la vía idónea, trato con el cliente, adecuada presentación del bufete, de un decoroso despacho de los asuntos son la regla a seguir para el litigante, con independencia del resultado del juicio; al interior de nuestro Instituto, la creatividad, investigación, del modo de argumentación acordes al caso en estudio, el análisis sobre los medios de defensa a plantear, calidad jurídica de alto nivel y actualización, además del "...uso de términos consistentes que impacten de modo directo en nuestros ejercicios argumentativos"², entre otras, son obligaciones impuestas, supervisadas y en su oportunidad evaluadas, en torno a la persona del Defensor Público Federal. Lo que en las artes es una cuestión interna que busca lo estético, en el postulante es un tema de índole profesional limitada a su propia iniciativa, en la defensoría pública moderna es una exigencia de calidad total en el servicio, es la parte que nos corresponde en el anhelo del sistema de justicia.

IV. NOTA FINAL

No se puede omitir el señalamiento de la existencia y necesidades del promedio de las oficinas de defensoría pública locales, que a la

² Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Introducción a la Retórica y la Argumentación*. Cuarta Edición, p. 493.

par de tratar de dar cumplimiento al mandado sobre el derecho de la defensa y garantías del indiciado contenidas en el artículo 20, Apartado "A", de la Constitución General de la República, se han convertido históricamente en laboratorios de práctica forense para los estudiantes de derecho o noveles egresados de centros educativos, quienes con poca o nula experiencia ya ejercen la función de defensor de oficio. Este fenómeno no existe en el Instituto Federal de Defensoría Pública, planeado así desde lo riguroso de su ingreso y demás exigencias que han sido abordadas en artículos anteriores de esta revista.

Reflexiones éstas que, lejos de citar textos legales, criterios de algún o algunos autores, o retomar algún tema de la academia ya gastado, es una invitación al replanteamiento de nuestra esencia como abogados, del porqué se debe defender y la mejor manera de hacerlo; de la vocación convencida, del verdadero papel y repercusiones más allá del nombramiento; como conciliadores de intereses o como representantes de los desprotegidos; como agente de respuesta ante el conflicto de problemas de consecuencias inesperadas por quienes lo padecen; de nuestra labor como servidores públicos, del ponerse todos los días la camiseta institucional, en vista de que para eso estamos, para servir a quienes no cuentan con recursos económicos para cubrir honorarios de litigantes privados.

El Instituto Federal de Defensoría Pública, creado por la ley publicada en veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, misma que diez años después no ha tenido enmienda como la mayoría del orden jurídico nacional; no es resultado de accidente legislativo ni de la casualidad, fue el producto de la ocupación y estudio de la problemática del servicio de defensa penal federal, con miras a la atención de los reclamos de un justo trato y equilibrio procesal; siendo una realidad que gustoso me honro en compartir.

En la exposición de motivos de la Ley Federal de Defensoría Pública –que también forma parte de la ley– se refiere a la aspiración hacia un sistema de justicia pleno, en el cual toda persona tenga acceso a ella, en igualdad de condiciones, sin importar la po-

sición económica o social; esta premisa queda adecuadamente cumplimentada con la existencia y quehacer de nuestro Instituto; entonces, la interrogante sería: ¿qué es lo que falta para poder cumplir ese propósito?

La respuesta es simple: para la correcta interpretación, la exteriorización de ese compromiso, la concepción y visión de un verdadero sistema de justicia, es requisito sine qua non, que éste se vea enriquecido por el honesto actuar del Ministerio Público de la Federación, por el mesurado uso de sus recursos y estrategias legales que tienen permitidos para la consecución de sus propósitos, y por la templanza al momento de conocer los hechos, interpretar la ley y dictar la resolución de estilo a cargo de los responsables de la administración de justicia.

Es de todos sabido que la naturaleza humana tiende a mostrar el respeto hacia las instituciones y hacia quienes las dirigen en la medida proporcional a lo que de ellas se recibe; sugiero que otras estructuras que tienen o desarrollan funciones relacionadas con la atención a los justiciables, y sus servidores públicos viren la mirada a este joven y cada vez mas fuerte Instituto, el cual pone la muestra, con resultados de su actuación perfectamente demostrados, satisfactorios y motivo de beneplácito que hoy se resumen en una década de trabajo y calidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Introducción a la Retórica y la Argumentación*. Cuarta Edición, p. 493.
- *Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública*. Última reforma, publicada el diecinueve de mayo de 2008.

Las imputaciones de los farmacodependientes hechas en la declaración ministerial

*Gustavo Serrano García**

En el proceso judicial, la expresión prueba alude a los medios contemplados en la ley para acreditar la existencia de un hecho, a la actividad procesal realizada para tal fin y al resultado de tal actividad, que es el convencimiento del juzgador de la existencia del hecho.

La doctrina, en términos generales, ha coincidido en señalar que el sujeto pasivo de la relación procesal penal reciba diferentes nombres, según la etapa por la que se vaya transitando: indiciado, durante la averiguación previa; procesado, una vez que se encuentra a disposición del Juez; acusado, desde el momento en que el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias en el proceso; encausado, inculcado o imputado, es una denominación común que puede ser usada indistintamente, hasta ese momento procesal; en cambio, sentenciado se emplea al dictarse sentencia definitiva; condenado o reo, si esa resolución es condenatoria, y compurgado, si ha cumplido la condena impuesta.

También es importante distinguir, desde un punto de vista doctrinal, entre el sujeto activo del delito y el imputado: a primera vista podrían confundirse, pues aunque a menudo suelen ser la misma persona, pueden presentarse sensibles diferencias.

* Defensor Público Federal .

En efecto, el sujeto activo del delito es quien participó, de algún modo, en la comisión del hecho delictivo, es decir, es la persona física que como autor, partícipe o encubridor, intervino en la comisión del delito.

En cambio, el imputado es contra quien se dirige la pretensión punitiva y puede serlo hasta una persona que de ninguna manera haya participado en la realización del hecho delictivo, un inocente, una víctima del error o la calumnia.

Por lo que se refiere al testigo, debe decirse, en primer lugar, que en el más amplio sentido de la palabra, testimonio significa simplemente declarar.

Sin embargo, en el procedimiento penal, comúnmente se emplea la palabra testimonio en su sentido más estricto, esto es, no como cualquier declaración, sino sólo a la que produce el tercero que conoce de los hechos delictivos.

El testimonio, al igual que lo expuesto por el imputado, coinciden en ser declaraciones y medios de prueba personales; no obstante, difieren en cuanto al sujeto que produce la declaración, el interés en el fallo final y el nexo con el litigio (además, uno posee y el otro carece de legitimación procesal).

En el caso del testigo, los hechos son ajenos al declarante; es decir, no aluden a hechos propios, sino sólo a los que normalmente ha percibido por medio de los sentidos.

Es importante mencionar que la prueba testimonial, como toda probanza rendida en un juicio penal, tiene como propósito específico coadyuvar en la búsqueda de la verdad histórica, esto es, de lo que realmente sucedió, para el efecto de calificar y, en su caso, sancionar punitivamente los hechos.

No cabe duda que existen notorias diferencias entre la persona del imputado y del testigo, pues esencialmente el primero es parte en el litigio y el segundo no, de donde se concluye que persiguen finalidades distintas al rendir sus respectivas declaraciones.

La prueba testimonial es el medio legal por el cual las partes en el proceso pueden hacer que el juzgador conozca los acontecimien-

tos ocurridos en el pasado, que son el supuesto de hecho de las normas jurídicas afirmadas como sustento de sus pretensiones.

Los testigos son personas físicas, distintas de las partes (en cuanto al hecho que de su narrativa como tal interesa), y de los integrantes del órgano jurisdiccional, que deponen de manera personal y oral, previo acuerdo ministerial o judicial.

La fuerza probatoria del testimonio tiene como punto de partida la presunción de que el declarante ha podido observar exactamente lo que narra y ha querido declarar la verdad; el juzgador, al valorar la prueba, tendrá que definir si la presunción que emerge con el dicho del testigo, aparece fuerte o débil en la causa, exponiendo detalladamente los motivos que tenga para atribuir credibilidad al testigo o demeritar el alcance demostrativo del testimonio.

Para resolver esta delicada cuestión, el juzgador necesita examinar por completo la individualidad del testigo; comparar sus cualidades particulares en el orden físico y moral con sus palabras y el contexto que narra en su declaración, para decidir en último caso si la declaración testifical le merece crédito, y hasta qué punto.

El artículo 248 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala que el testigo debe rendir protesta de decir la verdad y que, antes de su declaración, debe proporcionar su nombre, apellido, edad, lugar de origen, domicilio, estado civil, profesión u ocupación, y si se encuentra ligado con el inculpado u ofendido por vínculos de parentesco, amistad o cualesquier otros, y si tiene algún motivo de odio o rencor contra alguno de ellos, formalidad que tiene lugar durante el desahogo de la prueba testimonial, antes de que se reciba la declaración del informante en torno a los hechos indagados.

El artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece la imparcialidad que debe tener en cuenta el juzgador.

Así, la fracción II del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone lo siguiente:

"Artículo 289. Para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración:

"...

"II. Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad."

Una vez transcrito lo anterior, vale la pena definir los conceptos de probidad, independencia e imparcialidad, según el Diccionario de la Real Academia Española.

La palabra "probidad" proviene del latín *probitas* y como sinónimo señala la palabra honradez.

Por "independencia" debe entenderse la cualidad o condición de independiente; libertad o autonomía.

Finalmente "imparcialidad" significa falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas.

Así, de la lectura del artículo en estudio, ha de reiterarse que el aspecto primordial que debe atender el juzgador, al apreciar la declaración de un testigo, es precisamente la imparcialidad del mismo, es decir, que al declarar respecto de los hechos que le constan, el ateste no tenga designio anticipado a favor o en contra de alguna persona o cosa, tratándose en este caso del procesado.

En el Vigésimo Sexto Circuito, los juzgadores de primer grado y el tribunal de apelaciones, comparten el criterio de que las imputaciones de venta hechas por los fármacodependientes, al momento de rendir sus respectivas declaraciones ministeriales, ante el Agente del Ministerio Público de la Federación, en su calidad de inculpadados, reúnen los requisitos de la prueba testimonial.

Lo anterior, no es compartido por el personal adscrito al Tribunal Unitario del Vigésimo Sexto Circuito, bajo el argumento de que las imputaciones de antecedentes no reúnen los requisitos de una prueba testimonial, previstos en el título sexto, capítulo V, artículos 240 al 257 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El artículo 247 del ordenamiento procesal citado, parcialmente establece:

"Antes que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para los que se producen con falsedad, o se nieguen a declarar..."

Por su parte, el ordinal 248 del Código Federal de Procedimientos Penales, estipula:

"Después de tomarle la protesta de decir verdad, se preguntará al testigo su nombre, apellido, edad, lugar de origen, habitación, estado civil, profesión u ocupación, si se halla vinculado con el inculpado o el defendido por odio por vínculos de parentesco, amistad o cualquiera otros y si tiene un motivo de odio o rencor contra alguno de ellos".

Consideramos, que las declaraciones de los fármacodependientes—en calidad de inculpados— carecen de eficacia probatoria para acreditar el elemento subjetivo del cuerpo del delito, contra la salud, en la modalidad de posesión de narcótico con fines de comercio en su variante de venta; porque al momento de declarar en relación a las circunstancias en que adquirieron la droga que les fue asegurada, lo hicieron en calidad de inculpados, en consecuencia, únicamente fueron exhortados para conducirse con verdad, luego, se encontraban en la posibilidad de falsear su declaración con la finalidad de defensa.

Al considerar el juez natural que las declaraciones de referencia adquieren el valor de testimonios, en términos del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, es decir, específicamente que son imparciales, en relación a su probidad, independencia de su posición y antecedentes personales y que, en consecuencia, se convierten en indicios en términos del ordinal 285 de la codificación procesal citada, ubica al procesado en un estado de inseguridad jurídica, en virtud de que se desconoce si el testigo declaró en forma circunstanciada los hechos relacionados con su detención, en los que da noticia de la forma y lugar en que adquirió los narcóticos que le aseguraron o si en uso de su garantía constitucional, falsearon su declaración con ánimo de defensa.

El propósito que se persigue con el desahogo de una testimonial es conocer la verdad histórica de los hechos, éste resulta incompatible con la circunstancia fáctica de que el testigo se encuentre privado de su libertad.

Lo anterior es así partiendo de la reflexión de que el solo hecho de encontrar restringida la libertad personal, coloca al sujeto en un estado de vulnerabilidad física y emocional, que puede poner en tela de juicio la espontaneidad, veracidad e imparcialidad de lo declarado.

En este aspecto, resulta ilustrativa la definición del término "libertad": "Libertad. f. Facultad que tiene el ser humano de obrar de una manera o de otra y de no obrar. Estado o condición del que no está prisionero o sujeto a otro: libertad provisional. Falta de coacción o subordinación. Confianza: puedes contármelo con toda libertad..."

Así lo confirma el sentido que informa a las fracciones II y V del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, que conviene transcribir de nueva cuenta:

Artículo 289. Para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración:

II. Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;

V. Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.

"Resulta muy interesante transcribir, en lo conducente, las consideraciones recaídas al resolver el día diez de noviembre de dos mil cuatro, por la Primera Sala de nuestro máximo tribunal, por unanimidad de cinco votos, en el amparo directo en revisión 1236/2004, bajo la ponencia del señor ministro José Ramón Cossío Díaz:

"Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la Primera Sala, ha fijado los alcances de la llamada 'defensa adecuada' en la etapa de averiguación previa que, como garantía, prevé expresamente la fracción IX del artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente. Disposición ésta que ha sido interpretada en relación con las diversas fracciones II y X.

Así, en relación a la 'defensa adecuada' se determinó por este Máximo Tribunal del país, que:

a) Del análisis sistemático y teleológico del contenido de la exposición de motivos que dio origen a las reformas al artículo 20 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, así como de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de sus debates, se advierte que con la finalidad de regir las necesidades sociales y económicas imperantes en nuestro país y erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta una persona en la investigación de los delitos, el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito contara con una defensa adecuada" [...]

Esto es así, pues lo preceptuado en las reformas que se hicieron a las fracciones II, IX y X del precepto constitucional en comento, se observa como respuesta del Constituyente a uno de los más grandes cuestionamientos y reclamos sociales en materia de procuración y administración de justicia, esto es, las conductas lesivas y vejaciones cometidas cotidianamente por las autoridades investigadoras de hechos delictivos, entre ellas, la ancestral tortura.

En efecto, con el establecimiento de estas disposiciones es in cuestionable que lo que busca combatir el Constituyente son todos esos vicios e irregularidades a las que se encontraban expuestas las personas que estuvieran involucradas en ese tipo de investigaciones, pues de otra forma no se explica el porqué del contenido normativo de la primera de las fracciones mencionadas, fracción II, en la que se establece con meridiana claridad que toda confesión rendida ante autoridad distinta del Ministerio Público o de un Juez, o ante éstos, sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio.

Lo que significa, que constitucionalmente se prohíbe a las corporaciones policíacas desahogar este tipo de declaraciones, pues era un secreto a voces, que generalmente eran obtenidas mediante violencia física o moral ejercida en contra de los inculpados, para lograr triunfos espectaculares en el ramo.

En ese contexto, al haberse garantizado constitucionalmente a

todo inculpado el derecho de designar defensor o persona de su confianza durante esa etapa previa, y posteriormente a los procesados en el juicio que en su caso se les instruya, esta medida, sin duda, constituye uno de los instrumentos jurídicos más eficaces para poder combatir con eficiencia y eficacia a esas reprochables conductas, lo cual seguramente se deberá reflejar positivamente en su incidencia, evitando que cada día, más personas inocentes estén sujetas inicialmente a una averiguación previa amañada y, posteriormente, a un proceso penal injusto, con el vía crucis que éstos representan, no sólo a nivel personal, sino también por la afectación familiar que implica dada su trascendencia social y económica, situación que se agudiza en tratándose de personas de escasos recursos, los cuales debido a su precaria situación económica se encuentran impedidos o imposibilitados para contratar a profesionales que las defiendan de esas injusticias."

De la transcripción antes realizada, se concluye que el derecho de ser asistido por un defensor está íntimamente asociado con el concepto de libertad, en virtud de que a través de dicho defensor se pretende sustraer al individuo de lo que es arbitrario o de lo que tienda a destruir los derechos que le otorgan las leyes, especialmente durante la averiguación del delito. Así, la defensa es considerada como derecho natural e indispensable para la conservación de las personas, de sus bienes, de su honor y de su vida.

En este punto resulta ilustrativo el contenido de la siguiente jurisprudencia de esta Primera Sala:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXI, abril de 2005

Tesis: 1a./J. 124/2004

Página: 193

DECLARACIÓN MINISTERIAL RENDIDA SIN LA ASISTENCIA DE DEFENSOR. CARECE DE EFICACIA PROBATORIA, ANTES DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 20 DE LA

CONSTITUCIÓN FEDERAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993 (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Los artículos 70, fracciones III y V, 73 (interpretado a contrario sensu) y 126, fracción II, del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, vigentes hasta el 1o. de julio de 1994 establecían, entre otros derechos a favor del inculcado, el de asistirse por un defensor desde la averiguación previa, estando obligada la autoridad correspondiente a requerirlo en esa etapa para que desde ese momento nombrara uno, y en caso de no querer o no poder hacerlo, a asignarle un defensor de oficio; de ahí que la declaración rendida ante el Ministerio Público sin la presencia del defensor carecerá de valor probatorio, por incumplir las reglas relativas previstas en el código adjetivo citado. Lo anterior, porque aun cuando el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, no establecía a favor del indiciado la garantía de defensa adecuada desde la averiguación previa, el legislador local sentó en los mencionados preceptos legales las bases para ello, de manera que la autoridad destinataria estaba obligada a acatarla."

Tomando en consideración, lo expuesto en líneas que anteceden, tenemos que el hecho de que a los fármacodependientes se les tome su declaración en términos del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales –en calidad de inculcados– se tiene la certeza de que no van a ser obligados a declarar por fuerza o miedo, ni impulsados por engaño, error o soborno, en virtud de ser asistidos por un abogado, es decir, de esta forma se cumple con el requisito de la prueba testimonial prevista en la fracción V del artículo 289 del código de referencia.

Ahora bien, tratándose de las imputaciones hechas en una declaración ministerial, no se tiene la certeza de que el declarante se conduce con verdad, es decir, que narre circunstancialmente los hechos captados a través de sus sentidos, relacionados con la adqui-

sición del narcótico que le fuera asegurado al momento de su detención, o bien, que falsee su declaración con el ánimo de defensa, pues está su libertad de por medio, empero que le está permitido dada su calidad de inculpado.

El Agente del Ministerio Público de la Federación, necesariamente debe recibir las declaraciones de los inculpados, luego, ordenar su libertad, si lo estima pertinente, tomando en consideración su farmacodependencia en términos del artículo 199 del Código Penal Federal; luego, en estricto cumplimiento de los artículos 127 bis, 247 y 248 del Código Federal de Procedimientos Penales, recibir su declaración testimonial en la que manifiesten en forma circunstanciada la forma en que adquirieron el narcótico asegurado.

Con las testimoniales de referencia, debe iniciar la indagatoria correspondiente, en la que posteriormente se solicite la orden de cateo respectiva.

En ese sentido, se considera que las declaraciones de los fármacodependientes, carecen de eficacia jurídica para demostrar los elementos del tipo penal de posesión de narcótico previsto en el artículo 195 primer párrafo del Código Penal Federal, dentro de una causa penal, porque la prueba no se obtuvo en términos de ley, es decir, las declaraciones no se recibieron con las formalidades de la prueba testimonial, para ser considerada como tal.

No es óbice el criterio de la Primera Sala sostenido en la jurisprudencia 153/2005, en virtud de que en ésta se refiere a las imputaciones de los codetenidos, en el que resultan necesarias las formalidades del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues se persigue la finalidad de garantizar que se cumpla con lo dispuesto en el la fracción V del artículo 289 del ordenamiento adjetivo citado.

Al respecto, la Primera Sala en la ejecutoria de la jurisprudencia por contradicción de tesis 153/2005, parcialmente sostiene:

"Esto es, sólo hasta que son obtenidos los resultados de las diligencias ordenadas y el señalamiento hecho por los captores, además de la querella cuando se trata de delitos que requieren de este

requisito de procedibilidad y demás elementos de convicción desahogados, es posible que el Ministerio Público del conocimiento esté en posibilidad real de conocer si las declaraciones que correrán a cargo de los presentados sobre los hechos que se investigan deben de desahogarse ya sea en calidad de testigos o de inculpadados y así colmar, en su caso, la garantía de defensa.

Bajo ese orden de ideas, puede darse la situación de que el agente del Ministerio Público inicialmente decreta la retención de todos los codetenidos del indiciado, si esto es así –tal como parece ser que aconteció en todos los casos analizados por los Tribunales Colegidos en conflicto–, del resultado de las diligencias que tuvo a bien desahogar la autoridad ministerial podrá percatarse de quién o quiénes de los retenidos tienen la calidad de testigos de cargo y quiénes la de inculpadados.

De ahí que si el agente del Ministerio Público Federal determinó en inicio la *retención* de los presentados, en este caso, los indocumentados, y posteriormente estima que de la investigación de la averiguación previa se desprende que ellos no tienen responsabilidad en la comisión del hecho investigado, o bien, por qué no se formuló querrela de la autoridad competente, entonces debe pronunciarse en el sentido de que no ha lugar a ejercer acción penal en su contra y, consecuentemente, debe ordenarse su libertad.

Sólo bajo ese orden de ideas es posible estimar que los codetenidos del indiciado dejan de tener la calidad de retenidos para pasar a ser testigos de cargo, pues no es compatible en nuestro orden jurídico que un testigo, que se precie de serlo, encuentre restringida su libertad al momento de declarar.

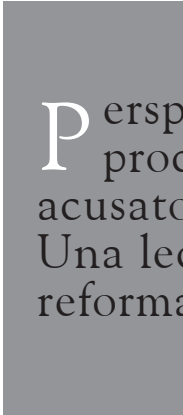
Por tanto, si los codetenidos tenían ese carácter durante la averiguación previa, ello era justificable sólo en tanto se determinaba quiénes tenían que fungir como testigos y quiénes eran los imputados. Dicho en otras palabras, su calidad de codetenidos únicamente fue una medida precautoria restrictiva de la libertad que, como tal, tenía que ser provisional y estaba sujeta a la determinación del Ministerio Público en cuanto a la situación jurídica de los retenidos.

Así, una exigencia jurídica para que los retenidos, quienes a la postre serán considerados como testigos de cargo, rindan sus declaraciones, es la de que previamente exista constancia de que se ha decretado su libertad por falta de elementos para consignar, pues de otro modo no existe una constancia legal plausible que permita suponer que ha operado un cambio de situación jurídica, entre mero *codetenido* y *testigo*".

Sin embargo, no es aplicable al caso concreto, en virtud, de que la jurisprudencia es casuística y la problemática de fondo que resolvió, corresponde a una controversia jurídica distinta.

En consecuencia, si las imputaciones de venta de narcóticos efectuadas en una declaración ministerial, sin las formalidades de la prueba testimonial, no se pueden considerar imparciales, en virtud de que prevalece la duda, si el declarante se conduce con verdad o falsea su declaración con ánimo de defensa, no reúnen el requisito señalado en la fracción II del artículo 289 del Código Adjetivo de la materia.

En conclusión, si a las imputaciones efectuadas por personas privadas de su libertad, en su carácter de inculcados, se les otorga la calidad de indicio por considerar el juzgador que reúnen los requisitos de la prueba testimonial, ubica al procesado en un estado de inseguridad jurídica, afectándose en forma directa la garantía constitucional de adecuada defensa, prevista en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la obtención ilegal de la prueba testimonial que lo deja sin defensa.



Perspectivas del proceso penal acusatorio en México. Una lectura de la reforma judicial

*Apolinar Pedro Vargas Ordóñez**

INTRODUCCIÓN

Recién cerró el debate público que se abrió para discutir la conveniencia o inconveniencia de establecer un sistema de justicia penal acusatorio en México, ya que el día ocho de marzo de este dos mil ocho, el Pleno del Senado de la República aprobó por mayoría de votos, el dictamen que contiene el proyecto de decreto de reforma judicial, que implica cambios a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la finalidad de incorporar ese tipo de modelo en nuestro régimen penal; sólo queda esperar que culmine el proceso legislativo con la aprobación, por mayoría de los congresos estatales, para que la modificación tenga validez.¹

Después de esta primera etapa, en la que la instauración del proceso penal acusatorio parece no tener marcha atrás, para fortuna de muchos, pero también para desagrado de otros, tendrá lugar una segunda fase evaluatoria que medirá la eficacia práctica de esa nueva institución. El nuevo esquema procesal adversarial en la Cons-

* Defensor Público Federal.

¹ Senado de la República. Proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Gaceta del Senado. núm. 205. Marzo. 2008. <http://www.senado.com.mx>.

titución, se irá consolidando gradualmente, en los dos niveles, federal y local, conforme al transitorio segundo de la reforma en comentario, dentro de un plazo que no deberá exceder de ocho años, teniendo en cuenta la dificultad que una reforma de esta envergadura representa para un sistema federalista como el mexicano.

Esta reforma, a juicio de quien escribe estas líneas, es un parteaguas, no es una más, sino que viene a significar la más relevante en nuestra historia jurídica reciente, incluso desde el nacimiento de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917, porque a la expedición de ésta, la justicia penal se siguió aplicando sobre la base del Código Penal, "Martínez de Castro", de 1871, el cual estuvo en vigor hasta 1929, al promulgarse el Código "Almaraz". Poco después, con la legislación penal de 1931, el juicio penal tampoco resintió giro drástico alguno.

En estas codificaciones, aunque hubo cambios en la concepción de los temas relativos a la persona culpable, el castigo, los fines de la pena, la prevención, etcétera, no obstante, la justicia penal, en esencia, siguió siendo como hasta hoy día. En el fondo no había una diferencia sustancial en la forma de enjuiciar a quien se atribuía la comisión de un delito. Por ejemplo en el "código clásico", la responsabilidad penal se fundó en el libre albedrío y la pena poseía un carácter eminentemente represivo; en tanto que en el Código llamado de "Almaraz", cambió el carácter aflictivo de la conminación penal, asignándole como fin la "readaptación social; y se acentuó el concepto de la defensa social, tal cual ocurre en el Código Penal Federal, vigente desde 1931, a pesar de todas sus reformas.

Aunque México inició el siglo XX con nuevo régimen jurídico con la Constitución de 1917, los juicios criminales no distaron de los decimonónicos. Así, la reforma constitucional para establecer el juicio acusatorio penal viene a significar, por lo tanto, la más importante de hace poco más de un siglo porque crea un nuevo esquema de justicia penal, no contemplado ni antes ni después de nuestra carta fundamental.

OBJETIVO

La finalidad que se persigue con este breve trabajo, más que hacer pronunciamiento sobre la viabilidad del juicio acusatorio, es describir la reforma judicial penal en sus puntos más salientes, que marcan el cambio profundo con respecto al procesamiento actual, y por qué no, calificarlos positiva o negativamente.²

Haciendo un primer balance general, casi *a priori*, se puede adelantar que los novedosos ingredientes de justicia, tales como la creación de *jueces de control*; explicitación del principio de *presunción de inocencia*; previsión de *mecanismos alternativos de solución*; obligatoriedad de que la *defensa recaiga en un abogado*, etcétera, hacen que la modificación constitucional sea catalogada de positiva en mayor medida.

UNA FALSA EXPECTATIVA

La instauración de los llamados comúnmente "juicios orales" no será, sin embargo, la panacea al terrible problema de los altos índices de criminalidad que azota nuestra sociedad, tal como dolosamente, desde el poder público, se ha estado difundiendo espectacularmente en todos los medios de comunicación masivos, a efecto de resaltar la reforma en comento, como gran logro gubernamental, augurándole resultados casi milagrosos. Nada más iluso que ello. La proliferación del delito obedece a factores diversos como extrema pobreza, distribución inequitativa de la riqueza, especialización de la delincuencia, pésima educación, etcétera, que nada tienen que ver con un probado procesamiento penal.

SISTEMA ACUSATORIO. NOCIÓN

Como en este espacio no es posible ahondar en el tema de los juicios acusatorios, ya que, ante todo, se intenta explorar la modificación constitucional, sólo se proporciona una idea general al respecto.

En contraposición al sistema inquisitivo, típico del absolutis-

² Cuando este artículo se envía para su impresión, recién ha sido aprobada la reforma judicial en el Senado, como cámara revisora, enviándose a los congresos de los estados; sin embargo, es muy probable que cuando el presente se publique, ya esté en vigor la modificación constitucional.

mo, en el que una persona o grupo detentan soberanía y poder, presuponiendo la culpabilidad, el esquema acusatorio es el que mejor responde a un estado de derecho moderno democrático garantista porque en éste prevalecen, entre otros aspectos, la división de poderes en el proceso: acusador, juez y defensa, la presunción de inocencia uso excepcional de la prisión preventiva, principio de culpabilidad, etcétera.

El nuevo artículo 20 de la Constitución, en su primer párrafo, una vez que se apruebe, dirá que: El proceso penal será *acusatorio y oral*. Se regirá por los principios de *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*.

Como punto fundamental de la reforma, a comentario, que además marca el cambio con el sistema mixto, puede citarse el objeto que le asigna al nuevo proceso penal acusatorio. La finalidad de éste es el *esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente*, procurar que el culpable no quede impune y que *se repare el daño* (artículo 20, apartado A, fracción I).

En los sistemas inquisitivo y mixto se pone énfasis exageradamente en la búsqueda de la "verdad histórica" y en la penalización del delincuente; en el juicio acusatorio, sin desatender esos rubros, se hace hincapié en la *protección de los inocentes* y en la reparación del daño causado por los delitos. Este último objetivo contiene una fuerte dosis de justicia restaurativa.

En México, el sistema penal mixto no ha propiciado una genuina justicia penal en el sentido de *dar a cada uno lo que corresponde*, sino una fría y formalista administración de la legalidad, donde el juez se limita a aplicar la ley, buscando a como dé lugar castigar al responsable. Resulta pertinente señalar que la protección del inocente no está referida, en sí, o en exclusiva, a la sociedad en su conjunto, ya que abarca primordialmente al procesado que no es responsable.

El deseo de castigar al culpable como fin primario ha propiciado que haya tantos inocentes en la cárcel como culpables en la calle, debido a que el juzgador no va más allá de lo que el Ministerio

Público le presenta como pruebas de cargo, las cuales difícilmente se logran desvirtuar durante el proceso. La aplicación de la ley penal ha carecido de un mínimo sentido de justicia. El proceso debe ser una garantía de verdad y justicia.

La oralidad no es propiamente un principio del sistema procesal acusatorio sino una característica del mismo, que le da celeridad por sobre lo que es escrito. La oralidad es representación de la realidad, a través de lo que se actúa, principalmente al desahogar pruebas y argumentar. Mediante la contradicción, en este tipo de procesos, el juez percibe directamente, por la palabra hablada, no por la escritura, lo que el inculpado o los testigos relatan, apreciando sus timbres de voz, gestos y actitudes que le permiten formarse un juicio. Por ello Carlos Daza señala que: *la oralidad no es sino una aplicación del principio general de originalidad de las pruebas*.³ Abonaríamos a esta misma orientación señalando que la escritura es la representación indirecta de la realidad; cuando el juzgador conoce mediante actuaciones escritas, no vivencia plenamente la objetividad como se supone ocurre al escuchar la voz, de ahí las ventajas de la oralidad.

REFORMA JUDICIAL. ASPECTOS POSITIVOS

a) Principio de *presunción de inocencia*. Éste, por fin se consagra en lo que será el apartado B, sobre los derechos de la persona imputada, del artículo 20 de la carta magna. Se considera que es un avance indiscutible, pues era necesario que estuviera explícito para que verdaderamente una persona sea tenida como inocente hasta que se declare culpable y de esta forma exista congruencia con el derecho internacional.

b) El reconocimiento del *principio de culpabilidad*, que también se prevé en la nueva fracción VIII, apartado A, del artículo 20 reformado, se halla en una relación directamente inversa al de presunción de inocencia. Son contracaras de la misma moneda. Cuando

³ Daza Gómez, Carlos, et. al., *Principios generales del juicio oral penal*, México, Flor Editor y Distribuidor, 2006, p. 30.

se reconoce la inocencia del procesado, entonces, sólo hasta que se demuestre su culpabilidad, podrá ser objeto de punición. El axioma jurídico de *culpabilidad* es relevante porque resalta la obligatoriedad de que el Ministerio Público aporte las pruebas incriminantes, relevando a la defensa de mostrar que no se es culpable, que se es inocente. Como se ve, reafirma el principio de presunción de inocencia. La instauración de los dos axiomas jurídicos constituye un logro.

c) En relación íntima con esta regla de culpabilidad, en este precepto constitucional, también está presente el diverso principio básico de que *la carga de la prueba de culpabilidad* le corresponde a la parte que acusa, dando consistencia al sistema procesal penal.

d) En la denominada reforma judicial igualmente se prevé el *principio de inmediación* (artículo 20, apartado A, fracción III), ingrediente procesal esencial en el juicio oral porque sólo así el juez puede apreciar directamente el "drama" que ocurre en el recinto judicial y ocupar el lugar estratégico que le corresponde en el tradicional triángulo procesal. No se concibe la oralidad sin la presencia del juzgador, en contacto directo con las partes, testigos, peritos, etcétera, sobre todo durante el desahogo de pruebas y exposición de argumentos.

Muchos defensores públicos federales y, sin duda, particulares, también, en más de una ocasión, nos hemos visto obligados a "salir" del espacio judicial en que se reciben las pruebas para ir en busca del juzgador, a su despacho, a instarlo a que "vea" determinadas actuaciones o resuelva cuestiones que no han sido satisfactoriamente consideradas o resueltas por su secretario. En el fondo, nos hemos comportado así porque intuimos la necesidad de que se debe dar ese contacto físico y directo del instructor con las partes, para que éste pueda juzgar con un mínimo de justicia.

Dentro del juicio mixto, donde lo escrito prevalece sobre lo oral, todavía no se ha hecho imperiosa la presencia del instructor en las diligencias, dado que se entera de los acontecimientos, testimonios, declaraciones, etcétera, a través de las constancias integra-

das al expediente, es decir indirectamente, mas ello reduce el margen de apreciación que de cada caso podría tener.

e) Una cuestión verdaderamente relevante, en el juicio penal acusatorio y que tiene que ver precisamente con uno de sus rasgos salientes, es el relativo a que para dictar sentencia sólo se considerarán las pruebas que se desahoguen ante el juez. Esto introducirá un cambio drástico en la evaluación de las pruebas en el juicio. Éstas no tendrán valor alguno para el fallo, si no se ofrecen y desahogan *directamente ante el juzgador*.

Hasta hoy, y en tanto no cambie la ley secundaria, durante la investigación del delito, el Ministerio Público, al estar facultado para buscar y desahogar pruebas, *ante sí*, ha relevado al juzgador, haciendo las veces de éste. Después, en la etapa de instrucción, el valor de las probanzas obtenidas en averiguación previa, por lo general no varía, salvo que ocurra un milagro (una contraprueba contundente). Ahora bien, como todo lo actuado ante dicha autoridad investigativa posee pleno valor, sobreviene inexorablemente sentencia condenatoria.

La trampa jurídica en el juicio mixto radica en algo muy sencillo, aparentemente insignificante: en que las pruebas que se desahogan ante el Ministerio Público valen para la sentencia. Con el cambio del tipo de juicio penal, sólo serán consideradas aquéllas que se reciban en la audiencia de juicio. Naturalmente, las recabadas por el órgano investigador serán base del ejercicio de la acción penal y del auto de vinculación procesal (auto de formal prisión o de sujeción a proceso), pero no tendrán eficacia para la resolución definitiva, a menos que el fiscal las ofrezca para la audiencia del juicio y se reciban. Este aspecto de la reforma judicial tendrá un impacto favorable para el encausado y romperá con el estado de indefensión a que se halla sometido actualmente.

Un ejemplo práctico, muy cotidiano, nos puede dar luz para dimensionar la relevancia de este cambio. El agente del Ministerio Público suele tomar declaración de testigos "de cargo" que incriminan al indiciado, además de confesiones (muchas de las veces con pre-

sión). Estos elementos de prueba le sirven para ejercitar acción penal. Posteriormente, durante la instrucción, muchas de las veces, extrañamente, dichos testigos no pueden ser localizados, ya porque proporcionaron domicilios falsos, ya por lo que sea, resulta imposible presentarlos ante el juez. Ante ello, en razón del principio de inmediatez procesal, se otorga credibilidad a sus declaraciones ministeriales como datos inculpanes y se condena al procesado. Ojo, con pruebas desahogadas ante el Ministerio Público, no ante el juzgador, sin posibilidad alguna de que el acusado pueda rebatir la imputación y conocer en juicio a su acusador.

Con la reforma, esto se acaba. Ni confesión, ni testimonio rendido ante órgano investigador valen para sentencia, a menos que se vuelven a ofrecer y desahogar en audiencia de juicio. De forma tal que, si misteriosa o mañosamente "desparece" el imputante, y el procesado no repite su confesión en dicha diligencia, ante juez, no habrá elementos de cargo para emitir juicio de reproche.

A mayor abundamiento, las declaraciones ministeriales de los policías con las que casi siempre se condena al inculcado, carecerán de eficacia, a menos que se "repitan" íntegramente ante el juez, sin que sea suficiente, como ahora ocurre, con ratificarlas o reproducirlas, donde, de hecho se ven ayudados, con el recuerdo, por la lectura de las constancias que las contienen.

En este mismo tenor, para dar mayor certeza al inculcado en materia de pruebas y lograr el esclarecimiento de los hechos, en el artículo 20, apartado A, fracción VI, también se establece que el juez que celebre la audiencia del juicio será diferente de quien haya conocido previamente del caso, esto es, del que emitió el auto de vinculación a proceso, ya que así, se evitará el riesgo de que quien dicte sentencia se vea influido por los medios convictivos que sirvieron de base para dicho auto.

f) En el nuevo sistema penal acusatorio, se establece el principio de *subsidiariedad o excepcionalidad de la prisión preventiva*. Base también para imponer sólo excepcionalmente la prisión punitiva en el futuro. La utilización de la detención provisional será, en teo-

ría, reducida a casos mínimos, a los supuestos en que "ninguna otra medida cautelar sea suficiente" para evitar la sustracción a la acción de la justicia, protección de testigos, víctimas... La legislación ordinaria deberá contemplar una gama más o menos amplia de esos instrumentos precautorios, limitantes del uso de la prisión preventiva, la cual tenderá a desaparecer paulatinamente. No podría ser de otra forma, si se parte de la hipótesis de que una persona es inocente durante el proceso.

En aras de la observancia de *la excepcionalidad de la prisión preventiva*, en el artículo 19, reformado, se prevén los supuestos graves por los que únicamente procederá la prisión preventiva, incluso, oficiosamente, tales como delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos, y los que ley secundaria prevea en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Sin embargo, esta regla se flexibiliza peligrosamente ante la posibilidad de que el Ministerio Público pueda solicitar el uso de dicha medida precautoria cuando, a su apreciación, ninguna otra sea suficiente par los fines del proceso. Se abre una enorme brecha a la discrecionalidad tanto de quien la solicitará como de quien la decretará. Para mayor certeza jurídica debió dejarse únicamente la regla rígida de que sólo en los delitos señalados como graves proceda la detención preventiva.

Algunos especialistas han mostrado honda preocupación por la eventual desaparición del derecho a la inmediata libertad provisional bajo caución, inmerso en la fracción I, apartado A, artículo 20 (sometida a reforma), ya que, dicen, se genera incertidumbre jurídica para quien deseara ejercerlo. Este temor no es tan fundado si se parte de la premisa de que ahora sí operarán en forma efectiva, la presunción de inocencia y la regla de excepcionalidad de la prisión preventiva, frente a lo cual, el juez no podría decretar ésta, sino cuando se esté ante delitos graves (que la normatividad secundaria no podrá ya ampliar, tan sólo fijarlos en materia de seguridad de la nación, salud y libre desarrollo de la personalidad).

Finalmente, tocante a la excepcionalidad de la prisión provisional, en el párrafo penúltimo de la fracción IX, apartado A, del 20 de la carta fundamental que próximamente entrará en vigor, se mandata que esa medida precautoria no podrá ser superior a dos años, salvo que sea a consecuencia del ejercicio del derecho a la defensa. Si al cumplirse este término no se dicta sentencia, deberá ordenarse la libertad, siguiéndosele proceso en libertad. Desde luego, el tiempo de esa medida no podrá rebasar el que se prevea como máximo de pena en el delito de que se trata.

g) Derecho de *defensa por abogado*. En la denominada reforma judicial, se plasma el nuevo derecho del indiciado o del procesado a que sea defendido por un abogado (artículo 20, apartado B, fracción VIII), ya no nada más por sí o por persona de confianza. Hasta hoy, ha sido incongruente pretender que la *defensa* puede ser *adecuada*, permitiéndose, sobre todo, en fase de averiguación previa, que alguien, no profesional del derecho penal, como lo es la persona de confianza, ejerza la defensa. Esta modificación implicará una carga de trabajo más nutrida para el defensor público ahí adscrito, pues asumirá el patrocinio de todos aquellos indiciados que podrían haber sido "asistidos" por la tradicional persona de confianza. Esta figura desaparece. De hecho, la confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de valor.

Este derecho se reafirma en el artículo 17 de la Constitución, sometido a reforma, el cual confiere a la Federación, estados y Distrito Federal la obligación de garantizar la existencia de un servicio de defensoría pública de *calidad* y con condiciones para el servicio profesional de carrera para los defensores. Para ello, ahí mismo, se mandata que las percepciones de éstos no podrán ser inferiores a las de los agentes del Ministerio Público, situación que, a mi juicio, coadyuvará a un razonable equilibrio procesal de las partes y a preservar el principio del contradictorio. En este sentido, el defensor público, ya sea federal o local, se convierte en pieza fundamental del desarrollo y consolidación del proceso penal acusatorio en México.

h) Se crea el *registro inmediato de detención* con la finalidad de

que se tenga control riguroso del número, datos y tiempo real de retención ante Ministerio Público. Ello obedece a una exigencia internacional, y porque además, en materia de desaparición forzosa de personas, evitará, en cierta medida, que el estado mexicano pueda ser objeto de responsabilidad internacional por ese tipo de acciones en contra de quien, se afirme, pisó un separo o instancia policial o ministerial y luego, no se le encuentre.

i) En mismo artículo 16, en vía de reforma, de la Carta Magna, se crea la figura del *juez de control*, elemento saliente del nuevo modelo de justicia penal, para resolver solicitudes de medidas y providencias cautelares y técnicas de investigación que requieran control judicial, debiendo existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público. Este tipo de juez obsequiará o negará las solicitudes de cateo, el arraigo, prórroga del plazo de arraigo, la intervención de comunicación privada, etc. Ésta última puede ser considerada como una técnica de investigación. El propósito es dar agilidad a la actividad investigativa y apoyar las acciones frontales de combate contra la delincuencia.

Los *jueces de control* podrían ser los idóneos para conocer también del no ejercicio de la acción penal, desistimiento, etc., incluso de sustanciar el proceso hasta antes de la audiencia a juicio. No olvidar que el juez, en esta fase, sí tendrá que ser diferente al que emita el auto de vinculación a proceso. Corresponderá a la ley ordinaria y a los acuerdos generales de organización del propio Consejo de la Judicatura o del Poder Judicial, la determinación del número de jueces y facultades de cada uno al sustanciarse el procedimiento penal. No se contempla aún el juez de ejecución.

j) *Proporcionalidad de la pena*. En lo que concierne a este derecho, el *quantum* de la pena que se imponga al sentenciado debe guardar relación directa con la intensidad del hecho, en sí, no más con las características personales, que hasta hoy día nuestro sistema ha propiciado, desafortunadamente. En la praxis, la individualización de la pena todavía se basa en un criterio de "peligrosidad del sujeto", típico de un esquema de derecho penal de autor y no del

derecho penal de acto, por ello, se atiende a los "antecedentes penales", al grado y potencialidad de culpabilidad que le reportan los estudios de criminología, como elementos preponderantes para fijar la cantidad de sanción, lo cual es propio de sistemas inquisitivos. En el contexto de la *proporcionalidad y racionalidad de la pena*, se obligará al legislador ordinario a modificar y actualizar, por ejemplo, el contenido de los artículo 51 y 52 del Código Penal Federal, para hacerlos acordes.

k) En perfecta armonía con esta postura moderna, del diccionario constitucional, se excluyen los términos "readaptación social" o "resocialización", de cuño esencialmente positivista, y se sustituyen por los conceptos de *reintegración* o *reinserción*. La exposición de motivos señala, con criterio objetivo, que la prisión, lejos de readaptar al sentenciado para vivir en sociedad, lo aísla y lo margina de ella. De igual manera, se quita de la Constitución el vocablo "reo", que hace referencia al sentenciado pero con un matiz peyorativo y estigmatizante.

l) Otras novedades que se contemplan en la reforma judicial son la *prohibición de la prueba ilícita obtenida, prueba anticipada; los principios de contradicción, publicidad* etc., que por brevedad, no se pueden describir y que, sin embargo, se vislumbran como positivas.

REFORMA JUDICIAL. ASPECTOS CONTROVERTIDOS

a) *El arraigo*. La constitucionalización de esta institución preprocesal es aberrante. Se trata de un mecanismo de detención o prisión preventiva, arbitrarias, en fase extra-procedimental; medio de tortura física y moral disfrazado que concede al Ministerio Público amplias ventajas procesales. Esta medida cautelar es una detención arbitraria⁴ que, además, viene a destruir gran parte del esfuerzo impreso a la forma, en análisis.

En el mediano o largo plazo, el arraigo en la ley fundamental, acarreará responsabilidad internacional al estado mexicano, por ser

⁴ Vid. Vargas Ordóñez, Pedro, "Libertad provisional un derecho discriminado", en *Revista del IFDP*, núm. 4, México, 2008.

un instituto contrario al principio de presunción de inocencia y al derecho internacional de los derechos humanos.

b) En el artículo 19 de la Carta Magna, desaparecerá el concepto de formal prisión para ceder su lugar al de *vinculación a proceso*, por lo que el juez, dentro de las setenta y dos horas, a partir del que el indiciado sea puesto a su disposición, si hay datos suficientes para instaurar juicio penal, deberá dictar auto de *vinculación a proceso*, ya no, de formal prisión.

La nomenclatura "formal prisión" pierde sentido en el nuevo esquema acusatorio, ya que lo que, *per se*, se determina en el auto de plazo constitucional es la situación del indiciado: si se le va a procesar o no, no la implementación de una medida cautelar, como la prisión preventiva. Esto es una cuestión de naturaleza diversa. Máxime que al ya operar plenamente el principio de presunción de inocencia, la prisión provisional no deberá aplicar, salvo excepciones. El auto de formal prisión, de hecho, en la actualidad carece de lógica cuando el procesado goza de libertad provisional: no es de prisión, sino de sometimiento a proceso.

c) En lo que atañe a la *delincuencia organizada*, algunos juristas ya han expresado que al regularse desde la Carta Magna, acusa deficiente técnica jurídica porque esto es propiamente materia de la legislación secundaria; pero algunos otros han mostrado su beneplácito argumentando que ello da mayor certeza jurídica. Para el autor de estas líneas, se está dando vida a un *sistema paralelo de justicia penal* sobre delincuencia organizada que escapa a las reglas y principios generales aplicables al sistema ordinario, lo que marca claramente la distinción de dos grupos de personas inculpadas: uno con pleno goce de derechos (imputados comunes) y otro, acotado en esos derechos (acusados de delincuencia organizada). Así, se estarían creando tres subsistemas de justicia penal: el ordinario, el relativo a delincuencia organizada y el de adolescentes. Este último perfectamente válido y mayormente protegido, pero el segundo sumamente acotado.

Sin embargo, la reforma en estudio regula el concepto de delin-

cuencia organizada como *organización de hecho* de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente, en términos de la ley de la materia

Esta tipificación constitucional básica del delito de delincuencia organizada incorpora un concepto más claro que garantiza la exacta aplicación de ley, pues en esa redacción constitucional sólo sería punible la estructuración, *de facto*, de la organización delictiva y no sólo el *acuerdo* para ello, como ahora deficientemente lo contempla el aún vigente artículo 2º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, donde el acuerdo o intención de organización no presenta, aún, un principio de ejecución exterior propiamente.

d) El artículo 17 de la Constitución, cuya reforma, hasta el momento en que esto se escribe, está en proceso de aprobación ante los congresos locales, introduce el principio novedoso de utilización de *mecanismos alternativos de justicia* en materia penal con el objeto de evitar que todo proceso culmine necesariamente en sentencia, cuyos efectos estigmatizantes son bien conocidos; para emplear medios de solución de controversias menos lesivos; y, para que, en tal tenor, el derecho penal sea de verdad *ultima ratio*.

e) Con esta reforma también se introducen elementos de *justicia restaurativa*, en la que se da una efectiva participación a víctima y ofendido (sociedad) con miras a que se repare el daño, que en muchos de los casos, es lo que en el fondo quieren. Este tipo de justicia, de acuerdo a información fidedigna que se tiene, ha funcionado en otros países.⁵ Además, estos mecanismos robustecen el principio de subsidiariedad o excepcionalidad de la prisión, tanto preventiva como punitiva, en atención a que deberán operar durante el proceso, e incluso, en fase de ejecución, para sustituir la reclusión como regla genérica. En este sentido también se incorpora el *principio de oportunidad* del Ministerio Público, conforme al

⁵ Sobre justicia restaurativa pueden leerse, entre otros: Camaras, Claudia, "La justicia alternativa en materia penal" en, *Iter Criminis*, México, núm. 5, segunda época, enero- marzo de 2003, pp. 99-133. Y Nursal, Necati "Mejoras a la justicia penal y restaurativa en Turquía", en *Iter criminis*, México, núm. 13, segunda época, abril-junio, 2005, pp. 301-307.

cual, se le otorga cierta discrecionalidad (sin duda riesgoso) para abstenerse de ejercer acción penal en determinados casos; se privilegiarán seguramente también la conciliación, el perdón; se tenderá a disminuir los delitos de oficio; se implementará la figura de la suspensión del proceso a prueba u otra análoga, etc.

Como puede verse, estos ingredientes de justicia restaurativa propician que el *objeto* del proceso penal acusatorio (nuevo artículo 20, aparrado A, fracción I), ya no sea exclusivamente el conocer, a como dé lugar, la "verdad histórica" y el castigo del culpable, sino también y prioritariamente, la protección del inocente: víctima, ofendido y sociedad, cuya participación en el proceso penal, se activa.

f) En la llamada reforma judicial, se crea un nuevo estándar probatorio tanto para librar orden de aprehensión como para dictar *auto de vinculación a proceso*. Al respecto, los artículos 16 y 19 que se aprueben establecen que se requieren ***datos que establezcan el hecho y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión***.

Así que ya no se requerirá que se acredite plenamente el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad, como hasta ahora; no será tanta la exigencia de que existan pruebas incriminatorias más o menos eficaces para ello. En pocas palabras, será más fácil someter a alguien a juicio y muy pocas veces se negará una orden de aprehensión. Otro punto a destacar es que bastará con la intervención del agente (en alguna forma a que se refiere el artículo 13 del Código Penal Federal), sin necesidad de que se revisen al menos provisionalmente otros aspectos de la responsabilidad conforme al actual normativo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales para sujetar a procesamiento. De tal forma que si se actualizan causas de licitud o excluyentes de culpabilidad, ni remotamente serán consideradas sino hasta sentencia, de acuerdo a la redacción de la reforma a comentario.

COMENTARIO FINAL

Habiendo hecho el recuento de los puntos más relevantes, sobre los que versó la reforma judicial, la cual incorpora un sistema de proceso penal acusatorio en la Constitución, se concluye señalando que

los cambios pueden ser catalogados como de muy positivos, sin perder de vista que esto es sólo el comienzo de una enorme tarea para consolidar cabalmente ese nuevo modelo de justicia penal. Además se requiere de una mayor preparación de cada uno de sus principales operadores: jueces, agentes del Ministerio Público y, desde luego, defensores, tanto públicos como particulares, quienes se convierten en piezas fundamentales para erigirlo y desarrollarlo.

El derecho a percibir indemnización como consecuencia del error judicial

*José Daniel Vargas Ríos**

1. INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que uno de los problemas sociales de México lo constituye el sistema de impartición y administración de justicia, sobre todo en materia penal y aun más en los tribunales de jurisdicción local; ello se deriva, primordialmente, del constante aumento en las cargas de trabajo, la falta de personal calificado, así como una percepción salarial en los juzgadores y su personal que de ninguna forma puede considerarse decorosa.

Lo anterior es consecuencia directa del tema que se aborda, precisamente porque ante la rapidez con la que actúan los juzgadores en los procesos penales, es prácticamente imposible otorgar el tiempo razonable a cada caso concreto para cuidar aspectos trascendentes al momento de dictar sentencias condenatorias, tales como el cuidar del debido desarrollo de los procedimientos, valorar adecuadamente las pruebas o decretar aquellas que sean necesarias para mejor proveer de manera oficiosa, vigilar que se respeten las garantías individuales de los inculcados, dictar los fallos a conciencia y verdad sabida, entre otros.

Esta serie de vicios graves en la forma de juzgar llegan a generar

* Oficial administrativo.

estado de incertidumbre en los encausados, sobre todo aquellos que son declarados culpables de la comisión de algún delito que no cometieron y obligados a compurgar una sanción de tipo corporal.

En virtud de lo anterior, el presente trabajo se enfoca en hacer patente el derecho que tienen los sentenciados de forma injustificada, de demandar y exigir del Estado una indemnización por los daños producidos durante su detención y reclusión, precisamente cuando acreditan por algún medio superveniente su inocencia en la comisión de los delitos que les atribuyeron.

Para ello, abordaremos el estudio de los derechos humanos, explicando su concepto e importancia, así como las diferencias que existen entre derechos fundamentales y garantías individuales, destacando los mecanismos de protección nacionales e internacionales y su eficacia.

Posteriormente, estudiaremos si se actualiza la responsabilidad del Estado y el consecuente derecho de los afectados de recibir indemnización por los daños producidos en la persona por la trascendencia que implica ser sujeto del proceso y sentencia penal.

Para finalizar, previa aportación de conclusiones, haremos una serie de propuestas que permitan hacer posible en nuestro país la materialización de este derecho fundamental; de igual forma, la existencia de ese derecho reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) y organismos protectores, a los cuales se puede acudir en caso de violación a alguno de los artículos de la citada Convención.

2. GARANTÍAS INDIVIDUALES, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS

De manera cotidiana suele confundirse esta terminología o pensarse que su significado es el mismo, sin embargo, cada uno de ellos engloba una un concepto propio con distinto significado, a saber: mientras que los derechos fundamentales son normas de *ius cogens*, inherentes al ser humano y del cual es titular por el simple hecho de serlo; los derechos humanos comprenden una categoría más amplia

de los derechos fundamentales, los cuales concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, por lo anterior válidamente podría decirse que los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados;¹ respecto de las garantías individuales, equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos derechos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades y el Estado.²

Establecido lo anterior, podemos abundar que los derechos fundamentales los encontramos escritos en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales cuyo catálogo se hace más amplio con la inclusión de los derechos humanos; de ahí que toda persona debe tener acceso a los mismos y sin restricción alguna, precisamente por comprender en ellos aspectos inherentes a su personalidad.

3. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Hemos mencionado a supralíneas que toda persona debe tener acceso a los derechos humanos de manera irrestricta y por ello conviene invocar este instrumento internacional para los efectos del tema que se plantea, precisamente, porque dentro de su catálogo de derechos, se establece el derecho a la indemnización ante el error judicial bajo el tenor literal siguiente:

"Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".³

Es prudente indicar que la Convención fue adoptada en la Ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, por ello también recibe el nombre de "Pacto de San José"; México forma parte de esta Convención, por haberla admitido el 30 de marzo de

¹ Carbonell, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 8 y ss.

² Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 33ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 187.

³ Artículo 10.

1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 1981, por tanto, su observancia y aplicación son vigentes.

Sin embargo, pese a ello, a la fecha no encontramos ningún arreglo constitucional que de las bases para la creación de una legislación que regule la forma, medios, supuestos o procedimientos sobre los cuales se den a conocer los principales parámetros para exigir al estado la indemnización cuando se actualiza el supuesto de que una persona sea sentenciada y condenada injustificadamente y con posterioridad logre acreditar su inocencia.

Ante la falta de regulación constitucional y legal, la pregunta lógica que surge es: ¿cómo podemos hacer para materializar el derecho a la indemnización por error judicial?; la respuesta no es sencilla de contestar, en atención a lo siguiente:

a) En México, el único mecanismo de defensa con que contamos para hacer frente a la violación a las garantías individuales es por excelencia el juicio de amparo; sin embargo, únicamente es garante y protector del catálogo de derechos contemplados en los primeros 29 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fuera de ello, los gobernados quedamos en estado de indefensión.

b) Admitiendo el presupuesto anterior, en ninguna parte del catálogo que comprenden esos 29 artículos, encontramos el derecho de indemnización, específicamente en la primera parte del numeral 20, que es donde se contemplan las garantías del inculpado, mucho menos la disposición que ordene legislar al respecto.

c) Aun en el evento de que efectivamente se estableciera el derecho a la indemnización, ante la falta de legislación que la regule, sería inútil intentar el juicio de amparo, porque dentro de los actos reclamados necesariamente tendría que alegarse la omisión en el legislador en regular la indemnización a causa del error judicial y el juez de Distrito nos sobreseería el juicio porque, de conceder la protección constitucional, obligaría a las autoridades responsables a legislar, lo que implicaría una invasión a las esferas competenciales de la clásica división de poderes.

d) Una vía alterna podría ser *prima facie*, acudir a las Comisiones de Derechos Humanos por violación a los aludidos derechos, pero en el caso de que se demuestre la eventualidad, la actuación de estos organismos se reduce a una recomendación que no genera obligatoriedad para las autoridades y queda al prudente arbitrio de ellas de admitir o rechazar la recomendación que al efecto se le formule.

e) En resumen, el juicio de amparo y la denuncia ante las Comisiones de Derechos Humanos no son idóneas ni eficaces para brindar una solución jurídica al problema que se plantea, porque no existe procedimiento ni bases sobre las cuales las personas puedan ocurrir ante el Estado el ejercicio de un derecho mediante el poder de exigencia.

Y si aunado a lo anterior, agregamos que la experiencia derivada de la promoción de un número importante de demandas de amparo en las que se establece como concepto de violación el desconocimiento de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales, demuestra que casi nunca los juzgadores de amparo entran al análisis de dichas cuestiones. Asimismo, son muy pocos los abogados que alegan violaciones de este tipo de derechos en las demandas de amparo; por tanto, la aplicación jurisdiccional de estas normas es casi nula.⁴

En razón a ello, tenemos que la única forma de hacer viable el derecho de indemnización en el Estado Mexicano sería ocurrir ante los organismos internacionales a demandar el cumplimiento de los compromisos internacionales que adquirió al suscribir los tratados en los que es parte, en el caso concreto, si hay una violación a una disposición contenida en el "Pacto de San José", debemos instar ante los organismos que la misma Convención contempla para hacerlos valer, así, dentro del mismo instrumento internacional encontramos dos órganos competentes para ocurrir ante ellos y demandar el cumplimiento vía sentencia ejecutoria; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en lo sucesivo la Corte).

⁴ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo. *Hacia una Nueva Ley de Amparo*. 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004. p. 30 y ss.

La Comisión es un: "órgano de la Organización de Estados Americanos creado para promover la observancia de los derechos humanos, entendiendo por éstos los consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y para los Estados parte en ella, y los enunciados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros. De esta manera, la CIDH tiene competencia sobre los Estados miembros de la OEA, sean o no partes de la convención".⁵

La Comisión tiene su sede en Washington, D.C y dentro de sus facultades se encuentra la de recibir denuncias por violaciones a los derechos humanos en contra de un estado parte de la Convención, por conducto de individuos, grupos de personas, entidades no gubernamentales, así como formular las recomendaciones conducentes para resolver el asunto en cuestión, así como solicitar informes al estado infractor sobre el cumplimiento y en caso de que no cumpla con las recomendaciones, podrá publicar la resolución en un informe anual o cualquier otro medio que considere oportuno.

Los requisitos que deben reunirse para la procedencia de una petición los encontramos en el artículo 46 de la Convención; son los siguientes:

- a) El agotamiento previo de los recursos de jurisdicción interna.
- b) Que la petición sea presentada en un plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva.
- c) Que la materia de la petición no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional.
- d) Que la denuncia o petición contenga el nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad federativa que somete la petición.
- e) Se exceptúa la observación de los incisos a) y b) cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega

⁵ Ortíz Ahlf, Loretta. *Derecho Internacional Público*. 3ª Edición. Editorial Oxford, México, 2004, p. 445.

hayan sido violados; no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos⁶ el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, se le hubiere impedido agotarlos; o que exista retraso injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Bajo estos requisitos, es viable que la Comisión intervenga mediante un procedimiento donde se llame al Estado denunciado, se le invite a llegar a un arreglo conciliatorio o en su caso se escuche a las partes en un procedimiento establecido y que culmine con una recomendación; sin embargo, el Poder Judicial de la Federación ha sustentado que las recomendaciones que formula la Comisión, no tienen el carácter de vinculantes u obligatorias;⁷ bajo este tenor, habremos de señalar que además de formular la recomendación, también está facultada para someter el caso a la jurisdicción de la Corte, con ello, su actuar ante ella no es como un agente de la víctima o

⁶ Ortiz Ahlf, Loretta. *Ibidem*, p. 451.

⁷ En este sentido quedó establecido en la tesis aislada localizable en la Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVIII, Julio de 2003, Página 1063, Tesis II.2º.P77 P, cuyo rubro y texto son: CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. NO ESTABLECE EL CARÁCTER OBLIGATORIO Y VINCULANTE (PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO) DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN A QUE DIO SURGIMIENTO. El argumento de que los tratados sobre derechos humanos, dada su naturaleza, ameritan un tratamiento especial o diverso, no puede aceptarse al extremo de romper y desconocer, por otro lado, la naturaleza misma de todo pacto, tratado o convención internacional, que es la de surgir, no por obligación impositiva en planos de imperio y subordinación, sino sobre la base de igualdad de los miembros de la comunidad internacional y el respeto a la voluntad de aceptar los términos en que cada Estado conviene en comprometerse; de manera que si en la mencionada Convención, también denominada "Pacto de San José", no se advierte el establecimiento de carácter obligatorio del acatamiento al contenido de las recomendaciones de la comisión formada y, por ende, no puede decirse que exista la aceptación por parte de los Estados que lo subscribieron respecto de reconocer un carácter vinculante que no tiene; es por demás evidente que los aludidos términos del compromiso por parte de los Estados, y alcances y efectos de éste, no pueden ignorarse o pretender rebasarse bajo el argumento diferenciador de la materia del tratado, puesto que toda convención o acuerdo internacional, independientemente de la materia sobre la que verse, parte del principio del respeto a la normatividad establecida en el contexto del derecho internacional, en pro del reconocimiento a la igualdad y libre voluntad de los Estados miembros de la comunidad de las naciones, que son hoy por hoy la máxima expresión de representación de un conglomerado social; de manera que la observación a la normatividad y legalidad establecidas, aun en ese contexto, es sin duda también un derecho de todo integrante de la humanidad. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 136/2002. 13 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Raquel Mora Rodríguez.

del peticionario, sino que ejerce un derecho propio, actuando como un Ministerio Público interamericano;⁸ constituye también una especie de filtro previo sobre los asuntos que pueden ser llevados a la Corte.⁹

Cuando la Comisión estima que hubo violaciones a los derechos humanos y el Estado denunciado no ha tomado las medidas insertas en la recomendación, puede llevar el caso ante la Corte, la cual tiene su sede en San José de Costa Rica y se caracteriza por ser: *"una instancia jurisdiccional del sistema interamericano y está concebida como una institución judicial, es decir, cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, y para disponer que se garantice a las víctimas de la violación de un derecho o libertad protegido el goce de los mismos, la reparación de las consecuencias de esa violación y el pago de una justa indemnización"*.

De entre las funciones de la Corte, encontramos que asume dos: la contenciosa y la consultiva; la primera de ellas es la que nos interesa para efectos de este tema, porque a partir de la sentencia que emita este organismo, se puede hacer efectivo el cumplimiento de los derechos humanos consagrados en la Convención, obligando incluso al Estado parte a legislar y adoptar los mecanismos apropiados para el cabal cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos, pero para ello, es necesario que concurran los siguientes presupuestos:

a) Que se haya tramitado la denuncia correspondiente ante la Comisión y ésta hubiere seguido el procedimiento correspondiente hasta la formulación de la recomendación al Estado.

b) Que el Estado parte haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte.

c) La Corte conocerá de los asuntos planteados por la Comisión respecto de hechos que hayan ocurrido en el Estado parte a partir de que éste haya reconocido la competencia contenciosa.

Al respecto, es importante mencionar que México reconoció la competencia contenciosa de la Corte mediante declaración expre-

⁸ Ortiz Ahlf, Loretta. Op. cit., p. 451.

⁹ Carbonell, Miguel. Op. cit., p. 98.

sa que formuló, la cual fue publicada en el DOF el 24 de febrero de 1999, haciendo únicamente reserva en lo referente al artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de tal forma que es completamente viable ocurrir, primeramente ante la Comisión a formular denuncia de violación a los derechos humanos por la omisión de legislar respecto del derecho a la indemnización por error judicial y, en caso de que hubiere incumplimiento de la recomendación, llevar el caso a la Corte, para que previo procedimiento y mediante sentencia, se condene al Estado mexicano a regular el derecho de indemnización, así como hacerla efectiva a favor de las personas indebidamente sentenciadas que así lo soliciten.¹⁰

La aplicación en México de instrumentos de carácter supranacional ha revelado siempre diversas problemáticas, sobre todo en tratándose de los relativos a los derechos humanos, debido a que en las últimas décadas se ha propiciado un avance lento, pero progresivo en cuanto al reconocimiento de las normas y su materialización en casos concretos, pero reiteramos que su tratamiento debe ser generalizado y permanente, lo que conlleva que todas las autoridades, independientemente del nivel jerárquico que tengan, deben estar obligadas a su observación y estricto acatamiento.

4. EL RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA

En nuestro país —como ya se ha precisado—, no existe una regulación constitucional o legal que prevea el derecho a la indemnización, pero sí se contempla dentro de la legislación penal federal una excepción al principio de cosa juzgada, que se ha denominado "*el reconocimiento de inocencia*", el cual procede una vez que ha concluido en su totalidad el procedimiento penal y es viable su tramita-

¹⁰ En relación con el alcance de las sentencias dictadas por la Corte, hacemos referencia a la sentencia dictada el 5 de febrero de 2001, al resolver el caso "La Última Tentación de Cristo", que en síntesis, obligó al Estado de Chile a modificar su ordenamiento jurídico interno para suprimir la censura previa y permitir la exhibición de la película de referencia, así como pagar una suma por concepto de indemnización; de ahí que los efectos de las sentencias que dicta no solamente se constrñen a declarar la violación de derechos humanos, sino que además, producen efectos de condena; sobre el particular, véase: [http:// www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.doc)

ción cuando de datos supervenientes aparezca que el sentenciado es inocente, teniendo como consecuencia la extinción de la sanción impuesta junto con la reparación del daño; asimismo, genera el derecho a pedir la publicación de la resolución; no se trata de un recurso ni de un incidente extraordinario, sino un procedimiento especial que tiene como objetivo corregir la sentencia que se dictó injustamente por virtud de que aparezcan pruebas fehacientes posteriores, anulando así las penas impuestas al sentenciado.¹¹

La regla que establece los supuestos en que opera el reconocimiento de inocencia la encontramos en el artículo 560 del Código Federal de Procedimientos Penales, la cual establece cinco supuestos, a saber:

a) Cuando la sentencia se funde en pruebas que posteriormente se declaren falsas.

b) Cuando después de dictada la sentencia, aparecieran documentos públicos que invaliden los elementos en que se haya fundado.

c) Cuando condenada una persona por homicidio de otra que hubiere desaparecido, se presentara ésta o alguna prueba irrefutable de que vive.

d) Cuando dos reos hayan sido condenados por el mismo delito y se demuestre la imposibilidad de que ambos lo hubieran perpetrado y,

e) Cuando hubieran sido condenados por los mismos hechos en juicios diversos.

Además de lo anterior, se requiere de la aparición de pruebas diversas a las valoradas en la sentencia firme, ya que no es propiamente una instancia más, sino un procedimiento después de concluido el proceso penal que se conforma con la valoración de nuevos elementos probatorios fehacientes que destruyan los que fueron considerados en la sentencia respectiva.

Por nuestra parte, consideramos que el reconocimiento de inocencia debería prever –además del derecho del sentenciado de que se publique la resolución que reconozca su inocencia–, lo relativo

¹¹ Esquina Muñoa, César. *La Defensoría Pública Federal*. 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 300.

al derecho a pedir indemnización al Estado, toda vez que éste, por conducto del Ministerio Público, es a quien se le ha encomendado la tarea de ejercer la acción persecutoria de delitos, por lo que, si el representante social no integró adecuadamente la averiguación previa y con ello causó un perjuicio a una persona, lógico es que le asista el derecho de pedir una justa indemnización.

En materia penal, no existen ni han existido las facilidades necesarias para hacer efectivo el derecho de indemnización; la realidad es que la Procuraduría de Justicia, a través del Ministerio Público, ejercita la acción penal, constituyendo ésta una actividad administrativa, ya que proviene de una autoridad de esa naturaleza, y por evento es responsable, en cuanto a que debe cumplir con una obligación que deriva del artículo 21 constitucional, y que se constriñe a investigar y perseguir los delitos, y si lo hace sin cumplir con esas obligaciones, indudablemente incurre en una actividad administrativa irregular; y si por consecuencia, por ello causa daños y perjuicios en los bienes o derechos de los particulares por un encarcelamiento que resultó ilegal, existe una responsabilidad directa del Ministerio Público para reparar esos daños, así como una responsabilidad objetiva del Estado de responder por los actos de quienes desempeñan una labor dentro del mismo.¹²

A propósito de mejor abundamiento, sostenemos que no únicamente debe incurrir en responsabilidad el Ministerio Público, ya que, si bien es el órgano facultado para ejercer acción penal, también los jueces incurren en la misma responsabilidad, en el entendido de que constituyen el cuerpo técnico encargado de imponer sanciones de tipo corporal y su responsabilidad va ligada con la inadecuada valoración de pruebas, vicios de forma durante la secuela procedimental penal o al momento de juzgar, esto es, que no hubiere recabado las pruebas necesarias para cerciorarse de la verdad de los hechos y la responsabilidad del presunto delincuente, a ello hay que agregar que de acuerdo con el artículo 8.2 de la Convención

¹² Treviño Garza, Adolfo J. *Tratado de Derecho Contencioso Administrativo*. 3ª Edición. Editorial Porrúa, México, 2004. pp. 100 y 101.

Americana sobre Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, sin embargo, el esquema mexicano de procuración de justicia se maneja a *contrario sensu*, es decir, primero se priva de la libertad al presunto delincuente mientras es sujeto del procedimiento y no es sino hasta sentencia cuando se decide si es culpable o inocente, pero siempre bajo la premisa de que se le presume culpable, por ello, los encausados deben sufrir una serie de vejaciones atroces, desde el simple hecho de pisar una cárcel y enfrentar un largo y engorroso proceso donde, por lo regular, no son bien informados de sus derechos de defensa ni se les escucha con la debida probidad en las audiencias, además de las constantes irregularidades que surgen al momento de desahogar y valorar las pruebas, las cuales en muchos casos ni siquiera están razonadas ni engarzados los elementos probatorios para demostrar fehacientemente la culpabilidad del encausado, sino que se trata de meras transcripciones de constancias que reportan datos aislados y con ello se les pretende sentenciar; o peor aun, bajo el pensamiento erróneo de que sea siempre el tribunal de alzada el que determine o corrija las irregularidades cuando estos, a su vez, se inclinan porque sea el juicio de amparo, el que subsane el cúmulo de irregularidades tanto en la forma como en el fondo; por ello, también se debe atribuir responsabilidad a los jueces que incurren en estas prácticas, además de que le debería asistir el derecho al sentenciado de exigir una justa indemnización, puesto que los daños van más allá de las vejaciones que sufren en las cárceles, dado que, por lo regular, una persona que haya estado reclusa por cualquier motivo, es marcada por la sociedad, porque difícilmente encontraría un trabajo digno para subsistir, toda vez que son escasos los patrones que se atreverían a contratar a un ex convicto, y atañe mayor dolor cuando fue indebidamente sentenciado, la reclusión produce, además, el efecto de distanciamiento de sus familiares, el abandono, el olvido de sus amistades, la pérdida del empleo, la confianza y sobre todo se gesta un daño en el proyecto de vida de las personas; por todo ello, es justificable que se exija

al Estado, por vía de responsabilidad, el derecho a percibir una indemnización por la serie de daños causados en la persona del enjuiciado.

5. CONCLUSIONES

Toda vez que han quedado expuestos los argumentos torales del tema que se plantea, es preciso observar las que enseguida se enumeran:

1. Hay un creciente número de individuos afectados con sentencias ejecutorias en las que se les atribuye responsabilidad penal por delitos que en realidad no cometieron, produciéndose, por consecuencia en ellos, una afectación con distintas repercusiones por los daños ocasionados; sin embargo, no existe la forma de responsabilizar al Estado por esos daños ni mucho menos de ejercer el derecho a la indemnización.

2. No existe reconocimiento constitucional, mucho menos legal del derecho a la indemnización ante el error judicial, y si a eso incluimos que los medios de defensa jurisdiccionales y no jurisdiccionales que tenemos al alcance, no son idóneos ni eficaces para hacer valer el ejercicio del derecho a la indemnización, se hace patente la necesidad de recurrir a organismos internacionales.

3. México es parte integrante de la Organización de Estados Americanos y suscriptor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ese hecho, es factible acudir ante la Comisión y posteriormente a la Corte a demandar del Estado Mexicano el cumplimiento de los derechos establecidos en la Convención, entre ellos, el derecho a la indemnización por haber incurrido en el error judicial, ya sea porque éstos se cometieron durante la averiguación previa penal, durante el procedimiento penal o al momento de juzgar, haciendo la presión de que al respecto no existe reserva en este sentido al momento en que se suscribió el tratado y por otro lado sí está reconocida la competencia contenciosa de la Corte.

4. El reconocimiento de inocencia, si bien procede contra sentencias firmes ante la aparición de nuevos elementos probatorios que destruyan los que sirvieron de base para sentenciar, lo cierto es

que el efecto que produce es dejar sin efectos la sentencia y la reparación del daño, así como el derecho de que se reconozca la inocencia del sentenciado, pero no establece nada acerca del derecho a percibir indemnización por los daños causados.

6. PROPUESTAS

Para garantizar el pleno acceso al derecho de indemnización, en aras de evitar los procedimientos internacionales, porque es contado y limitado el número de personas que tienen los medios económicos para acceder a ellos, dado el elevado costo que representa ocurrir a dichas instancias, en este trabajo nos permitimos efectuar las siguientes:

a) Adicionar un párrafo en el artículo 19 Constitucional, a efecto de que se contemple como garantía individual de todo procesado, el derecho de exigir del Estado una justa indemnización por los daños ocasionados tanto por el Ministerio Público como del juzgador, cuando es sentenciado de forma injusta y mediante pruebas supervenientes logra acreditar su inocencia.

b) Teniendo ya el soporte constitucional, adicionar un capítulo en el Código Federal de Procedimientos Penales que regule –dentro del reconocimiento de inocencia– el derecho a percibir indemnización, así como las bases, lineamientos y parámetros sobre los cuales se establezca la procedencia de la misma y el modo de hacerla efectiva frente al Estado; lo anterior, toda vez que fue un compromiso adquirido al momento de suscribir y adherirse a la Convención.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 33ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- Carbonell, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2006.
- Esquinca Muñoa, César. *La Defensoría Pública Federal*. 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

- Ortiz Ahlf, Loretta. *Derecho Internacional Público*. 3ª Edición. Editorial Oxford, México, 2004.
- Treviño Garza, Adolfo J. *Tratado de Derecho Contencioso Administrativo*. 3ª Edición. Editorial Porrúa, México, 2004.
- Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo. *Hacia una Nueva Ley de Amparo*. 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

8. LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Federal de Procedimientos Penales.

9. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10. SITIOS DE INTERNET

- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.doc

Fijación oral

*"Prefiero el bastón de la experiencia
que el carro rápido de la fortuna.
El filósofo viaja a pie."
Pitágoras*

*Huetzin Zúñiga Moreno**

Con marcado interés al respecto, atendí el número 22 de la Revista del Instituto de la Judicatura Federal, donde figura el ensayo "Los juicios orales y la justicia federal: la reforma judicial" redactado por Rodolfo Pasarín de Luna, Magistrado del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito; el cual aborda los primeros aspectos prácticos de que se tiene conocimiento sobre este tipo de procedimiento en Nuevo León, máxime su carácter pionero en el sistema jurídico mexicano.

El magistrado Pasarín resalta, en dos pasajes reveladores, la posibilidad de que circunstancias ajenas a la aplicación del derecho y a la ética profesional de un abogado –con independencia de su papel durante el proceso– sean determinantes para establecer si una prueba o una diligencia fueron desahogadas de manera adecuada:

"... el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León previene dos etapas del procedimiento, en las cuales intervienen dos jueces: el juez de preparación de lo penal y el juez

* Defensor Público Federal.

de juicio oral; el propósito que busca es cumplir con el principio de imparcialidad al evitar que el juez que dicte la sentencia se deje influenciar por lo que conoció al dictar el auto de formal prisión. Para cumplir también con ese principio, en general, las pruebas que arrojó la averiguación previa no se toman en cuenta al dictarse la sentencia, sólo aquellas *que se desahogan en su presencia...*"

"... Se insiste en que las transcripciones deben realizarse con la mayor fidelidad posible, porque el juez de preparación penal, para emitir el auto de prisión preventiva reclamado, presencié la declaración preparatoria y el desahogo de los testimonios, y por tanto escuché de viva voz lo declarado y observé la conducta de cada uno de los participantes, el lenguaje corporal de los testigos; *factores que pudieran haber influido en la decisión del juzgador y que también debe tener en cuenta el juzgador de amparo...*"

Se dice que el juicio oral neoleonés tiene como modelo su similar francés, aunque a veces parezca que también se basa en el aberrante paradigma histriónico estadounidense, que por algún influjo extraño ha permitido el sostenimiento del sistema judicial y jurídico a donde pertenece, así como la consecuente pero discutible preponderancia económica y política del país de su origen. Se ha puesto de relieve que, al haberse adoptado el juicio oral en otros países americanos de habla castellana, se justificaría la incorporación completa de tal figura en el orden jurídico penal mexicano y, sin embargo, el suscrito no halla soporte en esa afirmación tan simple; tal como se puede percibir al comparar el contenido de la legislación del orden común de nuestro país inherente a cada entidad federativa, donde en los códigos penales de algunas de éstas se contemplan tipos que a su vez no constituyen conductas penalmente relevantes en otras; o bien, consideran en muy distinta magnitud la sanción correspondiente a los delitos que tipifican en común. Así pues, el magistrado Pasarín destaca que un juez de juicio oral en Nuevo León, al apreciar las pruebas en que se habrá de basar para dictar una sentencia definitiva, tomará en cuenta: "... sólo aquellas que se desahogan en su presencia", mientras que para dictar un auto de prisión

preventiva, deberá reparar en la conducta de los participantes de las diligencias precedentes a dicho auto, así como en "... el lenguaje corporal de los testigos...". En tal contexto, es conveniente distinguir los parámetros actuales de valoración de la prueba testimonial que los defensores públicos federales atendemos para nuestro desempeño, contemplados en el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales y específicamente los señalados en sus fracciones IV y V:

"IV.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y

V.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza."

Aun tratándose de las hipótesis descritas por la fracción V, resulta poco o nada adecuado que para acreditarlas, el juzgador eche mano de las actitudes o el comportamiento que el secretario practicante de la diligencia respectiva, haya certificado en autos acerca del deponente que motive las consiguientes sospechas; porque remite a situaciones de carácter subjetivo cuya concurrencia –salvo el dolo y el propósito específico en la comisión de cada delito– es improcedente en la acreditación de una conducta delictiva así como en la sustanciación de un proceso derivado de ésta. En el ejercicio de su desempeño profesional, un defensor público federal ha de procurar mayor cautela que el propio juzgador en estas situaciones para no invocar interpretaciones falaces de las fracciones legales aludidas, pues se ha sabido de jueces federales que otorgan efectos válidos a disposiciones legales contrarias al espíritu de la ley, y por consiguiente despojadas de cualquier resguardo a garantías individuales. Alguien podría calificar mi opinión como puritana, considerando que es deseable y hasta exigible que el defensor de un inculcado haga lo imposible para dejar bien librado a su cliente; pero por lo menos los defensores públicos federales estamos obligados a plantear una estrategia de defensa acorde con la mecánica de

los hechos derivados de cada causa penal en que intervengamos, para luego determinar los elementos de convicción que habremos de ofrecer a favor de nuestros representados y el propósito que persigue su concurrencia en los autos. Entonces, si nos valiéramos de indicios o elementos obtenidos fuera de la legalidad pero susceptibles de constituir una prueba apegada a derecho en apariencia, sería muy peligroso aventurarnos a sustentar la defensa de nuestros patrocinados sobre esa base, porque de evidenciarse la poca o nula validez de una prueba con tales características, no sólo incurriríamos en la responsabilidad administrativa inherente al marco normativo que regula nuestras actividades, sino también podría adecuarse nuestra conducta en alguna descripción típica.

Por consiguiente, si un juez federal se funda en el texto de las invocadas fracciones IV y V del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, para determinar que por la actitud, muecas, entonación vocal, velocidad de locución, movimientos corporales u otras circunstancias similares, un testigo no es idóneo para dar cuenta de los hechos que motivan su comparecencia durante la sustanciación de una causa, legítima de manera indebida el alcance de dichas fracciones en relación con lo previsto por el numeral 206 del propio Código, cuya amplitud para ofrecer pruebas está en función de que las mismas no vayan contra derecho y que además puedan ser conducentes, lo cual implica que deben ser adecuadas o idóneas al propósito que su oferente pretende acreditar. Por lo tanto, es contraria a Derecho la apreciación de las actitudes y demás factores aludidos por parte de un juez federal para estimar como procedente la concurrencia de oscuridad, imprecisión y/o reticencia en la deposición de un testigo, o bien la motivación de la misma como producto de fuerza, miedo, engaño, error y/o soborno, por no ceñirse al análisis del contenido de las testimoniales.

Aunque es probable que un testigo haya declarado bajo la influencia de alguna de las cinco últimas hipótesis, la actualización de tal circunstancia debe demostrarse apropiadamente y sólo cuando la misma se califique suficiente podría establecerse que las deposi-

ciones derivadas de ella son resultado de las irregularidades previstas por las fracciones IV y V del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales; de lo que se infiere válidamente que carece de constitucionalidad lo dispuesto de manera concreta por los numerales 553 y 554, párrafos primero y segundo, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, por ser ilógico que regulen aspectos sin relación alguna con el propósito del desahogo de una prueba testimonial, o sea, el estudio y/o apreciación de su contenido y no de la manera en que fue vertido, aun cuando haya habido contradicciones notorias. Por ende no es deseable su propagación en sus similares de cada entidad federativa como tampoco en el Código Federal de Procedimientos Penales, y menos aún bajo la perspectiva manejada por el magistrado Pasarín en el ensayo de su autoría, cuando señala que debe atenderse a aquellos factores "...que pudieran haber influido en la decisión del juzgador y que también debe tener en cuenta el juzgador de amparo...", pues la Ley de Amparo de ningún modo puede seguir la suerte del código procesal neoleonés porque regula un ámbito de aplicación muy distinto, y porque si bien ambos ordenamientos deben resguardar su apego a la Constitución, el neoleonés lo precisa en mucho mayor medida y hasta la Ley de Amparo podría servir de artífice para lograrlo, como quizá sucedió antes de su redacción actual.

Dos han sido las cualidades hiperponderadas del modelo de juicio oral que pretende instaurarse, para ensalzar la conveniencia de sus supuestas ventajas: su carácter verbal eminente, cuyo respaldo material sería el indispensable para preservarlo a la posteridad, y la celeridad de su desarrollo, con el discutible propósito de materializar de una vez por todas la naturaliza expedita con que la justicia ha de impartirse y administrarse. Lo sorprendente es que, en cuanto al ejemplo que se pretende constituir en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León para tal efecto, los numerales que se especifican a continuación dan cuenta de un cometido en absoluto contrario al allanamiento de obstáculos, inherente a la esencia de lo expedito. En efecto, el artículo 556 señala que las partes

podrán promover pruebas por un término sucesivo de cinco días, susceptible de ser ampliado a solicitud de las partes, en tanto que el precepto siguiente dispone que la audiencia de preparación del juicio oral penal se llevará a cabo dentro de los quince días siguientes al transcurso del término aludido; pero si se nombrare nuevo defensor en esa audiencia, se suspenderá la misma no más allá de cinco días, según lo previene el artículo 558 del propio Código. En cuanto a la celebración de la audiencia oral (constitutiva de la siguiente etapa procesal), del numeral 564 del mismo ordenamiento se desprende que aquélla podrá verificarse dentro de los treinta días siguientes al auto de radicación; y el debate resultante de la misma podrá suspenderse en ciertas hipótesis por un plazo de entre diez y veinte días.

Es comprensible que todos esos aspectos tan delicados que aborda cada artículo en cita, no puedan resolverse en un tiempo menor al que disponen sin correr el riesgo de estropear la buena marcha de un proceso y de conculcar las garantías individuales del encausado y hasta de la víctima u ofendido; lo cual acarrearía la reposición del procedimiento, que desde luego perjudicaría al juez al grado de la inhabilitación para su desempeño y hasta de incurrir en responsabilidad penal, como igualmente podría ocurrir con el Agente adscrito del Ministerio Público, en caso de no propiciar el respeto de los términos señalados por la ley adjetiva en lo concerniente a la representación que detenta. Sólo en tal contexto es explicable la crudeza del fragmento transcrito del artículo 576, pues implica el derecho del inculpado y de su defensor para allegarse de todos aquellos elementos que consideren útiles para esgrimir a su favor, con independencia del lapso o modalidad previstos para el desarrollo del proceso, ya que tales aspectos siempre han de estar supeditados a la necesidad de esclarecer cuanto sea posible la verdad histórica en una causa. Mas por desgracia, aunque algunos abogados pretenden el hallazgo de esa verdad, para procurarla también acuden a la malsana prolongación de los tiempos procesales mediante el combate a las determinaciones que proveen de dicha alternativa, tal como la ofrece el propio código procesal que el suscrito rebate en el presente ensayo:

"Artículo 560.- Al término de la audiencia o concluido el plazo concedido a los peritos, el Juez de Preparación de lo Penal dictará el auto de apertura del Juicio Oral Penal señalando los hechos que se dieran por acreditados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 559, así como las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral y se inhibirá de oficio poniendo la causa y al inculpado a disposición del Juez del Juicio Oral Penal. *Este auto no admitirá recurso alguno.* Las partes podrán expresar lo correspondiente sobre la exclusión de pruebas decretadas por el Juez de Preparación de lo Penal. [...]

Artículo 575.- Inmediatamente después de la exposición de las partes, podrán ser planteadas todas las cuestiones incidentales, que serán tratadas en un solo acto, se resolverán verbal e inmediatamente, a menos que el tribunal resuelva tratarlas sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del debate. Lo mismo se hará con las solicitudes promovidas. En la discusión de las cuestiones incidentales sólo se concederá la palabra por una única vez a quien la plantee y a los demás intervinientes, quienes podrán pronunciarse a través del abogado que los defiende o asesora.

No procederá recurso alguno contra las disposiciones que recayeran sobre estos incidentes."

Ante ese panorama, el único camino a seguir es el amparo indirecto, cuya tramitación significa por lo menos dos meses de espera, y no se diga si llega a precisarse de interponer el recurso de revisión, o más todavía cuando hay la posibilidad de que éste sea sustanciado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En todo ese papeleo yo no veo un ápice de celeridad.

Los partidarios sin reservas del juicio oral como hasta hoy está concebido para la realidad mexicana, han querido vender como paradigma milagroso la práctica chilena de dicha modalidad procesal, ante lo cual conviene reparar en lo expresado por María Soleidad Alvear Valenzuela, Presidenta del Partido Demócrata Cristiano en el país de Neruda, al dictar conferencia sobre el particular el 27 de junio de 2007 en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal:

"...Aquí mencionaré el doloroso caso de un Senador de la República que fue acusado de abuso de autoridad. Fue condenado en un juicio oral en donde todo el país estuvo de testigo, la ciudadanía conoció los antecedentes, las pruebas y la sentencia, esta persona se encuentra cumpliendo una sentencia en la cárcel, la verdad es que es muy probable, que si no hubiese existido ese sistema, lo probable era que la causa se demorara diez o doce años, tras los cuales finalmente no pasara absolutamente nada... Es muy distinto leer lo que dijo un testigo que escucharlo. Uno está mirando reacciones en su mirada, uno interpreta su transpiración, uno observa lo que mira de reojo, evalúa los silencios, el tono de voz, etcétera, toda esa información el Juez que no la percibe cuando solamente lee un documento, que termina traduciendo el actuario..."

Resulta muy lamentable que, con motivo de la transición dolorosa del vergonzoso régimen-pinochetista hacia la hoy notoria bonanza económico política que caracteriza a Chile, la también senadora Alvear apologice la necesidad de magnificar la respuesta del aparato estatal contra el ciudadano que de manera probable o presuntiva ha transgredido la ley; como si en la actualidad no hubiese acceso público a las audiencias donde, sea de modo justo o arbitrario, se legitima el escarnio dirigido hacia quienes padecen el infortunio de hallarse en una situación similar, como si no fuese suficiente por sí misma para generarles desazón interna y descrédito social. Recuérdense por ejemplo a Michel Facault en su obra más conocida *Vigilar y castigar*. Considerando tal entorno, es todavía peor que el modelo de juicio oral que se ha preconizado desde la patria de Salvador Allende constituya una expresión poco afortunada del ya controvertido *homo videns*, espécimen descubierto por Giovanni Sartori para describir las características del hombre contemporáneo como especie, que ha rebasado con excesiva prontitud al magistral *mono desnudo* descrito por el zoólogo Desmond Morris. Así, el *homo videns* cobra sentido y propicia la importancia del género humano sólo si se sumerge en la televisión, así como en internet y todas las expresiones posibles del video, despreciando otras

formas de expresión valiosas. En la perspectiva de la senadora Alvear, fue indispensable que el pueblo chileno entero tuviese acceso a los detalles del proceso que se instruyera al Senador que se refiere, para que creyera en la efectividad de la justicia; cual remembranza de los circos instaurados en la Roma antigua para diversión de los gobernantes, quienes precisaban de espectáculos violentos para afirmar su autoridad, sabedores de que tales excesos contrastaban con el rigor de la sobriedad y la templanza de quien necesita conducir los destinos de una comunidad de modo convincente. Es posible que ante las barbaridades de ese régimen militar que asoló a la nación chilena, sus habitantes requiriesen mitigar sus anhelos de justicia exhibiendo a sus verdugos como si fuesen bichos raros, como si precisaran convencerse de que únicamente de esa manera podrían tomar revancha de las injusticias a que fueron sometidos durante diecisiete aciagos años; lo cual de ninguna manera significa que esas medidas sean aplicables con igual efectividad en otros sitios, por mucho que guarde con éstos varios aspectos culturales similares, merced a su origen común en la naciente España unificada del siglo XVI.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, previene en su quinta acepción (por orden de aparición) acerca de la palabra fijar, que dicha acción ha de referirse al hecho de "poner o aplicar intensamente", empleando la expresión "fijar la mirada, la atención" para ilustrar acerca de su empleo adecuado. Fijación y no reflexión es lo que ha orientado el criterio de los apologistas a ultranza de la oralidad en el derecho procesal penal mexicano, a modo de panacea, porque lo único que buscan es una salida fácil a la presión ejercida por el descontento de aquellos que han tenido contacto con la actividad de agencias del Ministerio Público, tribunales de toda índole y dependencias del Poder Ejecutivo en los tres órdenes de gobierno; siendo evidente que buscan estrépito a toda costa para llamar la atención, exaltan los efectos del linchamiento cual circo romano a la mexicana, y se olvidan de buscar verdaderas soluciones. Se olvidan también de que en las Juntas de Conciliación y Arbitraje ha campeado la ineficacia por culpa de la oralidad,

que sólo provoca la eternización de los asuntos. Ignoro si por desgracia o por fortuna, pero cuando escucho el término "juicio oral", invariablemente evoco un cuento del pintor Gerardo Murillo, mejor conocido como *Doctor Atl*, cuyo título lo dice todo: "La niña que sacó a su madre de la cárcel". Nada menos que un juez a quien convence una niña con su solo relato, sin que se procuren más elementos para indagar la autenticidad de esa versión.

Si ese tipo de destino merece nuestro país, si ese estado de cosas pretenden los impulsores del juicio oral, sean quienes sean y se encuentren donde se encuentren, sería preferible entonces el regreso de la venganza privada. Me ha tocado ver que algunas personas se dejan impresionar por abogados fanfarrones, creyendo que los aprendices de actores son la mejor garantía para obtener sus intereses procesales y de otro tipo, aunque a final de cuentas lamentan haberles conocido y pretenden que los defensores de oficio les enderecen el camino, pretextando siempre que desconocen por completo lo relacionado con asuntos judiciales y que nadie les orienta como es debido. Por lo mismo, los defensores públicos federales a veces somos despreciados por los propios destinatarios del servicio por prestarlo de manera gratuita —"es que como no le voy a dar dinero no le va a echar ganas"— y por tener la calidad de servidores públicos —"es que les paga el gobierno y nunca van a estar contra el gobierno"—; sin contar que en aquellos lugares donde se acostumbra que un abogado vista de traje, cuando alguno se abstiene de hacerlo es catalogado como menos que nada —"¿A poco es usted abogado? ¿En serio?"— sin racionalidad de por medio. Estaba planteándome bregar en solitario sobre éste tópico, cuando con suma satisfacción descubrí el artículo denominado "Juicios orales: ¿espejismo o solución?", elaborado por Julio Hernández Pliego para *El Mundo del Abogado* (Año 9, número 95, marzo de 2007, páginas 22 a 25); donde se pronuncia abiertamente contra quienes propugnan el establecimiento de la oralidad, sin importarle la magnitud de sus estimaciones:

"No debe atribuirse a los juicios orales, el éxito de que la gran mayoría de los casos penales se resuelven antes de llegar al juicio.

Los lugares de la República en que funcionan los juicios orales, reportan tan pobres resultados que ni siquiera cuentan en la estadística judicial, por lo que no quisiera pensar en la posibilidad de que un intrincado procedimiento de delincuencia organizada, por ejemplo, pudiera ventilarse en un juicio como el que se pondera.

Me arriesgaría a señalar que ni siquiera los maestros Carbonell y Ochoa Reza están seguros de que la oralidad sola permita el descongestionamiento del trabajo en los tribunales, porque al hacer esta referencia señalan que donde ha sido implantada con éxito, 'se ha logrado pero a través de salidas alternativas al juicio' y sin referirse ya al juicio oral, consideran piezas clave en el mejoramiento de nuestro sistema de justicia penal cuestiones ajenas a dicho juicio..."

"... En Estados Unidos sí funcionan los juicios orales, según los presenciamos en las series televisivas, en que la totalidad de los actos procesales se llevan a cabo verbalmente. Pero vayamos despacio. Lo cierto es que esos juicios funcionan solamente como excepción, pues el porcentaje de ellos es tan reducido, que su número no resulta tan relevante en la solución de los problemas de la justicia norteamericana, la cual apuesta mayormente a la negociación o plea bargaining en todos los casos.

Por este procedimiento de arreglo o componenda (tan deleznable como los tehuacanazos en nuestro medio) antes del inicio del juicio se formula al inculpado una propuesta para que acepte la imposición de una pena benigna, a condición de que se declare culpable del delito imputado..."

Así pues, resulta deseable contrarrestar los defectos actuales del proceso penal mexicano mediante las alternativas invocadas por el propio Carbonell, aun cuando no las haya definido; máxime que —al igual que sucede en Estados Unidos según Hernández Pliego— en Nuevo León, Aguascalientes, Chihuahua, Oaxaca y el Estado de México, el traído y llevado juicio oral sólo se aplica para delitos culposos, mucho menos frecuentes que los dolosos, y por lo mismo funciona como excepción a la regla general pero con muy pocos beneficios perceptibles. Basta con reparar en que el "plea bargaining" descrito por Hernández

Pliego no es otra cosa que lo previsto por los incisos b) y c) del artículo 152 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En la celeberrima carta con que el autor de *Los miserables* pidió a Benito Juárez el indulto a favor de Maximiliano, expuso que para éste no habría peor humillación que vivir "*por la gracia de la República*" de la cual era antitesis. Hoy en día, aquellos que proclaman por proclamar la instauración del juicio oral penal están en riesgo de padecer una situación similar. Ojalá la comunidad jurídica, y la sociedad mexicana toda, no paguen un precio muy caro por las consecuencias de aplicar este modelo de juicio oral que en estas líneas rebato, y que criticaré siempre que pueda mientras no sea reorientado o adaptado a las características de nuestra propia realidad.

Con mis respetos para el magistrado Pasarín.

Sección Tercera

DOCUMENTOS

Discurso pronunciado
por el Director
General del Instituto
Federal de Defensoría
Pública, en la ceremonia
de entrega de la Medalla
"Ponciano Arriaga" al
defensor público federal
más destacado en el año
2007

MAGISTRADO CÉSAR ESQUINCA MUÑOA

Señor ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia,
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal.
Honorables consejeros de la Judicatura Federal.
Distinguidos integrantes de la Junta Directiva.
Estimados compañeros de la defensoría pública federal
Señoras y señores:

Celebramos esta solemne ceremonia, en la que el Ministro Presidente hará entrega de la Medalla "Ponciano Arriaga" al defensor público federal más destacado en el año 2007, en ocasión especial que corresponde al décimo aniversario de la creación del Instituto Federal de Defensoría Pública, factor fundamental de la transformación de la antigua defensoría de oficio federal.

La presea lleva el nombre del ilustre liberal que concibió las bases de la defensa pública en la Ley de Procuradurías de Pobres de 1847, antecedente nunca olvidado. En ocasiones anteriores he recordado las palabras conmovedoras con las que don Ponciano

Arriaga presentó al Congreso del Estado de San Luis Potosí el proyecto de ley, que describen la situación de ignorancia, insalubridad, miseria, marginación, arbitrariedad, injusticia y explotación que prevalecía en el México del siglo XIX y que, por desgracia, sigue siendo una realidad en gran parte de nuestro territorio nacional en pleno siglo XXI.

Al paso de los años, esa situación ha derivado en una desigualdad aberrante que corroe el entramado social, y es una de las causas motivadoras de la inseguridad prevaleciente en todos los rincones de nuestra patria, que tiene al ciudadano en perpetua zozobra y con el temor de ser víctima de la delincuencia en su más amplia expresión.

La nota roja que privilegian algunos medios de comunicación, impresos y electrónicos, en ocasiones magnificada, se traduce en la certeza de que en cualquier momento podemos ser asaltados en nuestros domicilios, al deambular por las calles o al conducir nuestros vehículos; en los parques, los restaurantes, las iglesias y hasta en los cementerios.

Más preocupante aun es para el ciudadano la posibilidad de ser víctima de un "levantón" o de un "secuestro exprés" –términos de nuevo cuño que identifican conductas delictivas antes desconocidas–; de un secuestro en el concepto tradicional o de extorsiones vía telefónica con amenazas a la integridad y la vida de sus seres queridos, lo que perturba el ámbito familiar.

Es necesario señalar que para llegar a esta situación, a la delincuencia que podríamos calificar de ordinaria, se ha sumado una extraordinaria con el carácter de organizada y vinculada básicamente con el narcotráfico, el robo de vehículos, la trata de personas, el tráfico de armas, la prostitución, el contrabando y la migración.

A las causas generadoras ya mencionadas, que guardan relación con la pobreza, la ignorancia, el desempleo y la marginación social, deben agregarse la imitación extralógica de conductas publicitadas hasta la saciedad y el poder económico sin límites de las mafias, que corrompe y deriva en impunidad.

Las medidas adoptadas para abatir, en especial a la delincuencia

organizada, que incluyen la presencia del Ejército, no han dado los resultados que la sociedad reclama. Por el contrario, las imágenes de las tanquetas, los helicópteros y vehículos militares, de la tropa avanzando por veredas, carreteras y en las ciudades mismas, corresponden a una situación de guerra que termina por crispar a esa sociedad.

A ello contribuyen los recuentos macabros de las bajas, que como verdaderos partes de guerra nos indican cuántas personas pierden la vida al día, al mes y al año. Así sabemos que en 2007 el número de muertos fue de casi diez diarios, y que en el que cursa, las víctimas superan ampliamente el millar. Se llega incluso a detalles porcentuales, especialmente en los medios impresos, que publican cuadros con especificación de cuántos de los muertos eran delincuentes o supuestos delincuentes, y cuántos miembros de las fuerzas del orden.

Esta referencia a la desigualdad social y a la inseguridad pública no es simple retórica; se justifica porque ambas inciden en la defensoría pública federal.

En efecto, en cuanto a la primera, reitero que el Instituto Federal de Defensoría Pública, a través de sus defensores y asesores, se esfuerza en ser la vía de acceso a la justicia de los marginados sociales, actuando con profesionalismo, eficiencia y calidez humana.

Respecto a la segunda, nos corresponde velar porque en el combate a la inseguridad, sin duda alguna indispensable, no se violenten los derechos fundamentales que son inherentes a la persona por el sólo hecho de serlo.

Para cumplir con estos compromisos nos hemos preparado en la última década, construyendo una defensoría pública profesional, eficiente y confiable, que sea garantía de esos derechos fundamentales y del acceso real a la justicia, en particular de los sectores sociales más vulnerables.

Elemento esencial del cambio ha sido el servicio civil de carrera que, privilegiando el principio rector del mérito, permite la adecuada selección de defensores y asesores a través de concursos abiertos de oposición, la aplicación de sistemas de supervisión y evaluación

de quienes proporcionan servicios sustantivos, la implantación de programas de capacitación y actualización, y un régimen justo de sanciones y estímulos.

Hemos avanzado con orden y disciplina en beneficio de los justiciables, exigimos plena entrega al servicio, sancionamos cuando es irremediable hacerlo, pero también reconocemos y estimulamos a los buenos servidores públicos.

En ese entorno se acordó por la Junta Directiva del Instituto, distinguir cada año al defensor público más destacado con la entrega de la Medalla "Ponciano Arriaga" y un estímulo económico equivalente a un mes de sueldo.

De 1999 a 2006 han merecido el reconocimiento, citados en orden cronológico, los defensores: Martín Medina Galindo, entonces adscrito al Juzgado Décimo de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal; José de Jesús Esqueda Díaz, adscrito al Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito, con sede en Zacatecas, Zacatecas; Nancy Mireya Ledesma Vargas, entonces adscrita al Segundo Tribunal Unitario del Cuarto Circuito, con residencia en Monterrey, Nuevo León; José Tito Ávila Lugardo, entonces adscrito al Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito; José Luis Borja Chagoyán, adscrito al Tribunal Unitario del Noveno Circuito, con sede en San Luis Potosí, San Luis Potosí; Jesús Fernando Facundo Paredes Montavez, adscrito al Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Puebla; Vilma Liliana Vázquez Guzmán, adscrita al Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, con residencia en Oaxaca; Oaxaca, y Martha Gómez Vázquez, adscrita al Tercer Tribunal Unitario del Quinto Circuito, con sede en Hermosillo, Sonora.

Porque tenemos memoria histórica y no olvidamos a los buenos servidores de la institución, los convocamos y están presentes en esta ceremonia, ya que todos ellos han sido leales a la institución y siguen siendo, orgullosamente, defensores públicos federales.

Respecto al año pasado, con apoyo en el Plan Anual de Capacitación y Estímulos y en lo resuelto por la Junta Directiva en se-

sión ordinaria celebrada el 26 de marzo del año en curso, en acuerdo dictado el día 27 de ese mes se fijaron las bases para el otorgamiento de la presea.

En la base segunda se precisaron los requisitos que deberían reunir los defensores para ser considerados en el proceso de selección, entre los que destaca la calificación obtenida en la evaluación a su desempeño en ese año, que debería corresponder a los rangos de bueno alto –entre 85 y 89.9 puntos– o sobresaliente –90 o más puntos–.

Una vez constituido el Comité de Evaluación previsto en el acuerdo de mérito, en sesión celebrada el 8 de abril siguiente, previo análisis de los expedientes de todos los defensores públicos federales, se integró la lista de los 521 que obtuvieron en sus evaluaciones las calificaciones requeridas.

A continuación, conforme a los lineamientos establecidos en la base segunda, se eliminaron a quienes no estaban en activo, a los interinos, a quienes tenían una antigüedad menor de cinco años, quejas administrativas declaradas fundadas o habían sido galardonados en los años anteriores, reduciéndose a 305 elegibles.

Después de analizar sus expedientes, el Comité consideró que los defensores que obtuvieron calificaciones entre 85.0 y 89.9 no tenían posibilidades reales de ser seleccionados, por lo que el número se redujo a 37 con calificación de sobresaliente, esto es, de 90 o más puntos en su evaluación al desempeño.

Definido lo anterior, se pasó a distribuir los puntos establecidos en la base cuarta, desglosándose cada uno de los factores a considerar –antigüedad, grado académico, disciplina y evaluación–, a fin de que el proceso de selección resultara más equitativo.

Posteriormente, en sesión celebrada el diez de abril citado, el Comité acordó eliminar a los defensores que obtuvieran la calificación de sobresaliente en virtud de los puntos agregados por concepto de las cargas de trabajo, reduciéndose así el número a 22, instruyendo al Director General al secretario técnico actuante para supervisar la reproducción de los expedientes de los elegibles en número suficiente para ser entregados a los miembros del Comi-

té, con la finalidad de que procedieran a su análisis y evaluación.

Por último, en sesión celebrada el día 21 del mismo mes de abril, el secretario técnico dio cuenta de los expedientes de los 22 elegibles a efecto de calificarlos para integrar la terna que sería sometida a consideración de la Junta Directiva para la selección final.

Los integrantes del Comité otorgaron los puntos que consideraron procedentes en cada uno de los factores señalados en la base cuarta del acuerdo, procedimiento del que resultó que 7 defensores obtuvieron la más alta calificación, que fue de 96 puntos.

Ante este empate múltiple en primer lugar, el Director General decidió no hacer uso del voto de calidad que le correspondía y para mayor equidad y transparencia del procedimiento propuso que se atendiera, como factor de desempate, al promedio de las calificaciones obtenidas en las evaluaciones al desempeño en los años 2007, 2006 y 2005, debiéndose desglosar de las dos últimas los puntos agregados por concepto de cargas de trabajo.

Aplicando este factor, los tres defensores públicos federales con las puntuaciones más altas fueron, citados en orden alfabético de apellidos: los licenciados Castañeda Rodríguez, Rodolfo; González Torres, Jorge Alejandro; y Sandoval González, Juan; adscritos en segunda instancia, en averiguación previa y en primera instancia, respectivamente.

Así integrada la terna, fue sometida a la consideración de la Junta Directiva del Instituto, entregando a sus miembros copia de los expedientes de los defensores públicos seleccionados.

El procedimiento concluyó en la sesión ordinaria que tuvo verificativo el día 30 de abril, en la que se analizaron minuciosamente los expedientes de los tres defensores, expresándose puntos de vista respecto a sus antecedentes laborales y académicos, confrontando los merecimientos de unos y otros.

Agotada la discusión, se sometió la terna a votación y se obtuvo como resultado que, por unanimidad de votos, la Junta Directiva del Instituto seleccionó al licenciado Juan Sandoval González como el defensor público federal más destacado en el año 2007.

Debo destacar el profesionalismo con que actuaron, tanto el personal del Instituto como los integrantes de la Junta Directiva, en este minucioso y transparente proceso de selección que permitió llegar, a mi juicio, a un justo resultado.

El triunfador, licenciado Juan Sandoval González, originario de esta ciudad, realizó sus estudios básicos en la Escuela Primaria Centenario del Himno Nacional Mexicano, en la Escuela Secundaria República de Chile y en el Colegio de Ciencias y Humanidades, de 1964 a 1977.

A nivel superior, cursó la licenciatura en Educación Física de 1977 a 1981, en la Escuela Superior de Educación Física.

De 1981 a 1986 cursó la licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma Metropolitana, y la Maestría en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México de 1995 a 1998.

De su expediente personal se desprende que ha consolidado su formación profesional al participar en las siguientes actividades académicas:

Curso de Especialización Judicial, impartido por el Instituto de Especialización Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en 1994.

Curso de Introducción a la Informática, impartido por el Instituto de Especialización Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en 1994.

Curso de Especialización Judicial en Materia Penal, impartido por el Centro de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en 1995.

Seminario sobre Derecho Penal, impartido por la Dirección de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1995.

XX Curso de Actualización Criminológica, impartido por la Sociedad Mexicana de Criminología, en 1997.

Seminario "Tipo Penal y Pena", impartido por la Dirección de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1997.

Primer Seminario de Derecho Procesal Constitucional, impartido por el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el año 2000.

Curso de Capacitación y Actualización de Defensores Públicos Federales, impartido por el Instituto Federal de Defensoría Pública en 2004.

Especialización en Derecho Internacional, impartida por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Federal de Defensoría Pública, en 2005.

Curso denominado Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, impartido por el Instituto Federal de Defensoría Pública y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional en Mesoamérica, en 2007.

En el ámbito laboral, desempeñó los cargos de auxiliar y profesor de Educación Física; secretario proyectista de sentencias en el Juzgado 52 Penal de Primera Instancia en el Distrito Federal, y defensor de oficio adscrito en Agencias del Ministerio Público y Juzgados de Primera Instancia en Materia Penal en el Distrito Federal.

El 27 de noviembre de 1998 fue nombrado defensor público federal interino, adscrito al Juzgado Primero de Distrito en Materia de Procesos Penales Federales en el Estado de México.

Al resultar triunfador en el concurso libre de oposición celebrado en el año de 1998, fue nombrado defensor público federal de confianza con efectos a partir del dieciséis de abril de 1999, quedando adscrito al Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Guanajuato.

El primero de febrero de 2000 fue readscrito al Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal y, a partir del veintiuno de abril de 2003, quedó adscrito al Juzgado Séptimo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, órgano jurisdiccional en el que actualmente desempeña sus funciones.

Un dato a destacar: en la primera evaluación a su desempeño efectuada el 29 de febrero de 2000, el licenciado Sandoval González obtuvo calificación de regular con 76.9, pero a partir de la segunda

y hasta la realizada en 2004 su calificación pasó a los rangos de bueno y bueno alto con puntuaciones entre 80 y 88, obteniendo el de sobresaliente en 2005 que mantuvo en 2006 y 2007, dato que permite una doble lectura.

La primera se relaciona con los procedimientos de supervisión, evaluación, capacitación y actualización que realiza el Instituto, que permiten la evolución profesional de sus servidores. La segunda guarda relación con la decisión del licenciado Juan Sandoval González de transitar por esas vías y, mediante un esfuerzo sostenido, lograr la constante superación de los servicios de defensa que proporciona a los justiciables.

Por ese esfuerzo, por su constancia y dedicación, se ha hecho merecedor a ser considerado el defensor público federal más destacado en el año 2007 y a recibir, del Ministro Presidente, la Medalla "Ponciano Arriaga" y el estímulo económico aprobado por el Consejo de la Judicatura Federal.

A nombre de la institución que represento y de todos quienes en ella laboran, reciba también nuestra entusiasta felicitación, extensiva a su esposa y a sus hijos, testigos de la ruta ascendente que ha seguido en los últimos años y que, en ocasiones, de seguro le ha obligado a sacrificar aspectos de la vida familiar.

El premio es de usted, pero le pido lo comparta generosamente con todos los buenos servidores públicos del Instituto, en especial con los 521 defensores que obtuvieron en la evaluación a su desempeño en 2007 calificaciones de bueno alto y sobresaliente.

Estos defensores constituyen la mayor riqueza de la institución y nos hacen sentirnos tranquilos ante los cambios que se avecinan con motivo de las reformas en materia de justicia penal recientemente aprobadas.

En un nuevo proceso penal adversarial, contradictorio y oral, a la defensoría pública federal y local corresponderá desempeñar uno de los papeles fundamentales. De ahí nuestra insistencia en la necesidad, por cuanto a la segunda, de establecer en la norma suprema los principios básicos que permitan modernizar su marco

normativo, fortalecerla financieramente y dotarla de recursos humanos y materiales que garanticen un adecuado funcionamiento en beneficio de los marginados sociales.

En lo que a nosotros concierne, hemos venido realizando acciones que tienden a prepararnos para el cambio, lo mismo a través de la certificación de nuestros defensores en materia de justicia para adolescentes, que incursionando en los elementos de oralidad en el juicio mediante cursos enriquecidos con las aportaciones del personal jurídico de la institución.

Estamos convencidos de que con la calidad de nuestros defensores, su actualización en esos temas y en otros más que necesariamente tendremos que abordar, como por ejemplo las técnicas de mediación, saldremos adelante en las reformas por venir.

Esta ceremonia en la que, con la presencia estimulante de las más altas autoridades del Poder Judicial de la Federación, hacemos público reconocimiento a un destacado defensor público federal, es prueba de que la institución marcha por el camino adecuado y cumple su compromiso con los más necesitados, aquellos desvalidos a que se refería don Ponciano Arriaga.

Muchas gracias.

28 MAYO DE 2008

Discurso pronunciado
por el ministro
Guillermo I. Ortiz
Mayagoitia, Presidente
de la Suprema Corte de
Justicia de la Nación y
del Consejo de la
Judicatura Federal, en
la ceremonia de entrega
de la Medalla "Ponciano
Arriaga" al defensor
público federal más
destacado en el año
2007

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

Señores consejeros de la Judicatura Federal, Indalfer Infante Gonzales y Óscar Vázquez Marín.

Señor magistrado César Esquinca Muñoa, Director General del Instituto Federal de la Defensoría Pública.

Señores miembros de la Junta Directiva del Instituto Federal de la Defensoría Pública.

Señores defensores y asesores que nos honran con su presencia.

Señoras y señores:

En el año de 1847, el Estado de San Luis Potosí emitió una Ley de Procuraduría de Pobres, que en uno de sus artículos decía:

"Será obligación de los procuradores de pobres, ocuparse de la defensa de las personas desvalidas, pidiendo pronta e inmediata reparación

sobre cualquiera exceso, agravio, vejación, maltratamiento o tropelía que contra aquellas se cometieren."¹

Invoco esta ley ante ustedes, porque su propósito era regular una figura jurídica propuesta por don Ponciano Arriaga Leija, para la defensa de los derechos de las personas de escasos recursos: la Procuraduría de Pobres.

El día de hoy, el Instituto Federal de la Defensoría Pública entrega una presea que lleva el nombre de este abogado e ideólogo potosino, que también participó en la redacción de la Constitución de 1857, como uno de los documentos más trascendentes en la historia de nuestras constituciones.

La entrega de la Medalla "Ponciano Arriaga", al defensor público federal más destacado durante 2007, no podía ser más adecuada.

Precisamente hoy, 28 de mayo, se cumplen diez años de la publicación de la Ley Federal de Defensoría Pública, que creó al Instituto, como órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, encargado de la orientación, asesoría y representación jurídica gratuita, bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo.

Encuentro una importante coincidencia entre la ideología de don Ponciano Arriaga y la misión que el Instituto Federal de la Defensoría Pública tiene asignada: la defensa de los derechos de los sectores sociales que cuentan con menos recursos, para garantizar de mejor manera, el derecho a una defensa adecuada, en los procesos penales del orden federal.

Señor magistrado César Esquinca Muñoa:

El pasado 24 de abril, durante el congreso sobre los retos y perspectivas del sistema de justicia penal en México, usted definió a la defensoría pública como un servicio que se presta: "[...] *para lograr equilibrios entre quienes todo lo tienen y quienes de todo carecen, haciendo real el acceso a la justicia de los más necesitados.*"²

Coincido con usted, Señor Magistrado, cuando se refiere de esta

¹ Artículo 2 de la *Ley de Procuraduría de Pobres*, publicada el 11 de marzo de 1847 en el Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí.

² Conferencia dictada durante el Congreso "El sistema de justicia Penal en México: Retos y Perspectivas."

manera a la importante actividad que realiza el Instituto que usted dirige: la defensoría pública permite que todas las personas que lo requieran, cuenten con orientación, asesoría y representación jurídica, para la defensa oportuna de sus derechos.

La labor de los asesores jurídicos y los defensores públicos federales, ha cobrado una importancia inusitada, en los últimos tiempos.

Actualmente, el Instituto Federal de la Defensoría Pública cuenta con 669 defensores, que tienen a su cargo la atención personal de los asuntos penales federales en que sean solicitados, desde la averiguación previa hasta la ejecución de las penas.

Asimismo, cuenta con 141 asesores jurídicos para orientar y representar a las personas, en asuntos de orden distinto al penal.

Tan sólo entre enero y abril de este año, los defensores públicos han intervenido en más de 51,000 asuntos³ (casi 13,000 defensorías por mes, en promedio). Las estadísticas sobre asesoría jurídica arrojan datos proporcionalmente similares: en los primeros cuatro meses de 2008, se han brindado casi 12,000 asesorías jurídicas;⁴ alrededor de 3,000 servicios por mes, en promedio.

La misión de proporcionar una defensa adecuada en juicio (sobre todo en la materia penal, que es de tanto interés para la sociedad), requiere de esfuerzos y de recursos materiales y humanos que hagan de la defensoría pública, una institución cada vez más efectiva.

Desde luego, el servicio civil de carrera de los defensores y asesores, implica capacitación y vigilancia, pero también estímulos para quienes se desempeñan de manera destacada en el ámbito de la defensoría.

Este año, la junta directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública, determinó otorgar la Medalla "Ponciano Arriaga", al licenciado Juan Sandoval González, quien como nuestro honorable instituto, también cuenta con 10 años de trayectoria como defensor público federal, con notables calificaciones que hoy son motivo de reconocimiento.

³ 51,604, según datos proporcionados por el Instituto Federal de Defensoría Pública.

⁴ 11,599.

Don Juan Sandoval González es un hombre que ha sabido construirse de forma ejemplar. Dedicó sus primeros estudios profesionales a la Educación Física, con la noble vocación de encauzar la energía de los jóvenes hacia el deporte y la salud.

Después, se graduó como licenciado en Derecho y ha dedicado dos terceras partes de su vida profesional a la defensoría pública.

Sabemos, licenciado Sandoval, que su dedicación es permanente y constante. Diez seminarios y cursos de actualización y especialización en los que ha participado, dan cuenta de ello.

Qué bueno que el Poder Judicial de la Federación cuente con funcionarios que vean en la actualización y la capacitación, una forma de vida.

Señoras y señores:

El estímulo que hoy se entrega, es un reconocimiento al defensor público más destacado, y es una forma de mantener vigente el ejemplo de don Ponciano Arriaga, quien desde su despacho de abogado, desde su curul, y desde las páginas que publicó, contribuyó a la construcción de nuestro estado.

Cuando don Ponciano Arriaga presentó al Congreso de San Luis Potosí la propuesta de ley que he citado al inicio de mi intervención, se preguntaba:

*"[...] ¿A quién incumbe la protección, el amparo, la defensa de esta clase a que me refiero? ¿Qué hace, pues, la sociedad, a favor de los pobres? ¿Cómo protege sus derechos?"*⁵

Estas preguntas que se formulaba Ponciano Arriaga, encuentran, el día de hoy, una respuesta, distinta a la de hace 160 años.

Como todos ustedes saben, el Constituyente Permanente ha aprobado la reforma constitucional en materia penal, que impone retos y desafíos para los tres poderes de la Unión y para los poderes de los estados. El artículo 17 constitucional, en su nueva redacción, impone la obligación de proporcionar una defensoría pública de calidad, y de asegurar las condiciones más adecuadas para que los

⁵ TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la. *La influencia de Ponciano Arriaga en el liberalismo jurídico de Aguascalientes*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. 2008.

defensores públicos cuenten con mecanismos que garanticen el buen desempeño de sus funciones.

El reto no es menor: la reforma penal, plantea nuevos escenarios para la función jurisdiccional y para todos aquellos que participen de alguna forma en los procesos penales federales.

En la transición hacia el nuevo sistema de justicia penal en México, los asesores jurídicos y los defensores públicos federales deben mantener los estándares que los caracterizan, para que su función siga siendo un coadyuvante directo en la construcción de nuestro Estado, en el que todas las personas cuenten con una efectiva defensa en juicio.

La sociedad mexicana cuenta con el Instituto Federal de la Defensoría Pública y con el Poder Judicial de la Federación, para hacer frente a este reto.

Muchas felicidades, licenciado Juan Sandoval González, por el reconocimiento que hoy recibe, y por dedicarse a la defensoría pública, que es una actividad de capital importancia para nuestra sociedad y para el Estado Mexicano en su conjunto.

Muchas gracias.

Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General

Magistrado César Esquinca Muñoa

Junta Directiva

Ministro José de Jesús Duarte Cano
Doctor Ricardo Franco Guzmán
Doctor Julio Antonio Hernández Pliego
Doctor José Ovalle Favela
Licenciado Juan Velasquez

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Mario Alberto Torres López
Unidad de Defensoría Pública y Evaluación en Materia Penal

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz
Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio

Licenciado Pedro Pérez Popomeya
Unidad de Supervisión y Control de Defensoría Pública y Asesoría Jurídica

Licenciada Lidia Beristáin Gómez
Unidad de Apoyo Operativo

*El diseño y la formación de este volumen
estuvieron a cargo de la Dirección General
de Comunicación Social del Consejo de la
Judicatura Federal*

