

# IPDIF Revista

del Instituto Federal de Defensoría Pública

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

ISSN 1870-7610

Tepaleuijketl melauak  
Amo tiktlahtlauas...

STI NURUDXILUÚ NEZAÁ...

NÉ SINTIDEGA YUÚ NGANGAA  
DERECHUÚ STILUÚ

Ti matanal pojel  
ja a vu'un...

A wáanta'al yéetel  
a'almaj t'aan x-ma' bo'olile'  
jump'éeł páajtalil yaantech...

A wáanta'al yéetel  
a'almaj t'aan x-ma' bo'olile'  
jump'éeł páajtalil yaantech...

A níkur o nimía ke bojeka,  
mujé niala jú derecho...

Pepei reiya aheimá nuarika  
peca wiyarietü...

te' mij wingokijpu'y  
ji'n ngoyoe, mijneré' te'  
derecho...

A níkur o nimía ke bojeka,  
mujé niala jú derecho...

STI NURUDXILUÚ NEZAÁ...

NÉ SINTIDEGA YUÚ NGANGAA  
DERECHUÚ STILUÚ

te' mij wingokijpu'y  
ji'n ngoyoe, mijneré' te'  
derecho...

Juka nokriwamta  
Empo a lutu'uriak...

Ti matanal pojel  
ja a vu'un...

Juka nokriwamta  
Empo a lutu'uriak...

NI JAP IYA TU TOJA'  
SIJ NI A DERECHU...

STI NURUDXILUÚ NEZAÁ...  
Tepaleuijketl melauak  
Amo tiktlahtlauas...

NÉ SINTIDEGA YUÚ NGANGAA  
DERECHUÚ STILUÚ

Tepaleuijketl melauak  
Amo tiktlahtlauas...

Ndígaa ylwii'lóonú lí'g á  
rùn tükáarpání lí'g á

Ndígaa ylwii'lóonú lí'g á  
rùn tükáarpání lí'g á

NI JAP IYA TU TOJA'  
SIJ NI A DERECHU...

A wáanta'al yéetel  
a'almaj t'aan x-ma' bo'olile'  
jump'éeł páajtalil yaantech...

Thur atzisk parhiks  
khuapintan ka nu  
mañamphin.

Thur atzisk parhiks  
khuapintan ka nu  
mañamphin.

Juka nokriwamta  
Empo a lutu'uriak...

es tu derecho...

Pepei reiya aheimá nuarika  
peca wiyarietü...

Te koltael yu'un chapel  
mat'anil ja' derechoik'...

Te koltael yu'un chapel  
mat'anil ja' derechoik'...

te' mij wingokijpu'y  
ji'n ngoyoe, mijneré' te'  
derecho...

Pepei reiya aheimá nuarika  
peca wiyarietü...

a' u<sup>3</sup> oi<sup>4</sup> tsa<sup>3</sup> nin<sup>1</sup> cha<sup>2</sup> nein<sup>3</sup> lei<sup>4</sup>  
jóh<sup>4</sup> ei<sup>1</sup> lah<sup>4</sup> chin<sup>3</sup> á<sup>4</sup> tó<sup>2</sup> jmónh<sup>3</sup>...

a' u<sup>3</sup> oi<sup>4</sup> tsa<sup>3</sup> nin<sup>1</sup> cha<sup>2</sup> nein<sup>3</sup> lei<sup>4</sup>  
jóh<sup>4</sup> ei<sup>1</sup> lah<sup>4</sup> chin<sup>3</sup> á<sup>4</sup> tó<sup>2</sup> jmónh<sup>3</sup>...

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA



# IP dF **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: Alejandra Farrera Ramírez  
Asesoría filológica: Ignacio Javier Martín Sánchez  
Diseño y formación: Armando Maya Ruiz

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública  
Número 7, junio de 2009

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

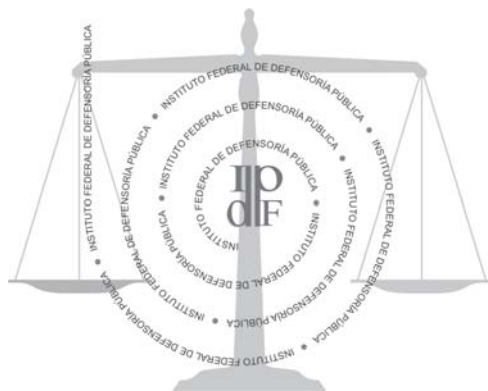
Editor responsable: César Esquinca Muñoa.

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

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

© Instituto Federal de Defensoría Pública  
ISSN 1870-7610

Tiraje 2,000 ejemplares  
Distribución gratuita.



## Índice general

	Página
Página de la Dirección .....	7
<b>Sección Primera</b>	
PRESENCIA DE LA JUDICATURA	
Magistrado Miguel Ángel Aguilar López	
Debido proceso penal. Sistema acusatorio y oral y derecho de excepción (Segunda parte) .....	11
<b>Sección Segunda</b>	
PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA	
Lic. Sandra Lilia Álvarez Ruiz	
Incongruencia legal del artículo 206 de la Ley de Amparo en relación con el artículo 215 del Código Penal Federal .....	59

<i>Lic. Óscar Enrique Castillo Flores</i> El asesor jurídico federal: ¿ombudsman? .....	127
<i>Mtro. José Raymundo Cornejo Olvera</i> Breves reflexiones sobre el Derecho Penal del Enemigo y Delincuencia Organizada .....	145
<i>Lic. María Teresa de Jesús Corona Cortés</i> La inconstitucionalidad de los retenes instaurados por las autoridades en las ciudades y carreteras dentro de los Estados Unidos Mexicanos .....	163
<i>Mtro. Héctor Hugo Covarrubias Flores</i> La Corte Penal Internacional: derecho comparado y problemas constitucionales con México .....	183
<i>Dr. Eder Simeí Cruz Reyes</i> Apuntamientos sobre la defensa penal adecuada en México .....	197
<i>Lic. José de Jesús Esqueda Díaz</i> La retroactividad de la jurisprudencia en materia penal. Situación de elemental justicia en el corpus juris del derecho internacional de derechos humanos .....	223
<i>Lic. Arturo Alberto González Ferreiro</i> La ejecución de Medellín y la resolución de 19 de enero de 2009 .....	273
<i>Lic. Honorio Hernández Escamilla</i> Reforma constitucional y jueces de control: nueva vertiente de la garantía de defensa .....	285
<i>Lic. Claudia Montiel Barrios</i> La prisión y sus alternativas .....	307
<i>Lic. Carlos Alberto Morales Gutiérrez</i> La protección de las garantías individuales contra actos de particulares .....	327
<i>Lic. Carlos Morales Sánchez</i> El Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca: un código garantista .....	341
<i>Lic. Antonio Negrete Martínez</i> La fracción IV del artículo 29 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública (materia derivada de causas penales federales) .....	359
<i>Lic. Óscar Domingo Olguín Almanza</i> Libertad, dignidad y elementos probatorios .....	377
<i>Lic. Martín Orozco Toledo</i> La reforma al ordenamiento jurídico mexicano para introducir un nuevo sistema de justicia penal. Análisis del artículo 17 Constitucional .....	403

<i>Lic. Vladimir Axayácatl Reyes Rangel</i> <i>La inconstitucionalidad del sistema de impugnación previsto en el apartado</i> <i>A del artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales .....</i>	<i>425</i>
<i>Lic. Benjamín Rubio Chávez</i> <i>Derecho a la intimidad .....</i>	<i>445</i>
<i>Lic. Cornelia Sánchez Campos</i> <i>La reforma judicial en el Estado mexicano .....</i>	<i>485</i>

### **Sección Tercera**

#### **CONFERENCIAS MAGISTRALES**

<i>Doctor Sergio García Ramírez</i> <i>La jurisdicción interamericana de derechos humanos.</i> <i>Presencia del defensor público .....</i>	<i>503</i>
<i>Doctor Julio Antonio Hernández Pliego</i> <i>La defensa adecuada .....</i>	<i>527</i>
<i>Ministro José de Jesús Duarte Cano</i> <i>Juicio de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.</i> <i>Sus normas reglamentarias .....</i>	<i>545</i>
<i>Ministro Sergio A. Valls Hernández</i> <i>La importancia del asesor jurídico en el Instituto Federal de Defensoría Pública .....</i>	<i>573</i>
<i>Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas</i> <i>Reflexiones sobre el papel de los poderes judiciales.</i> <i>Sociología, globalización, estado de derecho y seguridad jurídica .....</i>	<i>585</i>
<i>Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano</i> <i>Trazos sobre el derecho de defensa en tribunales internacionales,</i> <i>Tribunales internacionales "ad hoc" y tribunales internacionalizados .....</i>	<i>603</i>





## Página de la Dirección

Ante la gravedad de la situación por la que atraviesa nuestra patria, con puntos críticos en la economía, el empleo y la seguridad, en el Instituto Federal de Defensoría Pública no sólo sumamos voluntades para cumplir la responsabilidad de garantizar los derechos de los más necesitados, sino también abrimos canales de comunicación que permitan analizar los múltiples problemas vinculados con la justicia.

Esta Revista es uno de esos canales, con definida línea editorial incluyente, democrática y plural, en la que está presente el debate constructivo de los grandes temas que importan al Poder Judicial de la Federación, al foro y a la academia.

En este séptimo número, en su formato tradicional la Sección Primera contiene la segunda parte del estudio jurídico *Debido Proceso Penal. Sistema Acusatorio y Oral y Derecho de Excepción*, de la autoría del Magistrado Miguel Ángel Aguilar López.

La Sección Segunda está integrada con dieciocho artículos escritos por servidores públicos de la institución, quienes abordan con suficiencia y creatividad temas vinculados con la defensa penal y la asesoría jurídica en otras materias, que son las vertientes de su actuación profesional.

En la Sección Tercera se publican, en orden cronológico de exposición, las conferencias magistrales impartidas por el Doctor Sergio García Ramírez, el Doctor Julio Antonio Hernández Pliego,



el Ministro en retiro José de Jesús Duarte Cano, el Ministro Sergio A. Valls Hernández, la Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas y el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, dentro del Ciclo Conmemorativo del Décimo Aniversario del Instituto, que cumplió su cometido al celebrar diez años de esfuerzo institucional reuniendo sapiencia y reflexión jurídica.

A los autores y conferencistas nuestro agradecimiento por ser la savia de esta Revista, que con orgullo sometemos a la consideración de nuestros amables lectores.

Magistrado César Esquinca Muñoa  
Julio de 2009

**Sección Primera**  
**PRESENCIA DE LA JUDICATURA**



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

Miguel Ángel Aguilar López\*

SUMARIO: V.2. Riesgos y desafíos. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

### V.2. RIESGOS Y DESAFÍOS

#### RIESGOS

La reforma propuesta implica algunos riesgos importantes:

1. La delimitación de las actividades del ministerio público, definidas por la política penal de turno, conlleva a que la persecución se discrecionalice mediante los principios de oportunidad para ejercer acción penal, la cual quedaría en cabeza de un órgano carente de independencia y jurisdicción.

2. Las partes con interés en la persecución penal pueden quedar debilitadas por la necesaria asunción probatoria correspondiente al órgano investigador.

3. El sistema obliga a considerar una serie de controles jurisdiccionales sobre la afectación de derechos fundamentales del reo, como las medidas preventivas sobre las personas y la suspensión del poder dispositivo sobre los bienes.

4. La reforma constitucional aprobada del sistema de justicia penal, planteó la urgencia de reducir los niveles de impunidad e inseguridad jurídica que se han incrementado en los últimos años,

---

\* Magistrado de Circuito y Profesor Universitario de Posgrado. Con la colaboración de las Secretarías de Tribunal Colegiado adscritas a su ponencia Elizabeth Franco Cervantes y Araceli Trinidad Delgado, esta última actualmente designada Juez de Distrito.

a fin de que la sociedad recupere la confianza en sus instituciones, para lo cual se creó un evidente régimen de excepción tratándose de “Delincuencia Organizada”; esto se puede inferir del análisis de las modificaciones al tema en comento, así las garantías constitucionales que tiene todo acusado se ven exceptuadas cuando se cometa alguno de los delitos previstos en la Ley Federal de Delincuencia Organizada, la cual se define en el párrafo octavo, del artículo 16, de la Constitución Federal como: “una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en términos de la ley de la materia”, medidas tales como que el Ministerio Público solicite arraigo por cuarenta días, los cuales podrán prorrogarse hasta por un tiempo igual a fin de evitar que el imputado se evada de la acción de la acción del lugar de investigación o se oculte de la autoridad; conforme al artículo 18, párrafos octavo y noveno, de la Carta Magna, los sentenciados por delitos de delincuencia organizada, no podrán purgar la pena impuesta en centros penitenciarios cercanos a su domicilio, como medida para lograr su reinserción social, en razón de disminuir riesgos de fuga o violencia interna, por lo que se reserva para su internación penales de máxima seguridad, inclusive se prevé que dichos centros también estarán reservados para sentenciados por delitos que no sean de delincuencia organizada, si existe el riesgo de que el interno se evada de la acción de la justicia o para evitar que cometa delitos en centros penitenciarios. Asimismo, se restringe las comunicaciones con terceros, quedando a salvo hablar con sus defensores, además de emplear vigilancia especial.

Si bien, se estableció la prisión preventiva como medida subsidiaria y excepcional para no lesionar la presunción de inocencia que tiene todo inculcado como regla de tratamiento procesal, en caso de delincuencia organizada y delitos graves como homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos por medios violentos, como armas y explosivos, así como aquellos que determine la ley en contra de la seguridad nacional, la prisión preventiva siempre será aplicada, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo,

del artículo 19 Constitucional; inclusive, si dictado el auto por vinculación a proceso, el acusado se evade de la acción de la justicia se suspenderá el plazo para la prescripción de la acción penal.

Finalmente, de conformidad con el nuevo apartado B, fracción III, del artículo 20 Constitucional, donde se prevén las garantías individuales de los inculcados en el procedimiento penal, se estableció como reminiscencia de la delación secreta de los juicios de Dios u ordalías, que en tratándose de Delincuencia Organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

Por lo que, si bien, la reforma intenta colocar a México dentro de los países demócratas que cuentan con un sistema acusatorio, que conlleva al respeto de derechos fundamentales del acusado, en su intento por combatir el crimen organizado, insertó restricciones a las garantías individuales, bajo principios de seguridad jurídica y como política criminal en contra de la impunidad, en especificó, para atacar como se señaló en la iniciativa de reformas, “un fenómeno que por sus características especiales en la capacidad de operación de la organización, la sofisticación de sus actividades, el impacto social de los delitos que comete y, en general, su condición de amenaza en contra del Estado, requiere de un tratamiento especializado”.

Aun cuando se ha destacado que el régimen de delincuencia organizada no puede ser empleado para combatir cualquier tipo de organización criminal, lo cierto es que se está aplicando la hipótesis de no respetar garantías y derechos constitucionales y que dicha tendencia nacida de una situación excepcional, corre peligro de generalizarse y de convertirse en la regla que inspire la actuación de los órganos encargados de la aplicación del Derecho penal (policías y jueces), bajo criterios de eficacia y seguridad, se deja abierta una puerta por la que puede colarse un Derecho penal de cuño autoritario tan incompatible con el Estado de Derecho que tanto se enaltece, propio de legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal del enemigo”, INACIPE, 2003, México.

En este sentido, debe ser objeto de un análisis profundo, permear que pueden ser coherentes las razones que llevan a restringir los derechos fundamentales como medio para combatir una delincuencia especializada y sumamente dañina y poderosa; pero a su vez, destacar que el ejercicio del *ius puniendi* ha traspasado la línea delgada de su control, lo que puede desencadenar una intromisión total, en la que nos preguntaremos ¿quiénes están moralmente capacitados, para determinar qué individuos deben ser tratados como enemigos? No obstante, debe ser el desarrollo del propio sistema acusatorio y su excepción (derecho contra el enemigo) en el contexto de una nueva cultura filosófica-sociológica, en la que impere la verdad, la libertad del acusado y sólo excepcionalmente, la prisión preventiva, el combate a la corrupción, a la impunidad, el castigo al culpable, la absolución al inocente, la reparación del daño a la víctima o del ofendido del delito, así como la recuperación de la confianza y credibilidad a sus instituciones de impartición de justicia, por parte de la sociedad en su conjunto, lo que justifique el nuevo replanteamiento del derecho procesal penal ante su actual crisis.

Los sistemas acusatorios plantean al juicio oral como eje central del proceso, ya no es una reproducción de lo vertido durante la fase de investigación, aquí es importante distinguir entre actos de investigación y actos probatorios, pues los actos de investigación llevados a cabo durante el desarrollo de la fase de investigación preliminar (Ministerio Público o Juez de control), no pueden ser utilizados por el tribunal sentenciador (juez de la causa) para fundamentar su convicción, sólo actos planteados en juicio oral mediante principios de contradicción, inmediatez, publicidad, son adecuados para fundamentar el juicio fáctico<sup>2</sup>, ello es así porque los actos practicados en fase de investigación sólo sirven para establecer si existe fundamento para someter a una persona a un juicio; por ello, el énfasis de la reforma en señalar que el Representante Social sólo acreditará que el hecho sea señalado como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado

<sup>2</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La prueba y su valoración en los procesos penales acusatorios latinoamericanos", Revista del Poder Judicial de Zacatecas, México, agosto 2007.

lo cometió o participó en él, con lo que se pretende racionalizar la actual exigencia probatoria al Ministerio Público para solicitar una orden de aprehensión u ordenar una retención, de manera que baste al juez de control que el órgano acusador presente datos probatorios, para justificar sea presentado ante la autoridad judicial, sustancialmente si el valor probatorio de la averiguación previa tendrá un carácter limitado, en tanto que ante el juez de la causa, se afirmaran o desvirtuaran las hipótesis propuestas por las partes.

El juez o tribunal debe mantener una posición de neutralidad al dirigir la contienda, en el interrogatorio, evitará preguntas engañosas, sugestivas o insidiosas ante la objeción de la contraria. Esto no significa que el juez tenga vedada toda actividad procesal del impulso probatorio, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionales del acusado, sino para estar en mejor aptitud de dictar sentencia, sin desconocer el principio acusatorio con el quebrantamiento de la imparcialidad judicial o el derecho de defensa.

El sistema acusatorio, trae la ineludible carga de probar las afirmaciones tendientes a la acreditación del delito y la responsabilidad penal, donde el juez es un árbitro pasivo del debate probatorio y otra cosa, es la decisión de renunciar a obtener la mejor y mayor información probatoria, siempre que no implique subrogarse en la función de encontrar cargas probatorias en contra del acusado.

Aquí, es importante destacar que el juez del sistema *common law* sólo es rector de la equidad del proceso, pero no decide, porque dicha facultad es delegada al jurado; en tanto que el juez en nuestro sistema legal, le competen tanto la decisión como la rectoría del proceso.

Desde este punto, no resulta relevante para calificar lo acusatorio la participación de jueces legos en la decisión, como tampoco lo son la existencia de un órgano acusador, la utilización de otras medidas distintas a la detención preventiva durante la etapa de indagación, la oralidad en la fase de juzgamiento y la gama de recursos contra las decisiones.



Lo que define un proceso con tendencia acusatoria en contra del modelo inquisitivo, es la apreciación de los hechos por un juez imparcial y la valoración del material probatorio que sustenta la posición de los sujetos procesales en igualdad. Esta configuración se garantiza por medio de la categoría del principio acusatorio.

Así, uno de los principales argumentos que sostienen la iniciativa de reforma penal en México, es la “necesidad” de implantar los juicios orales. Al respecto, estimo que no se trata de una necesidad, porque no es condición de la modernización del sistema penal; en realidad se trata de una parte del sistema acusatorio, cuyos principios son los que se hace necesario salvaguardar, con independencia de que éste adopte la forma oral, escrita o, como en el caso actual de México, mixta. Hay que ponderar las expectativas que se señalan con la aplicación de juicios orales, máxime de que en consideración del suscrito, se han sobredimensionado, si se destaca que entre la función de la oralidad no se ubica el de resolver el problema de la corrupción y la impunidad lacerante del sistema de justicia penal, con independencia que se hable de un sistema de tipo acusatorio o inquisitivo, sin dejar de resaltar que en la mayor parte del mundo, el sistema acusatorio no es totalmente puro<sup>3</sup>, en atención a la finalidad mediata del proceso penal, de esclarecer los hechos en su máxima aproximación, el juzgador no puede mantener un papel eminentemente pasivo, sino de árbitro justo e imparcial que dirija el proceso para que se evite la condena de un inocente o la impunidad de un culpable, lo que desencadena un juicio inútil.

En efecto, el sistema penal mexicano ha consagrado constitucional y jurisprudencialmente diversos principios que garantizan, la inmediación, contradicción, publicidad y oralidad, en diligencias tales como la declaración preparatoria, el desahogo de la prue-

---

<sup>3</sup> Ottavio SFERLAZZA, magistrado italiano, señala que la Corte Constitucional italiana ha determinado que la oralidad, asumida como principio inspirador del nuevo modelo procesal, no representa la única posibilidad de formación de la prueba en el debate, pues la verificación de los hechos y la responsabilidad de una persona, nos deja exclusivamente al arbitrio de las partes, en atención a la naturaleza del proceso penal. Al respecto véase su obra “Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada”, Fontamara, México, 2005.

ba testimonial, la confesión y los careos, así como en la audiencia de vista. Ampliar la oralidad, en la experiencia actual, puede señalarse, no garantiza un mejor combate de la delincuencia. En sistemas de juicios orales, como Guatemala, no se ha logrado avanzar en el problema de dilación en el trámite y consecuente sobrecarga de asuntos en los órganos jurisdiccionales.<sup>4</sup> Luego la oralidad no garantiza necesariamente la rapidez en los juicios.

Aun así, un proceso penal completamente oral es una utopía que se podría llevar a cabo sólo a un costo social altísimo; la experiencia prevé ciertas excepciones a los principios de oralidad e inmediatez, el fin del legislador no es aquél de afirmar principios abstractos, sino de construir un instrumento aceptable que dé garantías en la demostración de los hechos delictivos y con ello ofrecer justicia a los ciudadanos.

Existen excepciones necesarias al principio de inmediación del juez de la audiencia del juicio oral y que las reformas constitucionales en nuestro país han introducido bajo la denominación de prueba anticipada. Para establecer un equilibrio de los derechos del acusado y la persecución de un delito, se implementó esa excepción en la fracción III del artículo 20 apartado A, de la Constitución Federal, cuando se corra riesgo de perderse si no se recaba, por lo que es dable que dicha prueba se desahogue ante el juez de control antes de que tenga verificativo el juicio y sólo se incorpora por lectura al juicio oral, sobre todo en casos de delincuencia organizada en las que la víctima corra peligro o haya sido asesinada.

Ello deriva de la posibilidad de que concurra una causa que impida la práctica de la prueba en el juicio oral o de diligencias irrepetibles en fase de investigación preliminar (por ejemplo cuando el testigo está gravemente enfermo o ha muerto), o cuando se trata de menores de edad, es dable apartarse del principio de que la

---

<sup>4</sup> En 2002, se registraron en Guatemala 3500 homicidios; el sistema de justicia penal instrumentó 79 juicios orales y emitió 39 sentencias. Cfr. González, Samuel, et. al., *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*, 2ª edición, México, Fontamara, Centro de Estudios de Política Criminal y Aquesta Terra, 2006, p. 467.

prueba se produzca en la audiencia oral y mediante publicidad, para evitar violación a derechos de grupos vulnerables, sin que se viole el derecho del acusado de que las pruebas, deben ser practicadas en presencia de éste en una audiencia pública, pues nada impide que el acusado pueda optar por objetar la prueba ofrecida.

El proceso penal, basado en un sistema de garantías constitucionales a favor del acusado, no desconoce el proceso justo y equitativo, al preocuparse por la efectiva salud física y emocional de aquéllos que intervienen como víctimas del delito. La obligación del órgano jurisdiccional de procurar un incidente de práctica anticipada de sesiones del juicio oral de los testimonios de víctimas especialmente vulnerables debe aplicarse, cuando dicho procedimiento se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar consecuencias perjudiciales derivados de prestar declaración en audiencia pública, como se estableció en la Decisión Marco de la Unión Europea, de quince de marzo de dos mil uno, sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

En este tenor, es necesario adecuar la reforma constitucional penal para permitir hacer efectivas las garantías ya consagradas constitucionalmente.

Nuestro Máximo Tribunal y los Tribunales Colegiados de Circuito, a través de criterios como los que ilustrativamente se invocan, ha resuelto que el sistema de justicia penal adoptado en México sigue el principio acusatorio, en tanto que sus rasgos se descubren en las materias siguientes:

a) Presunción de Inocencia.

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal

que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado”.<sup>5</sup>

#### “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE

<sup>5</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 1ª. CXVII/2005, Agosto de 2007, Materia Constitucional, página 697.

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no partícipe” en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia”.<sup>6</sup>

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO SE CONSTITUYE EN EL DERECHO DEL ACUSADO A NO SUFRIR UNA CONDENA A MENOS QUE SU RESPONSABILIDAD PENAL HAYA QUEDADO DEMOSTRADA PLENAMENTE, A TRAVÉS DE UNA ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO, OBTENIDA DE MANERA LÍCITA, CONFORME A LAS CORRESPONDIENTES REGLAS PROCESALES. De acuerdo con la tesis P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, de rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, este principio aparece implícito en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102 apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los

<sup>6</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 2a. XXXV/2007, Tomo XXV, Mayo de 2007, Materia Constitucional, Penal, página 1186.

Estados Unidos Mexicanos, así como en los diversos principios de debido proceso legal y el acusatorio dando lugar a que el acusado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculcado. Al tenor de estos lineamientos se colige que el principio de inocencia se constituye por dos exigencias: a) El supuesto fundamental de que el acusado no sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria; lo que excluye, desde luego, la presunción inversa de culpabilidad durante el desarrollo del proceso; y, b) La acusación debe lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la prevención normativa y la atribución al sujeto, lo que determina necesariamente la prohibición de inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, el primer aspecto representa más que una simple presunción legal a favor del inculcado, pues al guardar relación estrecha con la garantía de audiencia, su respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga, se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, para garantizar al acusado la oportunidad de defensa previa al acto privativo concreto; mientras que el segundo se traduce en una regla en materia probatoria, conforme a la cual la prueba completa de la responsabilidad penal del inculcado debe ser suministrada por el órgano de acusación, imponiéndose la absolución si ésta no queda suficientemente demostrada, lo que implica, además, que deben respetarse los lineamientos generales que rigen para la prueba en el proceso penal y su correcta justipreciación, pues los elementos de convicción que se consideren para fundar una sentencia de condena, deben tener precisamente el carácter de pruebas y haber sido obtenidos de manera lícita. Así, la presunción de inocencia se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria

de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales y que sea capaz de enervar al propio principio”.<sup>7</sup>

b) Existe división de partes, con derecho de contradicción y de igualdad procesal.

“DEFENSA ADECUADA. ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, que aquélla se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal puede ser concebida como un mero requisito formal, y para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación requiere de la participación efectiva en el procedimiento por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social. Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la “asistencia” no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será

<sup>7</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.4o.P36, Tomo XXV, Enero de 2007, Materia, Penal, página 2295.

ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor”.<sup>8</sup>

c) Imparcialidad jurisdiccional.

“IMPARCIALIDAD. CONTENIDO DEL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. El principio de imparcialidad que consagra el artículo 17 constitucional, es una condición esencial que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual consiste en el deber que tienen de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia y de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas. Así, el referido principio debe entenderse en dos dimensiones: a) la subjetiva, que es la relativa a las condiciones personales del juzgador, misma que en buena medida se traduce en los impedimentos que pudieran existir en los negocios de que conozca, y b) la objetiva, que se refiere a las condiciones normativas respecto de las cuales debe resolver el juzgador, es decir, los presupuestos de ley que deben ser aplicados por el Juez al analizar un caso y resolverlo en un determinado sentido. Por lo tanto, si por un lado, la norma reclamada no prevé ningún supuesto que imponga al juzgador una condición personal que le obligue a fallar en un determinado sentido, y por el otro, tampoco se le impone ninguna obligación para que el juzgador actúe en un determinado sentido a partir de lo resuelto en una diversa resolución, es claro que no se atenta contra el contenido de las dos dimensiones que integran el principio de imparcialidad garantizado en la Constitución Federal”.<sup>9</sup>

“INDEPENDENCIA JUDICIAL. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL. La independencia judicial constituye un rasgo distintivo de la regulación constitucional y legal

---

<sup>8</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia 1ª 23 /2006, Tomo XXIII, Mayo de 2006, Materia Constitucional, página 132.

<sup>9</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis P. XXI/2005, Tomo XVI, Octubre de 2005, Materia Constitucional, página 24.



que rige, entre otros aspectos, los relacionados con el nombramiento, duración en el cargo, remuneraciones y demás aspectos relevantes de los derechos y obligaciones de los titulares de los órganos jurisdiccionales, por lo que, al interpretar dicha regulación, las conclusiones a las que se arrije deben ser acordes con ese principio”.<sup>10</sup>

d) Procedimiento con principios de oralidad y publicidad.

“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, posesión 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’. Ésas 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”.<sup>11</sup>

e) Valoración libre de la prueba, con sujeción a las reglas de la lógica y de la razón.

Al respecto, es importante el texto de las tesis jurisprudenciales 275 y 276 emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visibles en las páginas doscientos y siguiente, Tomo II, Materia Penal, del Apéndice al Semanario Judicial de la

---

<sup>10</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis P. XIV/2006, Tomo XVI, Febrero de 2006, Materia Constitucional, página 24.

<sup>11</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia P/J. 47/95, Tomo II, Diciembre de 1995, Materia Constitucional, página 133.

Federación 1917-2000, cuyo rubro y texto, respectivamente son:

“PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, VALORACIÓN DE LA. La prueba circunstancial se basa en el valor incriminatorio de los indicios y tiene, como punto de partida, hechos y circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, esto es, ya un dato por complementar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado.” y, “PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL. En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo fáctico, porque es un hecho acreditado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido; es decir, existen sucesos que no se pueden demostrar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares como la confesión, testimonio o inspección, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente, que parte de datos aislados, que se enlazan entre sí, en la mente, para llegar a una conclusión”.

“PRUEBAS PARA ACREDITAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD CONSAGRADA POR EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que faculta al Juez a emplear los medios de prueba que estime convenientes para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no contraviene el principio de imparcialidad contenido en el artículo 17 constitucional, pues, precisamente esta posibilidad de que el juzgador emplee las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad material y formal, tiene como finalidad que pueda emitir un fallo encaminado a alcanzar el ideal de equidad y justicia, sin que ello signifique que se sustituya o invada la órbita del Ministerio Público, institución a la que por mandato

constitucional le corresponde la persecución de los delitos, en tanto que acorde a los principios de división de la carga procesal, la autoridad judicial se encuentra imposibilitada para mejorar en forma oficiosa la acusación, pues de lo contrario el sistema procesal pasaría de acusatorio a inquisitorio, convirtiéndose en Juez y parte al mismo tiempo. En efecto, dicho precepto no tiene como propósito que el juzgador se valga de todos los medios de prueba que tenga a su alcance para justificar el dictado de un auto de sujeción a proceso o formal prisión o bien, una sentencia de condena, sino allegarse y emplear los elementos de prueba que estime conducentes para resolver lo que en derecho proceda, lo que incluso puede repercutir en beneficio del propio acusado quien se podría ver favorecido por un auto de libertad por falta de elementos o bien por una sentencia absolutoria”.<sup>12</sup>

f) Principio de lo más favorable al inculpado:

“PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio in dubio pro reo, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser

<sup>12</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis. PL/99, Tomo IX, Junio de 1999, Materia Constitucional, Penal, página 11.

completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, in fine, proscribe la absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de non bis in idem). En este orden, si en un juicio penal el Estado no logra demostrar la responsabilidad criminal, el juzgador está obligado a dictar una sentencia en la que se ocupe de todas las cuestiones planteadas (artículo 17, segundo párrafo), y como ante la insuficiencia probatoria le está vedado postergar la resolución definitiva absolviendo de la instancia -esto es, suspendiendo el juicio hasta un mejor momento-, necesariamente tendrá que absolver al procesado, para que una vez precluidos los términos legales de impugnación o agotados los recursos procedentes, tal decisión adquiera la calidad de cosa juzgada (artículo 23)”.

g) Garantía de no autoincriminación:

“DERECHO DE DEFENSA. SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS CON LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. El derecho genérico de defensa se distingue de la garantía de no autoincriminación ya que otorga al inculpado el derecho a una defensa adecuada mediante actos positivos, mientras que la segunda garantía referida, supone la inactividad del sujeto sobre el que recae la imputación, es decir, el derecho frente a la autoridad de no confesar o confesarse culpable, el derecho de defensa recae en otros derechos subjetivos comprendidos en las fracciones IV, V, VI, VII del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consisten en la facultad para carearse con quien deponga en su contra, ofrecer pruebas para comprobar su inocencia, obtener los

datos que constan en el expediente, ser informado de los derechos que a su favor consigna la Constitución, ser asistido por un defensor o persona de confianza y ser juzgado en audiencia pública. Consecuentemente, el derecho de defensa comprende derechos específicos en los que el inculcado puede manifestarse activamente para probar su inocencia y las correlativas obligaciones de la autoridad de proveer la información necesaria para una defensa adecuada, así como de desahogar las pruebas que ofrezca”.<sup>13</sup>

“ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO VIOLA EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, CONSTITUCIONAL. El citado precepto ordinario prevé que “... Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos”. Ahora bien, de la redacción del precepto en cuestión no se desprende que se viole el principio de no autoincriminación, previsto como garantía individual en el artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Federal, en tanto que si bien es cierto que aquel precepto remite a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos para el acreditamiento de la licitud de la actuación del imputado, ello no significa en modo alguno que se obligue al servidor público a declarar en su contra en la fase administrativa, pues lo único que establece es que se le requiera para que justifique la licitud de sus haberes, otorgando al servidor público la posibilidad material y plena de su defensa, para que pueda desvirtuar los elementos de prueba que recaen en su contra, lo cual se traduce en la garantía de audiencia que se le otorga, sin que ello implique que deba autoincriminarse, en tanto

---

<sup>13</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis. 1a. XXIV/2004, Tomo XXI, Enero de 2005, Materia Constitucional, Penal, página 414.

que puede incluso abstenerse de declarar, o de hacerlo en los términos que estime pertinentes, aun cuando con ello se faltare a la verdad, máxime que en acatamiento a las reglas que rigen el procedimiento penal, el Ministerio Público en todo caso y por mandato de los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deberá acreditar con apoyo en el acervo probatorio a su alcance el cuerpo del delito y la responsabilidad penal”.<sup>14</sup>

h) Congruencia.

“RECLASIFICACIÓN DEL DELITO. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, LA AUTORIZA EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL INCUPLADO O SU DEFENSOR, EN CONTRA DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EL DE SUJECCIÓN A PROCESO. La hipótesis normativa prevista en el artículo 385, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales que faculta al tribunal de apelación para reclasificar el delito por el que el Juez a quo decidió pronunciar el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, se actualiza cuando se interpone recurso de apelación por el inculcado o su defensor, no así por el Ministerio Público, es decir, sin necesidad de que éste haya formulado agravio alguno, toda vez que debe tomarse en cuenta que la consignación se basa en una relación de hechos determinados y en los elementos probatorios que justifican su realización fáctica y la presunta intervención del inculcado como sujeto activo, de manera que en el caso del recurso de apelación, la única limitación para el tribunal de alzada es que la reclasificación se haga en forma tal que corresponda a los hechos que motivaron la consignación, sin incurrir en alguna variante de ellos, lo que no implica que se reduzca la capacidad de defensa del inculcado y sus derechos, pues éstos se verán respetados al basarse las consideraciones de la sentencia del tribunal de apelación en los hechos que

---

<sup>14</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis P. XXXVIII/2002, Tomo XVI, Agosto de 2002, Materia Constitucional, Penal, página 11.

fue la voluntad de la representación social determinar como materia de la consignación. Lo anterior se robustece con el criterio del Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenido en la tesis P. LXXXV/99, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, diciembre de 1999, página 15, de rubro: “DELITO. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE AUTORIZA SU RECLASIFICACIÓN EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EL DE SUJECCIÓN A PROCESO, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.”, al considerar que dicho precepto tiene por finalidad cumplir con exigencias de orden público y de interés social, que consisten en buscar que el proceso se siga por el delito o delitos exactamente determinados por los hechos denunciados, de tal manera que la reclasificación que hace el tribunal ad quem es para dar cumplimiento al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de que el proceso se siga por los delitos que tipifican los hechos denunciados y no por otros. Lo anterior no significa que se deje al inculcado en estado de indefensión, porque en esa etapa procesal tiene a su alcance toda la secuela del juicio, a partir de la instrucción, en la que podrá expresar argumentos y aportar pruebas que tengan como finalidad demostrar su inocencia o bien, que el tipo penal conforme a los hechos acreditados por su defensa, corresponden a otro de menor gravedad”.

“RECLASIFICACIÓN DEL DELITO. CUANDO EL JUEZ DE LA CAUSA DICTA SENTENCIA POR UNO DIVERSO AL CONTENIDO EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, TENIENDO COMO BASE LOS MISMOS HECHOS, NO VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Dicho precepto constitucional exige, como uno de los requisitos para el dictado del auto de formal prisión, que se expresen el delito que se imputa al acusado y 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; asimismo, establece que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Ahora bien, la palabra delito empleada en la citada disposición constitucional, debe entenderse no en el sentido literal del nombre con el que se denomina al hecho delictuoso (en su clasificación legal), sino como el conjunto de hechos materia de la consignación, y de aquellos por los que se decreta la formal prisión. En estas condiciones, si se dicta auto de formal prisión por un delito (entendido como la clasificación legal contenida en los Códigos Penales) y, posteriormente, en atención a que el Ministerio Público precisó su pretensión y formuló sus conclusiones acusatorias por uno diverso, con base en los mismos hechos, y a que el procesado estaba en oportunidad de formular su defensa en contra de dicha acusación, el Juez de la causa dicta la sentencia correspondiente y clasifica los hechos en forma distinta a la contenida en el auto de formal prisión, se concluye que tal actuación es acorde con lo establecido en el precepto constitucional de referencia, y que dicha reclasificación no viola las garantías de legalidad y seguridad jurídica”.<sup>15</sup>

i) Garantía de Non Reformatio in Peius:

“APELACION EN MATERIA PENAL (NON REFORMATIO IN PEIUS). El principio jurídico procesal de non reformatio in peius consiste en que el Juez de segundo grado no puede agravar la situación jurídica del quejoso, como apelante, cuando el Ministerio Público se conforma con la sentencia de primer grado, esto es, que no interpone el medio impugnatorio de la apelación ni expresa agravios. El ámbito de la prohibición de la reformatio in peius, se traduce en que la resolución recurrida no debe ser “modificada en disfavor del reo”, pues lo peor que puede ocurrir al recurrente es que se conserve la resolución impugnada. Si quienes hacen valer el

<sup>15</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis P. 1a. XXVI /2003 , Tomo XVII, Junio de 2003, Materia Penal, página 200.



recurso de apelación pudieran correr el peligro de encontrar lo contrario de la ayuda esperada, es seguro que nunca haría valer su protesta respecto del fallo de primera instancia, pues, por el contrario, se confirmarían con frecuencia, desgraciadamente, con resoluciones injustas. Por tanto, existe siempre *reformatio in peius*, si el nuevo fallo es más gravoso que el antiguo. Por otra parte, no se agrava la situación jurídica del acusado, cuando la pena señalada en el fallo de segundo grado es igual a la que fijó el Juez del conocimiento en su resolución”.<sup>16</sup>

j) Garantía de no retroactividad de la ley:

“GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD. CONSTRIÑE AL ÓRGANO LEGISLATIVO A NO EXPEDIR LEYES QUE EN SÍ MISMAS RESULTEN RETROACTIVAS, Y A LAS DEMÁS AUTORIDADES A NO APLICARLAS RETROACTIVAMENTE. Conforme al criterio actual adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre la interpretación del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consagra la garantía de irretroactividad, ésta protege al gobernado tanto de la propia ley, desde el inicio de su vigencia, como de su aplicación, al constreñir al órgano legislativo a no expedir leyes que en sí mismas resulten retroactivas, y a las demás autoridades a que no las apliquen retroactivamente, pues la intención del Constituyente en dicho precepto, fue prever de manera absoluta, que a ninguna ley se le diera efecto retroactivo, sin atender a si dicho efecto nace de la aplicación de la ley por las autoridades, o a si la ley por sí misma lo produce desde el momento de su promulgación, pues resultaría incongruente admitir que el amparo proceda contra las leyes y se niegue cuando se demuestre que sus preceptos, automáticamente vuelven sobre el pasado, lesionando derechos adquiridos”.<sup>17</sup>

k) Garantía de exacta aplicación de la ley penal:

---

<sup>16</sup> Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada, Segunda Parte Tomo VI, Materia Penal.

<sup>17</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia 1a./J. 50/2003, Tomo XVIII, Septiembre de 2003, página 126.

“EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE ESTA GARANTÍA CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 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”.<sup>18</sup>

l) Garantía de non bis in idem:

“NON BIS IN IDEM. NATURALEZA DEL PRINCIPIO. El artículo 23 Constitucional prohíbe que una persona sea juzgada dos veces por el mismo delito, pero de ninguna manera alude, en forma estricta, al nombre de este delito, sino que se refiere a los hechos materiales o individualizados constitutivos de ese delito, por lo que una primera condena por determinados y concretos hechos que se adecuan a la tipificación de cierto ilícito, no impide otra posterior por diversos hechos pero constitutivos también del mismo tipo”.<sup>19</sup>

Un tema importante de destacar es que el acusado debe estar consciente en cada momento, de las consecuencias que pueden derivarse de su intervención probatoria en el proceso. La declara-

<sup>18</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 1a. LXXXIX/2005, Tomo XXII, Agosto de 2002, página 299.

<sup>19</sup> Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia, 56, Séptima Parte, tesis aislada, Materia Penal, página 39.

ción absurda o increíble del justiciable sobre aspectos torales de la comisión del delito atribuido, puede ser objeto de valoración probatoria y si bien no puede fundar por sí misma la convicción de culpabilidad, sí puede ser utilizada para reforzar la propia cadena de indicios que conforman la prueba indiciaria, lo que cuestiona el respecto a su derecho fundamental de no autoincriminación.

Se precisa la necesidad de informar expresamente sobre dicha posibilidad, como manifestación del proceso justo y equitativo con la finalidad de garantizar de la mejor forma posible el derecho a la autodefensa a la que corresponde funcionalmente el derecho de la no autoincriminación y para permitir al inculpado el mejor reconocimiento de su condición de sujeto racionalmente informado del alcance de su derecho a la participación en el proceso que se sigue en su contra. En todo caso, esta información deberá realizarse de forma particularmente clara para que pueda traducirse en una suerte de conminación judicial a que declare en contra de su voluntad, debe tenderse a garantizar la máxima voluntariedad en la declaración, de tal modo que asuma los riesgos de la estrategia procesal que elija.

## DESAFÍOS

No obstante, existen otros desafíos urgentes que plantea este proceso de reforma del sistema de justicia penal.

1. Debe considerarse que la promulgación de nuevas leyes procesales penales (que habrán de acogerse al marco acusatorio, oral y excepcional de la reforma constitucional) en un primer paso, no garantizan la erradicación de prácticas inquisitivas, mejor dicho, de la cultura inquisitiva que aún subsiste en muchos países. Estamos no sólo ante un cambio legal sino ante el reto de un verdadero cambio cultural. La erradicación de la cultura inquisitiva exige de un esfuerzo notable no sólo por parte de los actores del proceso, sino también por parte de los responsables políticos y de la sociedad civil en general. En los últimos tiempos la profundización del proceso penal como sistema de garantías se encuentra en una situación de estancamiento, fruto de las actuales políticas criminales

de “ley y orden” o de “tolerancia cero”, que prevalecen la seguridad por encima de la libertad y de los derechos fundamentales y garantías procesales. Este movimiento de claro corte involucionista se ha extendido por todos los países, auspiciado por doctrinas que legitiman su aparición –como la pretensión de la generalización del denominado Derecho penal del enemigo– y por invocaciones catastrofistas de corte populista que incluso han trascendido las propias ideologías de los partidos políticos gobernantes. Y es obvio que el sistema penal no permanece inmune a estas nuevas tendencias de corte neoconservador, que pueden acabar arrumbando los logros obtenidos, especialmente, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial con la internacionalización de la cultura de los derechos humanos.

Es necesario recuperar la idea que inspiró los procesos de reforma, caracterizados por configurar al proceso penal, no ya como un simple instrumento al servicio del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sino como un verdadero instrumento de pacificación social diseñado sobre la base de una estructura de garantías esenciales. La opción por un sistema garantista nada tiene que ver con el hiper formalismo pseudo garantista que puede acabar bloqueando el sistema, y que no es más que una manifestación de la cultura jurídica excesivamente formalista característica de los sistemas inquisitivos.

2. Otro de los objetivos de la reforma procesal penal latinoamericana es diseñar un nuevo reparto de roles, esto es, de funciones entre el Juez y el Ministerio Público. La lucha contra la corrupción del sistema penal debe ser una prioridad del propio sistema, por medio de prevenciones internas de saneamiento, pero también mediante prevenciones externas que garanticen la independencia, la estabilidad, la inamovilidad de jueces, defensores y fiscales, y eviten los canales de instrumentalización política, atacando las causas que fomentan su perpetuación en el sistema. El amiguismo o el clientelismo político son un verdadero cáncer para el sistema de justicia penal. Está en juego la propia credibilidad del

sistema de justicia penal y la propia consecución de los objetivos que inspiran la reforma.

3. Íntimamente vinculado con esta cuestión aparece el riesgo de policialización excesiva de la investigación penal, la cual debe ser sometida al control directo del Ministerio Público y, por su parte, la actuación del órgano público de la acusación debe ser sometida al control de legalidad por parte de la autoridad judicial. Este reparto de controles pretende erradicar las prácticas contrarias a los derechos fundamentales en una fase tan sensible constitucionalmente como es la de investigación penal. Su efectivo funcionamiento exige que cada uno interiorice su nuevo rol y lo lleve a la práctica, sin desbordamientos competenciales y sin suplencias institucionales. La excesiva policialización de la investigación penal rompe el delicado esquema de reparto de papeles, la policía acaba ocupando espacios que corresponden al Ministerio Público y éste a su vez como institución renuncia a ejercer su papel como garante de la legalidad de la actuación policial. Este riesgo es aún mayor en aquellas investigaciones denominadas de “estadio previo”, esto es, en aquellas investigaciones policiales desformalizadas, previas al inicio de una investigación por hechos concretos, tan frecuentes en los casos de delincuencia organizada, en donde los riesgos de comportamiento ilegal son más evidentes y palmarios ante la ausencia de canales institucionales de comunicación entre la policía y el Ministerio Público.

Sin dejar de soslayar que la iniciativa del Ejecutivo Federal, proponía establecer la facultad de la policía de ingresar a domicilios particulares sin una orden de cateo expedida por autoridad judicial, en caso de flagrancia, o en casos de protección de bienes jurídicos de mayor jerarquía que la inviolabilidad del domicilio, como la vida o la integridad física de las personas en situaciones de amenaza actual o inminente; propuesta que aun cuando no fue aprobada, destaca la evidente supresión de garantías individuales en la lucha contra la delincuencia organizada. No obstante, en ese aspecto, no hay que soslayar la tesis de jurisprudencia 21/2007

emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: “INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN EL DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA”<sup>20</sup>. La cual es de carácter obligatorio para las autoridades jurisdiccionales de nuestro país y en la que se sustentaría el actuar policial en supuestos previstos en la tesis.

4. La generalización y efectividad del derecho de defensa que trascienda la simple proclamación normativa, exige de la creación, impulso y potenciación de las Defensorías Públicas. Dicha institución está llamada a jugar un papel clave en la consolidación

---

<sup>20</sup> “INTROMISIÓN DE LA AUTORIDAD EN UN DOMICILIO SIN ORDEN JUDICIAL. EFICACIA DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS Y DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS, CUANDO ES MOTIVADA POR LA COMISIÓN DE UN DELITO EN FLAGRANCIA. Si bien, la diligencia de cateo prevista en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional presupone la comisión de un delito, la existencia de una investigación ministerial y la probabilidad de que en el domicilio que se registrará se encuentra el sujeto activo o los objetos relacionados con el ilícito; ello no sucede en todos los casos, pues tratándose de flagrante delito, con fundamento en que la demora puede hacer ilusoria la investigación del delito y la aplicación de las penas, la autoridad policial no requiere necesariamente orden de cateo para introducirse en el domicilio particular en el que se está ejecutando el delito, ya que en ese caso, el propio artículo 16 constitucional señala expresamente una excepción al respecto al permitir a cualquier particular, y con mayor razón a la autoridad, detener al indiciado, además de que el Estado -como garante de los bienes de la sociedad- debe actuar de inmediato en casos de flagrancia; por lo que en esas condiciones, los medios de prueba obtenidos como consecuencia de la intromisión de la autoridad a un domicilio sin contar con orden de cateo, motivada por la comisión de un delito en flagrancia, tienen eficacia probatoria, ya que al tratarse de hipótesis distintas, a efecto de determinar su valor probatorio, no se aplican las mismas reglas que tratándose de un cateo precedido por una investigación ministerial. Así, las pruebas que se obtengan a partir de un cateo que no cumpla con los requisitos establecidos en el octavo párrafo del artículo 16 constitucional, carecen de eficacia probatoria, ello con independencia de la responsabilidad en que las autoridades que irrumpen en el domicilio pudieran incurrir; en cambio, las probanzas que se obtengan como consecuencia del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia tienen eficacia probatoria, aun cuando no exista orden de cateo. Debiendo precisarse que tratándose del allanamiento de un domicilio por parte de la autoridad policial en caso de flagrancia, ésta debe contar con datos ciertos o válidos que motiven la intromisión al domicilio sin orden de cateo, los cuales deben aportarse en el proceso en caso de consignarse la averiguación correspondiente a efecto de que el Juez tenga elementos que le permitan llegar a la convicción de que efectivamente se trató de flagrancia, pues de no acreditarse tal situación, las pruebas recabadas durante dicha intromisión, carecen de eficacia probatoria.”; véase *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Novena Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, jurisprudencia 1a./J. 21/2007, Tomo XXVI, Agosto de 2007, Materia Penal, página 224.*

del modelo acusatorio penal. Su intervención en el proceso visibiliza de una manera tangible el principio de igualdad ante la ley, y trata de paliar el hecho de que las profundas desigualdades sociales, económicas y culturales existentes en la realidad se traduzcan en el proceso penal en una defensa de dos calidades, una para los poderosos y otra para los más desfavorecidos y los excluidos socialmente.

5. Por ello, creo que el grado de compromiso con una justicia de calidad igual para todos, se mide por el nivel de desarrollo e implantación de la institución de la Defensoría Pública a nivel nacional. No tan solo en la igualdad de sus remuneraciones a las del Ministerio Público, sino en lograr su autonomía institucional y económica, a fin de permear la capacitación constante a sus integrantes, previa selección de los más aptos, no tan solo por sus calificaciones sino por el conjunto de sus valores en busca de especialistas cuyo fin sea la defensa del hombre frente al hombre.

6. Otro de los temas pendientes, que entronca con la noción de proceso penal como instrumento de pacificación social, es la escasa utilización que se ha detectado en determinados países de los mecanismos de mediación y conciliación, así como de otras salidas alternativas al proceso previstas normativamente (por ejemplo, los denominados acuerdos reparatorios o la manifestaciones de justicia penal negociada)<sup>21</sup>. Subsiste aún en el subconsciente colectivo que tales salidas alternativas son una vía que fomenta la impunidad penal y son contrarias al principio de legalidad, esgrimido desde determinados sectores como verdadero dogma sobre el que se construyó el proceso penal de corte liberal pero que en la actualidad se encuentra en permanente crisis.

---

<sup>21</sup> Al respecto la doctora María Elena Leguizamón Ferrer, en su ensayo intitulado “Los juicios orales en México y el juicio de amparo”, señala que lo más importante de otros sistemas de justicia legal como el estadounidense y el colombiano, no es la implementación de juicios orales, sino los mecanismos alternos de solución de los conflictos penales, incluso dichas alternativas se pueden utilizar en juicios escritos, en tanto que se puede hacer uso de ellos en la etapa de averiguación previa, pues no todo hecho que se denuncia concluye en una averiguación previa, ni todo proceso iniciado culmina con un proceso, por ello estima que los mecanismos alternativos resuelven en gran medida la problemática del sistema de justicia penal, sin pensar que la oralidad de los juicios resuelvan la delincuencia, la impunidad y la inseguridad existentes.

Así, la reforma plantea la posibilidad de que el juicio concluya anticipadamente, cuando reconoce ante autoridad judicial y con conocimiento de las consecuencias, que participó en el hecho delictivo, ponderándose beneficios cuando acepte su responsabilidad (artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Federal).

El influjo de la victimología y el reconocimiento en las últimas décadas a las víctimas del delito de un catálogo de derechos, aconsejan, en muchos casos, la opción por salidas alternativas que ofrezcan una reparación del daño causado.

La justicia restaurativa trata de conferir un protagonismo activo a la víctima y al victimario en la determinación de la reacción jurídica al delito, sin desatender los objetivos preventivos que la comunidad asigna a la Ley penal, logra que se satisfagan los intereses del culpable, de la víctima y de la sociedad, con efectos sancionadores, rehabilitadores y protectores.

La mediación, como actividad encaminada a la obtención de un arreglo entre el delincuente y su víctima, es, por tanto, una técnica moderna de respuesta frente al fenómeno criminal que trata fundamentalmente de resolver el conflicto, crea el efecto de recuperar a aquel sujeto infractor de la norma, recompone en la medida de lo posible su relación con el afectado y a su vez proporciona una reparación satisfactoria para la víctima.

La utilización de estas salidas alternativas no debe ser examinada desde una óptica puramente utilitarista o económica, esto es, como instrumento que contribuye a aligerar la saturación o sobrecarga del sistema de justicia penal, sino que son instrumentos adecuados para obtener la reparación del daño ocasionado por el delito, así como un instrumento de inserción social, siempre que su uso se ajuste a parámetros de racionalidad y no mediante un uso desnaturalizado de dichas instituciones. En todo caso la definición del ámbito de aplicación de estos Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) debe responder a criterios claros y bien delimitados, con introducción de límites penológicos, debe evitar una excesiva generalización que acabe convirtiendo el juicio oral



en una especie de anomalía dentro del sistema de justicia penal. La potenciación de estas salidas alternativas entronca con una nueva cultura en el tratamiento del delito, que no descansa exclusivamente sobre la imposición de una pena de prisión –idea inspirada en las teorías retribucionistas de la pena– sino que responde a fórmulas de consenso en la solución del conflicto surgido con ocasión de la comisión del hecho delictivo. En relación directa con lo dicho anteriormente, otro de los retos que tenemos pendientes es disminuir los altos niveles de victimización secundaria que genera el proceso penal, especialmente cuando se trata de víctimas especialmente vulnerables (por ejemplo en el caso de menores). La participación de las víctimas debe ampliarse en el proceso penal, hasta hoy continúa siendo especialmente traumática, generadora de altos niveles de ansiedad; en algunos casos, podríamos hablar, incluso, de verdadero maltrato institucional.

7. La regulación de la materia probatoria reclama una especial dedicación por parte del legislador de la reforma que permita, por un lado, superar los graves problemas de anomia y de incerteza que acucian al modelo vigente y que se proyecta en el preocupante nivel de contradicción entre numerosas resoluciones de los tribunales. Por otro, una mayor precisión conceptual en la identificación, y distinción, de fuentes y medios de prueba y de los supuestos de inutilizabilidad acreditativa de las evidencias que se obtengan.

Una cuestión importante, de la reforma penal, es la prohibición expresa de admitir pruebas ilícitamente obtenidas, como se plantea en la redacción de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, apartado A, que tiende a lograr, en acatamiento a la presunción de inocencia la exigencia de que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan de forma lícita, la libertad de valoración no es libertad de utilización, lo cual lleva implícito que el juez sólo puede formar su convicción sobre pruebas practicadas con respeto a los principios de oralidad, contradicción, publicidad e inmediación, sólo aquellos datos probatorios obtenidos respetando la contradicción en su formación, podrán ser invocados para

fundamentar el juicio fáctico del juzgador, por ello la motivación plasmada en un resolución judicial, implica la justificación de la decisión judicial, a un razonamiento justificativo elaborada *ex post* de la decisión que permita un control sobre la racionalidad de la propia decisión.

La regla de exclusión de la prueba ilícita, entendida como aquella obtenida con infracción de derechos fundamentales, proclama la inutilización de las mismas, que ha servido principalmente para evitar la obtención de pruebas por la policía y el Ministerio Público (incluso, de los propios particulares cuando, en los supuestos de ley, puedan ejercer por sí acción penal) de forma ilegal, cuya consecuencia es la exclusión de la prueba del proceso y la prohibición de su admisión y valoración, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes.<sup>22</sup>

Ello conlleva a afirmar que prohibir el uso directo de medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía y una incitación a procedimientos inconstitucionales, como ocurre con la prueba refleja, que deriva de otra, esto es, una prueba derivada de otra ilícitamente practicada no puede considerarse como prueba jurídicamente independiente. Lo que significa que la regla de exclusión alcanza no sólo a la prueba obtenida de manera directa con vulneración de derechos fundamentales, sino a las posteriores cuya obtención deriven de la inicial prueba ilegal (doctrina de los frutos del árbol envenenado, que tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana). Sin embargo, en la doctrina norteamericana se admite como excepción si se logra desvincular un nexo causal entre ambas.

---

<sup>22</sup> “... la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como aquéllas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (directa o indirectamente), pues sólo de ese modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso”, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, ponencia presentada en el curso “Los retos del proceso penal acusatorio en la era de globalización”, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 12 de noviembre de 2007.

Aun así, desde el punto de vista de la presunción de inocencia resulta difícilmente admisible la excepción conocida como “descubrimiento inevitable” que admite la utilización de aquellos elementos probatorios obtenidos ilícitamente cuando los mismos se señalan habrían sido obtenidos inevitablemente por otros medios legales, si ésta se basa en conjeturas o hipótesis, máxime si el hecho es que la fuente probatoria se obtuvo con vulneración de las garantías del inculpado.

Es importante destacar, el efecto contaminante psicológico que puede producir sobre el tribunal, la práctica de medios probatorios o la recepción de fuentes probatorias afectadas de nulidad, sobre ello se ha dicho que dispone de mecanismos de asepsis valorativa que le permite aislar o reducir significativamente en el proceso decisional el riesgo de contaminación; pero aun así, es patente el riesgo de que la recepción cognitiva de los resultados probatorios precedentes de medios declarados posteriormente nulos en sentencia, afecte a la percepción del Tribunal sobre la inocencia del acusado.

Así, el proceso penal se articula y se construye sobre una base garantista, influenciados por el código penal tipo para Iberoamérica, existía un periodo de fosilización y enquistamiento en los sistemas de justicia penal que tratan de evolucionar con formas más respetuosas de los derechos fundamentales con el sistema acusatorio, tales como evitar vulneración sistemática de derechos fundamentales, lentitud de los procesos penales, facultades omnímodas del juzgador, para permanecer en un contexto social de progresiva desaparición de regímenes dictatoriales y de recuperación de instituciones democráticas, no se trata de introducir reformas técnico-jurídicas sino culturales, por ello dichas reformas penales no pueden marginar a sus destinatarios: la sociedad, en una legitimación del sistema democrático, la participación ciudadana es clave para enfrentar la implementación de dichas transformaciones, los verdaderos beneficiados con ellas no son los jueces, ni los abogados, sino la sociedad en general. Nuestra atención debe centrarse no en el cambio normativo sino en el plano de las prácticas; los

cambios legales no garantizan la erradicación de prácticas inquisitivas, se está ante un cambio cultural y no legal.

La valoración de nuestro sistema probatorio reclama como cuestión previa identificar el modelo regulativo que lo delimita.

8. El grave problema de la presencia de los menores en el proceso reclama una opción ponderativa del legislador democrático, como, en efecto, se ha producido en otros países (Francia, Italia, Bélgica, Holanda), así en caso de menores, evitar la confrontación visual con el acusado, con equilibrio al principio de contradicción y de inmediación procesal.

De lo que se trata, es de lograr un debate oral, respetuoso de las garantías de defensa que eviten mayor victimización secundaria de los menores, con protección al principio de intervención contradictoria de defensa, en cuyo caso en situaciones de excepción de alto riesgo, las exigencias de una defensa adecuada se pueden satisfacer mediante el contenido vía documental de actuaciones practicadas en la fase preliminar, sobre todo si se destaca que el transcurso del tiempo entre el hecho y el testimonio del menor, en casos como agresión sexual, no sólo favorece el olvido y la imprecisión sino que, además, estimula la activación de mecanismos de defensa a cualquier reproducción con los eventos realizados, lo que puede generar un nivel de estrés emocional que lo puede llegar a desequilibrar, los autores se preguntan si realmente puede mantenerse que la presencia de un menor de cuatro, cinco o seis años (...) en el plenario, en un escenario procesal carente de toda condición victimológica ambiental e incluso física, puede servir para actualizar, en condiciones defensistas y cognitivas adecuadas, la información relevante que el niño, probablemente victimizado por hechos graves, puede recordar<sup>23</sup>.

Para los sistemas acusatorios empleados en otros países, existe lo que se conoce como cláusula de equidad, que obliga a extender

---

<sup>23</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel/HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “¿Deben declarar los menores victimizadas en el acto del juicio oral?”.

el espacio de protección y tutela a otros sujetos diferentes del acusado, como una suerte de factor de corrección equilibrador, del exceso de unilateralidad en la concepción de los derechos de defensa. Ello destaca la necesidad de salvaguardar determinados bienes primarios de la víctima o de los testigos, como la vida, la libertad, la seguridad o la privacidad personal o familiar, ante lo cual se puede sustituir su presencia en audiencia pública por otros medios tales como, documentales o de videoconferencia, para que el acusado pueda interferir en la producción y valoración del medio de prueba.

Pero mientras dicha regulación no llegue, entendemos que deben desterrarse de la práctica de nuestros tribunales soluciones puramente formalistas en el acceso a la información de los menores victimizados que lejos de aplicar el principio de inmediación, pueden provocar consecuencias gravísimas sobre personas tan vulnerables como los niños de corta edad, víctimas de agresiones o abusos sexuales y que, además, nada aportan, desde el punto de vista epistemológico, para la toma de decisiones, en la mayoría de los casos particularmente difíciles y complejas.

9. Un verdadero desafío lo constituye el advertir que la implementación del sistema acusatorio en el proceso penal no justifica el acotamiento de garantía alguna, por el contrario, implica la potencialización de éstas. Así, medios de impugnación como la apelación y el juicio de amparo, no se suprimen, contrario a lo que algunos piensan.

Instrumentos procesales como recursos y medios de defensa deben transformarse a la oralidad, por corresponder, ambos, a garantizar un debido proceso<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Al respecto, la magistrada María Elena Leguizamón Ferrer, señala en su ensayo “Los juicios orales en México y el juicio de amparo”, publicado en la página electrónica de la Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, que habría que hacer una reflexión acerca de que el juicio de amparo puede ser un obstáculo para que la impartición y procuración de justicia sea pronta y expedita, ya que la implantación de los juicios orales tiende a lograr que la mayoría de los casos se resuelvan en una sola audiencia, lo que difícilmente puede lograrse con el actual sistema de impugnaciones; ello es así, porque respecto de las decisiones del Ministerio Público, tales como la incomunicación, la detención, la retención, la privación ilegal fuera de procedimiento judicial, la negativa a conceder libertad

## VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. Si partimos de que en la democracia el único sistema procesal penal es el acusatorio, habremos de concluir que la diferente articulación que haga cada país y cada Estado de la República Mexicana, de su proceso penal, debería recoger en esencia las mismas garantías fundamentales y sus excepciones, se estructuren como se estructuren. El deseo intelectual de que todos los países democráticos tengan un proceso penal si no idéntico, sí muy similar, sometido a iguales principios, que den lugar a unas mismas o muy parecidas pautas de actuación práctica, se transforma actualmente en una necesidad acuciante puesto que la internacionalización de la delincuencia obliga a dar una respuesta penal unificada, sometida a cánones o exigencias mínimas comunes, que determinen que las resoluciones dictadas en un Estado sean reconocidas (aceptadas y aceptables) e incluso ejecutadas por los restantes países del concierto internacional.

Pero el problema surge precisamente cuando se desciende del terreno intelectual abstracto, al concreto, con el fin de elaborar los criterios metodológicos de esa soñada unificación, es decir, al intentar plasmar sobre el papel qué principio o principios deben ser los estructurales de ese proceso penal que han de proteger la pacífica y

---

provisional bajo caución, entre otros, son actos regulados y protegidos por el juicio de amparo, por ejemplo, si se promueve juicio de garantías contra el auto de formal prisión, el juez de la causa penal no puede dictar sentencia si no hasta que se haya resuelto el amparo, en estos casos, efectivamente, la interposición del juicio de amparo conlleva a la dilación procesal, que procesalmente es incompatible con la celebración de la audiencia del juicio y la sentencia. De ahí la necesidad de impulsar una reforma a la actual Ley de Amparo, que la ajuste a los tiempos actuales, de lo contrario, el juicio de amparo se volverá un obstáculo para la expedites del proceso penal. Asimismo, Julio Hernández Pliego en su libro *Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal* (específicamente en el apartado intitulado Derecho al Recurso como garantía individual), destaca que la normatividad de un justo proceso, debe incorporarse como garantía individual en nuestra Constitución Federal, lo cual lo consolida como un Estado democrático de Derecho, el interponer el recurso ordinario de apelación en contra de la sentencia que se dicte en contra del inculpado, lo que permitiría la revisión del proceso y el dictado de una nueva resolución por un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior, a virtud de que no se encuentra expresamente esa garantía en la misma. Asimismo, la experiencia legislativa en nuestro país ha hecho una potestad del legislador secundario otorgar o no la segunda instancia, en flagrante violación a garantizar el derecho a la sustanciación del recurso.

democrática convivencia de todos los ciudadanos honrados de este país y del mundo. Y nace el problema no tanto porque no haya acuerdo en esos principios, que ni son ni deben ser muchos, sino porque cuando llega el momento de articularlos en concreto, los conceptos no tienen el mismo significado en todos los países, ni en todas las entidades federativas que componen la Nación mexicana, los intereses en juego difieren en matices nada desdeñables y, en suma, las tan distintas condiciones culturales, políticas y económicas de cada uno de los pueblos afectados hacen que se planteen verdaderos problemas de aplicación práctica aun cuando se esté de acuerdo en la necesidad de su existencia.

Si bien es cierto que la estructura del proceso penal de cada país y de los Estados que conforman nuestro México, se encuentra condicionada por los concretos derechos reconocidos por sus respectivas Constituciones nacionales y locales, en los Tratados internacionales que se incorporan al ordenamiento interno del país a través de su ratificación, donde se contienen mandatos de naturaleza o de eficacia procesal que resultan de obligado cumplimiento, no lo es menos que podemos reconocer la existencia de una pluralidad de derechos que, integrados en el concepto más amplio y genérico del derecho de defensa, aparecen recogidos y reconocidos en lo sustancial en todas las legislaciones democráticas modernas, sin perjuicio de su concreto contenido y eficacia dependiente de las singularidades propias de cada ordenamiento jurídico y, en ocasiones, de cada uno de los diversos procedimientos penales existentes en un mismo país.

SEGUNDA. Debe mantenerse la pluralidad de derechos que constitucionalmente se han consagrado a favor del reo (artículo 20, apartado A) y la normatividad propia del debido proceso.

Cierto es que el proceso penal constituye un espacio de particular conflictividad en el que se debate, por un lado, la necesidad de protección de bienes jurídicos, y, por otro, la propia libertad y derechos de las personas a los que se les imputa dicha lesión o puesta en peligro. Pero dicho conflicto debe someterse a estrictas reglas

de solución. De manera alguna debe prevalecer el interés estatal de protección y castigo de conductas penalmente relevantes, si para ello se infraccionan desproporcionadamente los derechos fundamentales tanto de contenido sustancial (derecho a un debido proceso, exacta aplicación de la ley penal, principio de lesividad, de litis cerrada) como aquéllos que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (principio de contradicción, presunción de inocencia, in dubio *pro reo*, defensa adecuada), siendo que los primeros atienden a la obtención de fuentes probatorias, en tanto que los segundos a la valoración de dichos medios, por tanto, es menester, que la injerencia responda a un complejo y exigente estándar de proporcionalidad que implica: que la medida esté prevista en la ley, la evidencia no puede obtenerse por otros medios, que entre la lesión al derecho fundamental y la finalidad perseguida se identifique una razón justificativa del sacrificio suficientemente seria, el juez debe situarse en un juicio de necesidad *ex ante* no *ex post*, las exigencias de protección de los derechos fundamentales en juego, impiden que meras conjeturas o pronósticos de eficacia prospectiva puedan servir para fundamentar su lesión, en su caso para determinar que existen indicios suficientes.

Sin soslayar la necesidad que hubo de implantar un sistema de excepción para combatir de manera más eficaz la delincuencia organizada, con la consecuente acotación de que el sistema especial aplicado a ésta no debe traspasar la línea delgada que la separa de un derecho penal garantista, en su caso nos enfrentaríamos a permitir que el Estado atropelle los derechos fundamentales de las personas bajo pretextos de seguridad y combate a la delincuencia, hasta un día creer que todos los ciudadanos son enemigos del sistema y retornar al tan odiado régimen inquisitivo y de control social implantado no como excepción sino como regla genérica.

En la actualidad, el reto del proceso penal es buscar un equilibrio entre la libertad y el orden, siempre que se respeten los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos. El proceso penal debe impregnarse de constitucionalidad. Las normas que integran



los Códigos Procesales Penales deben ser examinadas, analizadas e interpretadas desde la óptica de los valores, principios y garantías constitucionales.

El proceso penal debe concebirse como un verdadero sistema de garantías frente a la actuación punitiva del Estado (instrumentalidad garantista). En su seno, el Juez asume el rol de guardián y defensor de dichas garantías. En otras palabras, el Juez se convierte en garante de los derechos y libertades del imputado y acusado (*giudice guardiano*). Por tanto, la función del proceso penal no puede reducirse exclusivamente a ser un instrumento de imposición de la pena, sino que es principalmente un instrumento de garantía de los derechos y libertades individuales. Desde esta perspectiva, podemos hablar de democratización del proceso penal.

El debido proceso debe abarcar a la víctima u ofendido: carácter de parte procesal; presunción de inocencia; y, principio “in dubio pro-víctimas”.

TERCERA. El juicio oral debe verse como un espacio de ejercicio de los derechos de ciudadano, al pretender el reconocimiento de un estatuto de ciudadanía compatible con la dignidad personal, para causar la menor victimización posible, la idea de publicación, los medios de comunicación preservan como controladores sociales del cómo se ejerce el poder público, no sólo como transmisor del hecho informativo sino como intérprete y crítico, para ello debe destacarse la importancia de mantener la confianza y el crédito público en el sistema de justicia penal, promover el acceso del público, el derecho a la confidencialidad y privacidad de las partes, protección a víctimas de delitos sexuales y violentos, los efectos sobre los menores, los efectos de los testigos que aún no han declarado, que no tengan contacto externo puede afectar su integridad emocional, la posibilidad de celebrar juicios a puertas cerradas (por el respecto a la intimidad, desarrollo de la personalidad y la dignidad). En estos casos debe haber excepciones; asimismo, es importante resaltar, que los juicios orales no constituyen la panacea para acabar con los vicios del sistema de justicia penal, su instauración

marca sólo el largo camino que México recorrerá en su lucha por ser un Estado con un bajo índice de delincuencia y a la vez respetuoso de los derechos fundamentales del hombre.

CUARTA. Se requiere, además, verificar que exista una adecuada sistematización de los medios de prueba cuya práctica puede afectar derechos fundamentales de primer orden, fomentar el principio de contradicción en la formación de los medios probatorios y en su posterior justipreciación, emisión de criterios jurisprudenciales certeros en las reglas del proceso, reconocer un sesgo garantista en la jurisprudencia, como es el caso de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (prueba ilícita) que puede poner en riesgo la operatividad del límite a la actuación estatal, la introducción de la cláusula de buena fe en la adquisición de fuentes probatorias obtenidas, escasa protección que se concede a la no autoincriminación, dando eficacia probatoria a confesiones prestadas en condiciones más que discutibles de defensa, como reconocer valor probatorio a declaraciones en fase policiaca.

Si se parte de la idea de que las garantías son límites materiales que la dignidad humana impone al poder público y a la colectividad en general, garantizan un estatus de libertad para cada uno de los ciudadanos, de tal manera que el propio Estado no puede actuar negando su eficacia o prescindiendo de los mismos, situación que se proyecta esencialmente en la búsqueda de la verdad en el proceso penal, en la reconstrucción de los hechos punibles y en la determinación de las personas responsables.

Dicha exigencia implica recuperar la confianza de que un juez, independiente e imparcial, valorará desde cánones de racionalidad constitucional cualquier pretensión del poder público de intromisión en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos es lo que, sencillamente, distingue a un Estado constitucional, los agentes estatales encargados de la persecución penal no pueden soslayar la existencia de los derechos del hombre.

No puede haber espacio de verdad al margen del respeto a los derechos fundamentales y, en lógica consecuencia, no puede

declararse u ordenarse la privación de libertad de ninguna persona, sobre la convicción de culpabilidad alcanzada utilizando instrumentos probatorios producidos con la infracción de dichos límites materiales.

QUINTA. El verdadero reto de la reforma del sistema de justicia penal implica un cambio en las estructuras culturales; esto es, una metamorfosis del juzgador, defensor, Ministerio Público, de todos aquéllos que concurran al proceso penal, la sociedad en su conjunto, en la que no son excluyentes, sino incluyentes los medios de comunicación que fomente una cultura de la verdad y de la legalidad.

La reforma implica un cambio de paradigma cultural, una modificación de los principios, usos, prácticas, costumbres y valores de los jueces y las partes que intervienen en carácter de acusadores (Ministerio Público) o de defensores, para que se logre un proceso justo y equitativo, aplicar el principio de presunción de inocencia como regla de tratamiento, dignificación, respeto y garantías de los derechos de defensa y alegación, el juez asume el rol de director principal, resaltar el hecho de que el acusado sea asesorado todo el tiempo por su defensor, colocación de las partes en la Sala, que no se estigmatice o discrimine, la escenografía es importante que no le provoque degradación simbólica, que no sea tratado como un espectador pasivo, por ello se le permite defenderse por sí mismo con asistencia de su abogado, ya que la forma de tratar al acusado, constituye una proyección de valores, que la regulación secundaria debe patentizar con el principio de inocencia, que hagan aconsejables ciertas medidas de seguridad. El problema se centra en abandonar prácticas y costumbres perjudiciales que se encuentran arraigadas en las personas, lo medular no es conocer las reformas legales sino replantear nuevas estructuras de pensamiento para enfrentar los retos de sumarnos a la lucha de los Estados democráticos de contar con herramientas funcionales para hacer efectivo el acceso a la justicia.

SEXTA. Derivado de lo anterior, se desprende la necesidad

correlativa de la capacitación de las partes que intervengan en el proceso penal, lo que obliga al estudio del Derecho en general y en específico del Derecho procesal penal, garantizar los valores constitucionales y servir para preservar los derechos de todos conlleva a establecer reglas de organización del debate o de producción de los medios de prueba para provocar convicción, la enseñanza y retroalimentación de estudios de posgrado deben mejorar su calidad técnica para dar herramientas eficaces a los abogados litigantes, al Ministerio Público y a los juzgadores, sustancialmente a quienes hoy en día ejercen como operadores esas funciones, para hacer patente el esfuerzo de llevar juicios justos, donde se viertan los hechos acontecidos, respaldados por argumentos jurídicos serios, que sean vertidos de manera enriquecedora por la defensa y la acusación y complementados al momento de valorarlos por juzgadores capacitados que apliquen sus conocimientos y su experiencia judicial al momento exacto de juzgar, al motivar el sentido de sus resoluciones y acabar con el secreto en el que se dictan hoy en día la mayoría de las resoluciones jurisdiccionales.

Para hacer efectivos los principios del debido proceso, con vigencia de un método jurídico en el que no sólo se cree e interprete la aplicación de la ley en forma estricta, sino en el que se valoren las implicaciones que en materia de justicia tendrá y que necesariamente serán percibidas por la sociedad. Así, la dogmática jurídica penal, como método de la interpretación de la ley penal, debe ser una finalidad, si bien no como único método de interpretar el contenido de la norma, sí para enriquecer el proceso penal, pues es indudable que el derecho penal sustantivo juega un papel preponderante para respaldar el mecanismo procesal en el que va a ser aplicado.

Litigar juicios orales y dirigirlos es un arte complejo y exigente, si los abogados no están preparados, los casos se pierden; si los jueces no están preparados, las injusticias cometidas lo son ante los ojos de todos; la reforma al sistema de justicia penal en México, tiene como retos lograr la competitividad óptima entre los actores

del drama penal, de lo contrario, si las partes (Ministerios Públicos, defensores y jueces) están mal preparadas lo que van a generar es el enviciamiento y distorsión del modelo acusatorio, pues aun cuando existen entidades federativas que ya cuentan con juicios orales, distan mucho de equipararse a las dimensiones en que la reforma constitucional va a modificar el proceso penal mexicano, ello constituye un reto que como profesionales debemos enfrentar, sin demeritarnos, por el contrario con el compromiso firme de cada ciudadano de contribuir al cambio actuando de forma positiva hacia una nueva cultura jurídica, ya que lo que representa realmente una barrera difícil es superar las ataduras culturales, el cambio tiene que remover una cultura y construir otra, destruir instituciones profundamente arraigadas en nuestra cultura jurídica y sustituirlas por otras, que en la medida de lo posible tengan funcionalidad y compatibilidad con el sistema acusatorio, abandonar la litigación o la dirección de juicios orales a la pura improvisación artesanal de jueces, fiscales y defensores, por más talentosos que sean, no es más que una profunda falta de profesionalismo y desde luego un riesgo absurdo.

Ello no quiere decir que volvamos el proceso penal en un juego estratégico, donde gane el más apto para distorsionar la verdad o la realidad, sino que se debe concentrar un esfuerzo por demostrar la versión que cada parte ostenta en juicio con base en las pruebas presentadas, la prueba en la mayoría de ocasiones no muestra las cosas por sí solas, hay que impulsarla para que demuestre su eficacia pero no de manera aislada sino con el resto del material probatorio que conforma el caso, para entonces saber el peso probatorio que adquiere al potencializar la información que posee y por ende su utilidad. La capacitación se puede adquirir con modelos de enseñanza de litigación, impartidos por las universidades y estudios de posgrado y habrá de perfeccionarse con la confrontación que se haga cada día de la práctica judicial.

Por ende, debe proporcionarse capacitación permanente a los juzgadores, a través del Instituto de la Judicatura Federal, Escuela

Judicial, además de que habrá que implementar lo necesario para la selección de jueces de control, lo que incluso importa también la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Sin descuidar la capacitación que deberán recibir defensores (públicos y privados) y ministerios públicos, que necesariamente debe encontrar vinculación con la recibida por los juzgadores, a través de una defensoría Pública que responda a los retos del nuevo proceso de manera eficaz y de barras de abogados que tengan en común proporcionar defensores especializados. Asimismo, fomentar en la sociedad, como factor real, en su conjunto, el cambio estructural para sustentar en nuestro país los retos de la verdad y la legalidad.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. “Justificación de una dogmática jurídico-penal en México” y “El delito y la responsabilidad penal”.  
AMBOS/MAIER/WOISCHNIK. “Las reformas procesales penales en América Latina”.

ARMENTA DEU. “La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal”.

BACIGALUPO ZAPATER. “La noción de un proceso penal con todas las garantías” y “Derechos procesales fundamentales”.

BETTIOL. “Instituciones de derecho procesal”.

BAYTELMAN, Andrés, “Curso sobre instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral”.

CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, “¿Qué son y para que sirven los juicios orales?”.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel “Oralidad, justicia alternativa y el ministerio fiscal español, dentro de las ponencias en “Curso de formación especializada ‘los retos del proceso penal acusatorio en la era de la globalización’, celebrada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 12 al 16 noviembre de 2007).

FAIRÉN GUILLÉN. “Doctrina general del derecho procesal”.

GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS. “El derecho fundamental a un

proceso sin dilaciones indebidas” y “Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”.

GOLDSCHMIDT. “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal”.

GÓMEZ COLOMER. “Adversarial System, proceso acusatorio y sistema acusatorio” y “La investigación criminal: Problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”.

GÓMEZ ORBANEJA – HERCE QUEMADA. “Derecho procesal II”.

GONZÁLEZ, SAMUEL, et. al., “El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica”.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, “Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal”.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. “El Juicio Oral. La Prueba”.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio. “Los Recursos Ordinarios en el Proceso Penal”.

JAÉN VALLEJO. “Derechos procesales fundamentales: Su proyección en la fase de instrucción, en el juicio oral y en el sistema de recursos”, “Derechos fundamentales del proceso penal” y “Los principios superiores del derecho penal”.

JAKOBS. “La ciencia del derecho frente a las exigencias del presente”.

LEGUIZAMO FERRER, María Elena “Los juicios orales y el juicio de amparo en México”. La ciencia del derecho frente a las exigencias del presente”, página electrónica <http://172.16.12.252/amj/doctos/juicios-orales-y-amparo-en-mexico.pdf>.

DE LA HERA OCA, Manuel. “Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia”.

MARCA MATUTE, Javier, “El imputado y el derecho de defensa en el proceso penal acusatorio”

MARTÍNEZ ARRIETA. “Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica”.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel/HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. “¿deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral?”

“La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su y de su progresiva limitación”, ponencia presentada en el curso “Los

retos del proceso penal acusatorio en la era de globalización”, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 12 de noviembre de 2007

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La prueba y su valoración en los procesos penales acusatorios latinoamericanos”, Revista del Poder Judicial de Zacatecas, México.

MONTERO AROCA. “El juez que instruye no juzga”, “La incompatibilidad de funciones en el proceso” y “Proceso y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad”.

MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN/BARONA. “Derecho jurisdiccional”.

PEDRAZ PENALVA. “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal del Enemigo”, INACIPE.

PÉREZ DEL VALLE. “Sobre los orígenes del derecho penal del enemigo” y “¿Es lícito considerar la pena estatal como una expiación?”.

SANCHO GARGALLO. “Legalidad, oportunidad y transacción penal en el procedimiento abreviado”.

SFERLAZZA, Ottavio, “Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada”.

TREJO DELARBRE, Raúl, “Vivir en la Sociedad de la Información. Orden global y dimensiones locales en el universo digital”.

URBANO CASTRILLO. “Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, intermediación y publicidad”.

Revista “Cumbre Judicial Iberoamericana”, número 3, Segundo Trimestre de 2008, Madrid.

“Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa” Jornadas Iberoamericanas, INACIPE, México, 2003.





**Sección Segunda**  
PRESENCIA DE LA DEFENSORÍA



## Incongruencia legal del artículo 206 de la Ley de Amparo en relación con el artículo 215 del Código Penal Federal

Sandra Lilia Álvarez Ruiz\*

### MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO CONCEPTO DE DELITO

La palabra *delito* proviene del verbo latino *delinquere*, que significa apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.<sup>1</sup>

En derecho penal, delito es la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal.

En diferentes períodos y lugares, en la medida de las necesidades de la sociedad, se han precisado una variedad de conceptos de la palabra delito; sin embargo, no se ha llegado a obtener una noción universal debido a la evolución de las conductas que son consideradas contrarias a las normas jurídicas, situación que provoca la diversidad de conceptos, por lo que se enfoca a señalar los contenidos en la legislación penal.

En el sistema penal mexicano, en el Código Penal Federal, en su artículo 7, se establece que: delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el

\* Oficial Administrativo.

<sup>1</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales del derecho penal, primera parte, Editorial Porrúa, México 2000, pág. 125.

deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, dice: (principio de acto) el delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión.

Por otro lado el Código Penal para el Estado de México en el artículo 6, señala: el delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

Existen diferencias gramaticales en los ordenamientos jurídicos en cita, al dar una concepción de delito, coincidiendo en señalar como característica principal la punibilidad del hecho, sea actuando o sin hacerlo y por último la legislación local coincide con la teoría finalista al considerar a la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad como elementos del delito.

Además se incluye dentro del carácter de delito, a la omisión, siempre y cuando se tenga la obligación de un hacer y esa nula conducta produzca un cambio materialmente apreciable.

En conclusión el delito es la conducta, acto u omisión, del hombre, prevista en la norma como antijurídica y castigada por la misma ley.

### **OBJETO DEL DELITO**

El objeto del delito es la persona, cosa, bien o interés penalmente protegido; considerado importante, para la existencia y vida de delito, incluyendo su comisión o realización. El objeto jurídico del delito es el bien protegido por el derecho y precisamente por esa razón, se denomina bien jurídico, es decir el quid de la norma, con la amenaza de la sanción, trata de proteger contra posibles agresiones.

Ahora bien, también es el objeto del delito sobre lo que recae la acción del agente según la descripción legal respectiva, puede ser tanto una persona como una cosa sobre la que materialmente recaen los resultados de la acción delictiva. De tal anuncio aparecen

dos conceptos completamente diferentes, que suelen ser confundidos, y son el objeto material y el objeto jurídico, del delito, que solo coinciden cuando la ofensa de un bien tutelado por el derecho penal consiste en la modificación de aquello sobre lo cual precisamente se verifica el resultado.<sup>2</sup>

### **Objeto jurídico**

El penalista Eduardo López Betancourt señala que: *“el objeto jurídico es el bien jurídicamente tutelado, es decir, el bien o el derecho protegido por la ley penal”*<sup>3</sup>

El autor Luis Jiménez de Asúa menciona al respecto *“es la ley, la norma, el derecho que se ha violado, o el bien o interés jurídicamente protegido”*<sup>4</sup>

Por lo anterior concluyo, el objetivo del derecho penal es conseguir la convivencia social a través de la protección de intereses individuales y colectivos, así se imponen castigos o sanciones penales para comportamientos dañinos o nocivos de bienes tutelados, cuya intención del legislador es mantenerlos a salvo evitando tal comportamiento, por lo que no hay que perder de vista que el objeto jurídico es el interés que se pretende mantener jurídicamente seguro.

### **Objeto material**

El penalista Eduardo López Betancourt, lo describe como *“la persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito. En ocasiones éste puede recaer en el sujeto pasivo”*<sup>5</sup>

El autor Luis Jiménez de Asúa, dice *“el objeto material lo constituye la cosa o la persona en la que se produce el delito”*<sup>6</sup>

Entonces, el objeto material son las cosas con realidad espacial y perceptible por los sentidos, con que se cometió un delito, y estas pueden ser personas físicas o jurídicas colectivas y cosas. Por ejemplo, el del tipo penal de portación de arma de fuego, el objeto ma-

<sup>2</sup> VERGARA TEJADA, José Moisés, Manual de Derecho Penal, Parte general, 1ª. Edición, Ed. Ángel editor, México, 2002, Pág. 173.

<sup>3</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito. 8ª edición, Editorial Porrúa. México, 2000. Pág. 58.

<sup>4</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Teoría del delito, volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria y la asociación de Investigaciones Jurídicas. Estado de México, 2002. Pág. 52.

<sup>5</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob. Cit. Nota 3. Pág. 57 .

<sup>6</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. Cit. Nota 4. Pág. 14.

terial lo es la propia arma, pues sin su presencia no hay delito; se podrían citar un sin fin de ejemplos, sin embargo es menester no olvidar la acepción del objeto material del delito, para evitar confusiones, por lo que lo describo como las cosas materiales con que se cometió el suceso delictivo.

### **Sujetos del delito**

Los sujetos del delito son las personas cuyos intereses colisionan en la acción delictiva; pueden ser indeterminados, cuando la ley no requiere una característica específica, o determinados, cuando se requiere de una calidad especial para poder cometer el delito; de tal suerte que tenemos como partícipes del delito al sujeto activo y sujeto pasivo.

#### **Sujeto activo**

El penalista Raúl Plascencia Villanueva menciona que para la realización de un ilícito es necesario el actuar del hombre quien tiene la capacidad de decidir, a quien nombra sujeto activo del delito.<sup>7</sup>

Por otro lado para el jurisconsulto Luis Jiménez de Asúa, la definición de la palabra delito, otorga el carácter del actuante, toda vez que ésta refiere ser una acción de un *hombre*, estableciendo así al sujeto activo.<sup>8</sup>

El jurista Eduardo López Betancourt coincide con Plascencia Villanueva al señalar que el ser humano es el único ser racional y por tanto tiene la capacidad de decisión, de tal manera que puede elegir su comportamiento, es decir tiene voluntad, situación que lo convierte en único partícipe en un hecho punible como sujeto activo.<sup>9</sup>

De acuerdo a lo citado, considero que el autor de la conducta punible será siempre el hombre por tener voluntad para materializar su conducta, y así convertirse en sujeto activo de un delito, por lo que las personas morales no pueden ser sujetos activos de delito, ya que la persona moral es una agrupación de personas que se reúnen con un fin determinado.

<sup>7</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del Delito. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2004, México, Pág. 70.

<sup>8</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. Cit. Nota 4. Pág. 35.

<sup>9</sup> LÓPEZ BENTACOURT, Eduardo. Nota 3. Ob. Cit. Pág. 34.

### **Sujeto pasivo**

El autor Luis Jiménez de Asúa sitúa al sujeto pasivo como la parte lesionada en la infracción del ordenamiento jurídico, quien suele confundirse con el objeto material, ya que puede recaer en ambas hipótesis el titular del bien jurídico protegido, como poseedores de éste la ley contempla, en primera fila, al hombre, agregando a las personas jurídicas colectivas, al Estado y a la misma sociedad, situación que los pone en la posición de sujetos pasivos del delito.<sup>10</sup>

El tratadista Eduardo López Betancourt destaca que el sujeto pasivo es el ente que sufre de manera directa la comisión del acto punible, a través de la exteriorización y materialización de la conducta del sujeto activo, en otras palabras, es el titular del bien protegido por la ley; coincidiendo con Jiménez de Asúa escribe que la ley contempla al ser humano, en su mayoría, como titular del bien jurídico protegido, sin embargo agrega a las personas colectivas reconocidas por la ley, tales como el Estado, las personas jurídicas y la colectividad.<sup>11</sup>

A mi juicio, el sujeto pasivo del delito es quien recibe la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, así mismo considerado como el titular del mismo. Esto es, la ley protege los bienes de los gobernados en general, sin embargo cuando un individuo rompe con los límites de la convivencia social, tal actitud recae en el que se denomina sujeto pasivo quien se convierte en el titular de bien protegido.

### **TIPO Y TIPICIDAD**

En principio se hablará de lo que significa el tipo penal doctrinalmente y la diferencia con la tipicidad, de tal manera que se comprendan los términos que se han utilizado en el nombre de este capítulo.

La tipicidad es el presupuesto de la punibilidad, vocablo que se confunde con el sustantivo tipo, situación que se difuminará con el estudio de las acepciones de los estudiosos del derecho que a continuación se mencionan.

<sup>10</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. Cit. Nota 4. Págs. 35 y 37

<sup>11</sup> LÓPEZ BENTACOURT, Eduardo. Nota 3. Ob. Cit. Pág. 53



Para el doctrinario Francisco Muñoz Conde, tipicidad: *“es la calidad que atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal”*<sup>12</sup>

La tipicidad, para Fernando Castellanos Tena: *“es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia de lo descrito por el legislador”*<sup>13</sup>.

Para el estudioso Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad: *es el carácter del delito que se emplea como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción.*<sup>14</sup>

Como se insiste en los criterios citados para la existencia del delito se requiere una conducta o hechos del hombre; como único sujeto activo, sin embargo no toda conducta o hecho son delictuosos; preciso, el carácter de típicos, como elemento esencial del delito cuya ausencia impide su configuración.

La función de la tipicidad es parte del principio de legalidad, que se plasma en la Constitución Federal; lo cual significa que no existe delito sin tipicidad. Esto es, que para la aplicación de la ley debe de llevarse a cabo el estudio del delito y si el elemento de tipicidad existe, es decir el actuar humano coincide con el descrito por la ley. Basta que el legislador omita o suprima de la descripción penal una conducta para que el que el delito quede excluido.

Tan citada descripción de la conducta humana, tiene el nombre de tipo penal, el cual define el doctrinario Carlos Daza Gómez, como *“la descripción de la acción prohibida creada por el legislador”*.<sup>15</sup>

Entonces, según José Adolfo Reyes Calderón, el tipo: *“es la descripción de la conducta prohibida, que lleva acabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”*.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, citado por Carlos Daza Gómez en su obra *Teoría General del delito*, 5ª edición. Editorial Flores editor y distribuidor, México. 2006. Pág. 49.

<sup>13</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Nota 1. Pág. 99.

<sup>14</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. Cit. Nota 4. Pág. 140.

<sup>15</sup> DAZA GÓMEZ, Carlos. Ob. Cit. Nota 12. Pág. 53.

<sup>16</sup> REYES CALDERÓN, José Adolfo. *Tratado de la Teoría penal del delito*. Editorial Cárdenas Editor. Distribuidor, México, 2002. Pág. 492.

Entendiendo al tipo penal como la definición detallada del comportamiento punible, mientras la tipicidad es la adecuación de la conducta realizada al tipo penal.

De acuerdo con el escritor Raúl Plascencia, el conjunto de elementos de injusto, característico de una determinada clase de delito, comprende todo lo típico del sentido de la prohibición de la norma. El tipo es la creación legislativa, como resultado de la función creadora del derecho penal.<sup>17</sup>

Fernando Arillas Bas señala que los componentes del tipo lo son: el núcleo y la periferia. El primero en cita es la referencia a un modo de comportamiento representado por el verbo activo sin alteraciones de las voces variables a pesar de las palabras que puede tener variación de persona, número, tiempo, modo y aspecto. El segundo componente lo constituyen las referencias o modalidades subjetivas u objetivas de tal comportamiento.<sup>18</sup>

El legislador en la descripción maneja un verbo que es núcleo, pero éste por sí, no alcanza a concretizar el injusto por lo que se adhiere a éste las características del sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar o la ocasión; lo que ya se nombró como periferia.

El tipo tiene tres funciones:

- a) La selección de comportamientos penalmente relevantes.
- b) Garantía en parte del principio de legalidad.
- c) Una función motivadora, mediante la cual el legislador da a conocer las conductas sancionables con el fin de evitarlas.

Según el jurista Fernando Castellanos Tena el tipo es la razón de la antijuricidad, para el finalismo, por lo que no existe delito sin ley y no hay delito sin tipo. Esta teoría señala que el tipo tiene caracteres fundamentales del contenido material del injusto de una clase de delitos.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Oc. Cit. Nota 7. Pág. 84.

<sup>18</sup> ARILLAS BAS, Fernando. Derecho Penal, Parte general. Editorial Porrúa. México 2001. Pág. 238.

<sup>19</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Nota 1. Pág. 170

**TIPO PENAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO**  
La Ley de Amparo en su artículo 206 establece que: *la autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra.*

Para entender los alcances de este precepto se estudiará el tipo citado, analizando cada parte de la descripción que da el legislador, con el fin de encontrar los elementos que lo componen o bien el cuerpo del delito.

### **CUERPO DEL DELITO**

Para el doctrinario Raúl Plascencia Villanueva, el cuerpo del delito se ha interpretado de distintas formas: la primera, como hecho objetivo, es decir, la acción descrita como infracción; la segunda, el resultado material de la comisión de un delito permanente y por último como vestigio de naturaleza real de una acción realizada.<sup>20</sup>

En el sistema penal jurídico de México, el cuerpo del delito juega un papel de suma importancia, con el objeto de analizar a éste es necesario partir de la descripción elaborada por la legislación de una conducta de la cual sobrevenga una sanción jurídica.

Por consiguiente, el jurisconsulto Raúl Plascencia Villanueva, determina que el concepto de cuerpo delito se analiza desde los siguientes puntos:

- a) Con elementos objetivos, externos o materiales;
- b) Con elementos objetivos y subjetivos, y
- c) Como parte del tipo penal.<sup>21</sup>

En medida que evoluciona el derecho penal el concepto de cuerpo del delito aumenta la importancia de su estudio para su clara y concreta comprensión de los elementos que se le adhieren.

---

<sup>20</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Nota 7. Ob. Cit. Nota 16. Pág. 86.

<sup>21</sup> Ibídem, Pág. 89.

En cuanto al tipo penal en estudio se encontraron como elementos del cuerpo del delito los siguientes:

1. Autoridad responsable,
2. Desobediencia un auto de suspensión, y
3. Debidamente notificado.

### ELEMENTOS DEL TIPO

El presupuesto de la punibilidad es la tipicidad vocablo que suele confundirse con el sustantivo tipo, conceptos que ya fueron descritos anteriormente. Con el fin de sancionar a la persona que realiza un comportamiento nocivo para la colectividad, se crearon presupuestos legales que contemplan tales circunstancias y se denomina tipo penal.

El jurista Juan Bustos Ramírez, señala que los elementos del tipo son: *“elementos de actividad humana y medios de realización, los sujetos del delito, el objeto material, circunstancias de tiempo, espacio y sociales.”*<sup>22</sup>

El autor Raúl Plascencia Villanueva, destaca que *“los elementos del tipo se refieren a situaciones de subjetividad, normatividad y descriptividad conservando estrecha relación con las ideas del objeto material del delito, sujetos de delito, dolo, culpa, resultados, medio comisivo, aspectos de temporalidad y circunstancias.”*<sup>23</sup>

El estudioso Carlos Daza Gómez, escribe que *“la teoría de la acción causal identifica al delito con elementos como la acción, la antijuricidad incluyendo tanto el tipo y la culpabilidad, en tanto que la teoría final de la acción hace una vertiente entre el tipo y la antijuricidad estudiándolos como distintos.”*<sup>24</sup>

Ahora bien, en conjunto con los autores anteriormente citados, contemplo que los elementos del tipo penal son aspectos relativos a hechos o acciones, sujetos del delito, bien jurídico tutelado, omisión, resultado, medios comisivos, entre otros y que

<sup>22</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan citado por Carlos Daza Gómez. Ob. Cit. Nota 12. Pág. 65.

<sup>23</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Ob. Cit. Nota 7. Pág. 105.

<sup>24</sup> DAZA GÓMEZ, Carlos. Ob. Cit. Nota 12. Pág. 103.

doctrinalmente se encuentran considerados como: elementos normativos, descriptivos, subjetivos y objetivos.

A continuación se da un panorama de los conceptos que vierten diversos estudiosos del derecho, con el fin de comprender las características de cada uno de éstos.

### **Elementos normativos**

El jurista Max Ernst Mayer, dice que los elementos normativos: *“son aquellas partes esenciales de un resultado típico que no tienen más importancia valorativa determinada.”*<sup>25</sup>

Para el autor Enrique Bacigalupo, los elementos normativos, *son los contenidos en una descripción típica que sólo se puede captar mediante un acto de valoración.*<sup>26</sup>

El jurista Luis Jiménez de Asúa, sostiene que estos elementos son, para su percepción, complejos por lo que requieren de valoraciones de elementos no perceptibles mediante los sentidos, esta valoración se dirige a figuras penales contenidas en la descripción típica, por lo que puede ser: culturales, estas circunstancias se encuentran en los delitos contra la moral y las buenas costumbres y es de considerarse las normas sociales vigentes en el lugar donde se efectuó el hecho punible; y jurídicas, tal es el caso de: depositario, quebrado, entre otros.<sup>27</sup>

Los elementos normativos siempre se encuentran en la misma descripción típica, pues el legislador prevé las conductas que lesionan a los bienes jurídicos tutelados con el objeto de salvaguardarlos, por lo que son traídos por el juzgador de la norma legal.

En la especie, los elementos normativos, son la autoridad responsable y el auto debidamente notificado, toda vez que estos son términos jurídicos y es necesario un estudio previo de ellos para su comprensión, más adelante se abundará en ellos, el primero por ser considerada una de las partes del Juicio de Amparo, y el segundo

---

<sup>25</sup> MAYER, Max Ernst, citado por Luis Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Nota 4. Pág. 163.

<sup>26</sup> BACIGALUPO, Eduardo, citado por Carlos Daza Gómez. Ob. Cit. Nota 12. Pág. 65.

<sup>27</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, citado por Arturo Zamora Jiménez en su obra *Cuerpo del delito y tipo penal*, Editorial: Ángel editor, México, 2002. Pág. 98.

de los citados es necesario para acreditar la intención de no suspender, en el caso, el acto reclamado mismo que estaba obligado a dejar de realizarlo.

### **Elementos descriptivos**

El autor Juan Bustos Ramírez, dice “*los elementos descriptivos son aquellos que pueden ser comprendidos sólo con su percepción por los sentidos*”<sup>28</sup>.

El estudioso Arturo Zamora Jiménez, establece: “*el tipo descriptivo es el que define objetivamente la conducta dirigida a un resultado típico*”<sup>29</sup>.

Por otro lado, el jurisconsulto Raúl Plascencia Villanueva, los conceptos que toma en consideración el legislador deben ser del lenguaje cotidiano para que sean claros para quienes no sean doctos en derecho, convirtiéndose en éstos elementos en complementos de los normativos.<sup>30</sup>

En consecuencia, los elementos descriptivos del delito precisan impersonalmente las peculiaridades de la conducta o hecho en el tipo, situación que el legislador debe tomar en cuenta con el objeto de que sean claros para la sociedad a quien se dirige la ley.

Ahora bien, en el tipo penal estudiado, al momento de establecer la acción “desobedecer”, concepto entendible en el lenguaje común, el legislador anexo en el tipo un elemento descriptivo; mismo que significa desacatar, no hacer lo que tiene ordenado por la ley o quienes tienen autoridad, conforme al significado que otorga la Real Academia de la Lengua Española.

### **Elementos subjetivos**

Por su parte, el jurisconsulto Juan Bustos Ramírez, menciona que los elementos subjetivos tiene como integrante constitutivo la voluntad encaminada al resultado típico, o bien a determinada conducta, elementos intangibles e inmateriales pero apreciables por los sentidos. Invariablemente el tipo presenta una descripción objetiva la cual es complementada por éstos.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, citado por Carlos Daza Gómez. Ob. Cit. Nota 12. Pág. 63.

<sup>29</sup> ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ob. Cit. Nota 27. Pág. 97.

<sup>30</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Ob. Cit. Nota 7. Pág. 107.

<sup>31</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, citado por Raúl Plascencia Villanueva. Ob. Cit. Nota 7. Pág. 105.

Bajo la acepción del penalista Arturo Zamora Jiménez, en la estructura del tipo se encuentra una parte objetiva la cual consiste en la descripción de la conducta exterior, misma que es insuficiente para darle el carácter de típico a un hecho y como segunda parte denominada objetiva, que en los delitos dolosos se compone de conocimiento y voluntad, además de otros tales como el ánimo de lucro, fines lascivos, entre otros.<sup>32</sup>

Es de suma importancia fijar la cualidad que caracteriza a los elementos subjetivos, la cual consiste en la parte subjetiva, es decir, se toma en consideración elementos intangibles materialmente pero percibidos por los sentidos, tal es el caso de el dolo.

Como se desprende el artículo 206 de la Ley de Amparo, transcrito anteriormente, es importante que el auto de suspensión se encuentre notificado a la autoridad responsable conforme a las reglas de las notificaciones contenidas en el mismo ordenamiento jurídico, con el fin de encontrar en el actuar de la autoridad responsable el querer, es decir la intención de no suspender el acto reclamado, actuando con dolo, y cambiando al mundo exterior al continuar con los actos violatorios del bien jurídico protegido. Es decir, el elemento subjetivo, en la especie, será el dolo con el que se cometió la desobediencia.

### **Elementos objetivos**

El autor Arturo Jiménez Zamora, dice: *“el aspecto externo de la conducta consiste en las exigencias materiales externas, es decir apreciables por los sentidos, previstas en el tipo penal descriptivo.”*<sup>33</sup>

Los elementos objetivos conforme al estudioso Rodolfo Monarque Ureña, *“son perceptibles mediante la actividad cognoscitiva...este elemento es el indicador de hacer o no hacer, implica un verbo”*<sup>34</sup>.

Los elementos objetivos, son los elementos normales, de naturaleza descriptiva, referencias a personas, cosas y modos de obrar.

---

<sup>32</sup> ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ob. Cit. Nota 27. Pág. 66.

<sup>33</sup> ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. Ob. Cit. Nota 27. Pág. 107.

<sup>34</sup> MONARQUE UREÑA, Rodolfo. Lineamientos elementales de la teoría general del delito. Editorial Porrúa. México 2000. Pág. 56.

En conclusión, para que una conducta sea considerada como delito, ésta debe ser materializada, pues las ideas no son sancionables, en consecuencia los elementos objetivos son considerados por el tipo penal.

No hay que perder de vista que lo punible, es el actuar, es decir la exteriorización de la conducta, pues sin ella, no habría materialización o cambio en el mundo fáctico y por ende no habría delito, pues el sólo pensamiento no provoca daño alguno o trasgresión al ordenamiento jurídico.

### DELITO SIN PUNIBILIDAD

Con el fin de entender y no confundir el término punibilidad con los de pena y punición se describirán, mostrando así porque el tipo en estudio, previsto en el artículo 206 de la Ley de Amparo, es considerado un delito sin punibilidad y como consecuencia de ello, no puede existir punición por parte del juzgador, dejando desprotegido el bien jurídico al no ejecutarse pena alguna.

La pena suele conocerse como consecuencia jurídica de una conducta prohibida por la ley. Ésta es aplicada por el ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad en su mínimo por la repersonalización a través de la privación o restricción de bienes del sujeto activo del delito; esto según lo explica la jurista Olga Islas de González Mariscal.<sup>35</sup>

Esto se deriva de un proceso, mismo que inicia el poder legislativo al hacer la descripción de la conducta quien debe referir a la amenaza de la sanción, lo que el penalista Luis Rodríguez Manzanera denomina *punibilidad*, la segunda etapa recae en el poder judicial cuando fija la punibilidad, denominada por éste *punición*, y por último a la ejecución de la punición, que realiza el poder ejecutivo, la llama *pena*.<sup>36</sup>

En conclusión, la pena es el castigo impuesto a quien irrumpe el orden jurídico a fin de mantener la convivencia social, misma

<sup>35</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, citada por Raúl Plascencia Villanueva. Ob. Cit. Nota 7 Pág. 180.

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penalogía*, 2ª edición. Editorial Porrúa. México. 2000. Pág. 88.



que debe ser proporcional a la conducta realizada cuyo fin es la reintegración a la sociedad.

En cuanto a la punición establece, la estudiosa Olga Islas de González Mariscal, es: *“la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad”*<sup>37</sup>.

A mi juicio, la punición es la facultad que tienen los titulares de los órganos jurisdiccionales para individualizar la punibilidad, establecida en la ley por el legislador, a una conducta concreta, esto según las circunstancias que medien en el caso en concreto.

Por otro lado, la jurista Olga Islas de González Mariscal, describe a la punibilidad, *“como la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.”*<sup>38</sup>

El estudioso Fernando Castellanos Tena escribe: *“la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta”*<sup>39</sup>.

El jurista Luis Rodríguez Manzanera, establece: *“la punibilidad es la posibilidad de sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o deja de hacer algo ordenado por la ley”*<sup>40</sup>.

Considero que la punibilidad es la amenaza de la aplicación de una sanción que el legislador establece al contemplar acciones u omisiones constitutivas de delito en la descripción legal, protegiendo así el bien jurídico.

Tal concepto para que sea jurídicamente válido, de acuerdo al estudioso Luis Rodríguez Manzanera, debe establecerse conforme a los ordenamientos jurídicos, esto es, se ve legitimada la

---

<sup>37</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, citada por Raúl Plascencia Villanueva. Ob. Cit. Nota 7. Pág. 180.

<sup>38</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, citada por Raúl Plascencia Villanueva. Ob. Cit. Nota 7. Pág. 181.

<sup>39</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, Ob. Cit. Nota 1. Pág. 275.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, Ob. Cit. Nota 36. Pág. 88.

punibilidad, toda vez que el estado tiene la tutela de los intereses sociales, cuya finalidad principal es la prevención del delito mediante el temor a la amenaza contemplada en la ley por el legislador, quien es el único facultado para establecerla.<sup>41</sup>

De lo anterior se desprende, la importancia de la punibilidad, si un tipo penal no contempla una sanción, no hay protección y el bien jurídico queda desprotegido, tal es el caso del tipo penal que marca el artículo 206 de la Ley de Amparo, donde para efectos de la sanción remite al Código Penal Federal, donde no existe tal mención, lo que lleva al juzgador a la imposibilidad de castigar tal evento.

El juriconsulto Raúl Plascencia Villanueva, contempla que la punición lleva un sufrimiento implícito para el autor de la conducta típica, mismo que debe encontrarse sustentado en la norma jurídica; previsto por el principio de derecho *nulla poena sine lege*, el cual debe prevalecer en el momento de la ejecución de la pena.<sup>42</sup> Tal principio, se ve contemplado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 14, segundo párrafo, que a la letra dice:

“...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...”

Precepto legal de donde se deriva el principio *nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege certa*, el cual es traducible como el que no puede haber delito sin pena, ni pena sin ley específica y concreta para el hecho de que se trate.

Para el autor Luis Rodríguez Manzanera los principios rectores de la punibilidad, son:

a) *Principio de necesidad*. Antes de legislar se deben agotar las medidas de prevención que pudieran existir. La amenaza debe ser el último recurso para prevenir la conducta, es decir, ésta debe ser indispensable para que la norma penal sea creada.

<sup>41</sup> Ibídem Págs. 89 y ss.

<sup>42</sup> PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Ob. Cit. Nota 7. Pág. 179.

b) *Principio de generalidad*. Ley es una disposición que obliga a todos, porque trata de un interés común, y tiene como carácter esencial la generalidad, lo que significa que la amenaza contemplada en ella se dirige contra todo aquel que vulnere la ley.

c) *Principio de abstracción*. Las leyes que rigen la materia penal, como las que rigen cualquiera otra rama del derecho, están en constante evolución; por tal motivo se aplica la ley vigente en la fecha en que se cometió el delito.

d) *Principio de monopolio del ius puniendi*. La punibilidad es exclusiva del poder legislativo, por lo que el juzgador no puede crearla y mucho menos los particulares.<sup>43</sup>

De lo anterior, concluyo que la punibilidad creada por el poder legislativo, para llevar el carácter de legal, se debe imponer conforme a la norma en tutela de los bienes jurídicos protegidos por el estado. Ahora bien, que si el legislador omite establecer la intimidación mediante el anuncio de la imposición de un castigo al sujeto autor de determinada conducta es incuestionable que tal podría efectuarse sin convertirse el sujeto activo en acreedor de una sanción, esto conforme al principio *nullum poena sine lege*, lo que se denomina delito sin punibilidad.

Octavio Orellana Wiarco, menciona la punibilidad se ha entendido como elemento del delito y asimismo como consecuencia del mismo, se comparte la segunda postura, esto es la conducta es sancionable ya que lesiona un interés jurídicamente protegido, pero no es delito precisamente por ser punible; es decir, la acción u omisión típicas, no adquieren la calidad de delito por encontrarse sancionadas por la norma.<sup>44</sup>

El Código Penal Federal contempla a la punibilidad como consecuencia del delito, no como elemento del mismo, la voluntad del legislador es la de recoger al delito, en sus diversas etapas, y sancionarlo como medida ejemplar, y así otorgar seguridad jurídica al gobernado, según comentario del jurista Eduardo García Maynés.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, Ob. Cit. Nota 36. Pág. 90 y s.

<sup>44</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio, Curso de derecho penal, parte general, Editorial Porrúa, México 1999. Pág. 45 y ss.

<sup>45</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 50ª edición. México 1999. Pág. 295.

## MARCO LEGAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO

### PRINCIPIO DE LEGALIDAD, ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es complejo ya que contempla la irretroactividad de la ley, la garantía de audiencia, la legalidad en materia judicial civil, y judicial administrativa y la exacta aplicación de la ley penal.

Para los efectos de la investigación planteada sólo entrare al estudio de la garantía contemplada en el tercero párrafo del artículo al principio en mencionado y que la a letra dice: *“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no sea decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata...”*

El doctrinario Ignacio Burgoa, refiere que tal principio de legalidad implica *nulla poena, nullum delictum sine lege*, principio que marca dos aspectos, los delitos y las penas, es decir, que para que un hecho sea considerado como delito debe la ley penal establecer una sanción concreta y precisa para tal actividad, por lo que se debe dar la exacta aplicación de la ley, tal precepto se vulnerará en el caso de que le sea aplicado a una persona una pena que no se atribuye por la ley directa y expresamente a un delito determinado.<sup>46</sup>

De lo anterior se colige que un hecho se encuentre catalogado como ilícito por ordenamiento jurídico, sin embargo no contemple pena o sanción alguna que se le ha de imponer a tal sujeto activo, por lo que la autoridad no puede destinar el castigo ya que quebrantaría tal garantía individual.

En ponencia del teórico Miguel Carbonell el párrafo en cita se divide en la reserva de la ley en materia penal, el principio de taxatividad penal y la prohibición de imponer sanción por analogía y mayoría de razón. En cuanto al primer aspecto explica el legislador recurre a dos consecuencias, por un lado no permite la intervención de fuentes subordinadas a la ley o sublegislativas, por otra

<sup>46</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las garantías individuales. 36ª edición. Editorial Porrúa. México. 2003. Pág. 529.

parte se limita al mismo legislador a reenviar la disciplina de esas materias a otras fuentes distintas a la ley, de lo que se desprende la seguridad que otorga la Constitución de que al ciudadano se le juzgará conforme a la ley emitida por el legislador. La taxatividad consiste en la claridad, y precisión de la descripción de las conductas sancionadas por ley, por último, la prohibición de la aplicación de la interpretación por analogía y mayoría de razón.<sup>47</sup>

Para Jorge Reyes Tayabas, tal disposición no riñe con la interpretación de la ley, ya que el juzgador en el momento de aplicarla debe de desentrañar el sentido de ésta, sin llegar a la aplicación de sanciones con un criterio analógico o mayoría de razón; con el fin de otorgar seguridad jurídica a los gobernados y impidiendo arbitrariedades. Este ordenamiento no sólo atiende a la tipificación de la conducta sino que obliga al legislador a aplicar la pena que le legislador estime en la norma jurídica de forma clara y precisa.<sup>48</sup>

En conclusión, se prohíbe aplicar la analogía o mayoría de razón, como regla de creación normativa pero no como interpretación, lo que significa que el juzgador debe determinar el significado de la ley a través de los distintos métodos de interpretación del derecho, pero como ya se dijo la prohibición es relativa a la aplicación de sanciones por analogía o mayoría de razón.

La garantía legal, en estudio, exige para imponer una pena que ésta y la conducta ilícita sea prevista por una ley, la cual debe ser exactamente aplicable al delito en trato, esto es que la interpretación de la ley no debe ser restrictiva, ni extensiva si no declarativa de la voluntad del legislador.

## ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO

El origen del artículo 206 de la Ley de Amparo se encuentra en el numeral 107, fracción XVII, de la Constitución Política de los Estados

---

<sup>47</sup> CARBONELL, Miguel. Los Derechos Fundamentales de México. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2004. Pág. 675.

<sup>48</sup> REYES TAYABAS, Jorge. Derecho Constitucional aplicado a la especialización en amparo, 5ª edición, Editorial Themis S. A. de C. V. México. 2000. Pág. 75 y ss.

Unidos Mexicanos al estipular que se consignará a la autoridad responsable que no suspenda el acto reclamado debiendo hacerlo.

El numeral en estudio, en este capítulo, cita:

*“...La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra...”*

Del análisis de estos se desprende que los elementos del tipo de desobediencia a la suspensión son los siguientes:

- a) La existencia de un auto de suspensión.
- b) La notificación de tal auto, sin este requisito la autoridad considerada como responsable no incurriría en delito alguno.
- c) La rebeldía de la autoridad responsable ante el cumplimiento de la suspensión.

El tipo penal en cuestión describe perfectamente la conducta que se considera como delito y para efectos de la sanción remite al Código Penal Federal, lo que hasta el momento una táctica legislativa, en la que el legislador implica el tipo pena en la ley de la materia, y remite a otro ordenamiento para su sanción. La punibilidad como consecuencia de la conducta ilícita lleva a la búsqueda de la penalidad que se le presupone a la descripción anteriormente citada.

Alberto del Castillo del Valle explica que es inadmisibles que una autoridad que ha sido señalada como responsable en el amparo, se atreva a no cumplir con las resoluciones del juez federal, en la especie, la referente a la suspensión del acto reclamado, ya que tal medida tiene por objeto evitar la consumación de actos que vulneren las garantías individuales consagradas en la Constitución Federal y al no cumplirse se dejaría sin materia el juicio de garantías.<sup>49</sup>

La amenaza de sancionar a la autoridad responsable que no suspenda el acto reclamado pretende no se realice afectación alguna

<sup>49</sup> DEL CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO. Ley de Amparo. 4ª edición. Editorial Ángel Editor. México. 2002. Pág. 389.

al particular; además se castiga el dolo con el que actúa esta autoridad, ya que el auto de suspensión le fue notificado.<sup>50</sup>

Para César Augusto Osorio Nieto, el bien jurídico protegido es el respeto y obediencia a las resoluciones que conozca del juicio de garantías así como la efectividad de tales resoluciones; considera al delito como intencional, es decir, que no admite culpa, se sigue de oficio y el resultado es el incumplimiento.<sup>51</sup>

En contrario al autor anteriormente citado, el bien jurídico que protege el numeral en estudio es la seguridad jurídica de los ciudadanos, y cuyo resultado es la violación de garantías; pues aunque no se haya resuelto la constitucionalidad del acto, el agraviado tiene el derecho a que se le mantenga en estado de suspensión el acto que reclama.

Esto no irrumpe con el principio de unidad típica de la ley, colocando la conducta en una ley especial y la sanción en otro ordenamiento.

#### **PRESUPUESTOS DEL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 215 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL**

En este artículo se prevén los excesos y defectos de los servidores públicos, por lo que la tendencia es tipificar las conductas del empleado de la administración pública que se propase, atropelle, viole o fuerce a un ciudadano, rebasando las atribuciones que le otorga la ley.

El artículo 215, marca las conductas que deberán sancionarse por el delito de abuso de autoridad, por lo que dice:

*“...cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:*

I. Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto;

<sup>50</sup> PÉREZ DAYÁN, Alberto. Ley de Amparo. 12ª edición. Editorial Porrúa. México. 2000. Pág. 648.

<sup>51</sup> OSORIO Y NIETO, César Augusto. Delitos federales, 5ª edición, revisada, corregida y actualizada. 2001. Editorial Porrúa. México, Pág. 198.

II. Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare;

III. Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud;

IV. Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley;

V. Cuando el encargado de una fuerza pública, requerida legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dárselo;

VI. Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos que, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente; niegue que está detenida, si lo estuviere; o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente;

VII. Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones;

VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente.

IX. Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio;

X. Cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier



otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado;

XI. Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación;

XII. Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación;

XII. Obligar al inculcado a declarar, usando la incomunicación, la intimidación o la tortura, y

XIV. Obligar a declarar a las personas que se mencionan en el artículo 243 Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, acerca de la información obtenida con motivo del desempeño de su actividad.

Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones I a V y X a XII, se le impondrá de uno a ocho años de prisión, de cincuenta hasta trescientos días multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Igual sanción se impondrá a las personas que acepten los nombramientos, contrataciones o identificaciones a que se refieren las fracciones X a XII.

*Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones VI a IX, XIII y XIV, se le impondrá de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos...*

No es necesario que la conducta de desobediencia deba encuadrar a alguna de las hipótesis citadas, dado que la descripción ya se encuentra descrita, y el legislador sólo se remite a este artículo para sancionar tal conducta.

Sin embargo de la lectura del numeral se percibe que en ningun-

na de las hipótesis que se mencionan se hace referencia a la sanción que merece la desobediencia de la autoridad responsable del auto de suspensión, demostrando, la falta de punibilidad de tal tipo penal, ya que se marcan dos sanciones según el ilícito cometido, por lo que aplicar cualquiera de éstas a la conducta descrita el juzgador se encontraría violando la garantía de exacta aplicación a la ley penal.

Retomando la garantía de exacta aplicación de la ley, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su párrafo tercero refiere que un hecho que no se encuentre tipificado en la ley como delito, no puede conducir a la imposición de una pena, porque toda sanción a una conducta ilícita debe encontrarse prevista en la norma jurídica.

## MARCO TEÓRICO DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO Y DIRECTO

### JUICIO DE AMPARO

Ignacio Burgoa prevé como esencial finalidad del juicio de garantías la protección de las garantías del gobernado y el régimen competencial entre las autoridades federales y las de los Estados; por lo que el control de la constitución y protección del gobernado frente al poder público son objetivos inseparables de tal juicio.<sup>52</sup>

Por su parte, Genaro Góngora Pimentel menciona el Juicio de Amparo es un medio procesal constitucional del ordenamiento jurídico mexicano, cuyo objeto específico es hacer real, eficaz y práctica, las garantías individuales establecidas en la Carta Magna, buscando restringir los actos de todas las autoridades sin distinción de rango, cuando violen dichas garantías. Está regulado por la Carta Fundamental y la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo. 40ª edición. Editorial Porrúa. México. 2004 Pág. 144.

<sup>53</sup> GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David. La apariencia del buen derecho, serie de debates. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 1996. Pág. 151.

Por lo anterior, el Juicio de Amparo es un instrumento jurídico que se encarga de mantener la vigencia de la Constitución, garantizar el ordenamiento legal, y la protección de los derechos humanos.

### SIGNIFICADO Y DEFINICIÓN DEL JUICIO DE AMPARO

El estudioso Alberto del Castillo del Valle define, al Juicio de Amparo como: *“es un proceso de defensa constitucional que se ventila ante los tribunales federales, previa la instancia de parte agraviada, en que se dicta una sentencia que surte efectos exclusivamente en la esfera jurídica de quien participa en ese juicio”*<sup>54</sup>

Para el autor Jean Claude Tron Petit el Juicio de Amparo: *“se ha revelado como una de las ramas del derecho procesal constitucional que a la par de las controversias constitucionales. Las acciones de inconstitucionalidad y la materia electoral, es un medio jurídico de protección, tutela y preservación de la constitucionalidad”*.<sup>55</sup>

Para el jurista Óscar Barrera Garza el amparo: *“es un medio de defensa legal que tiene el gobernado, mismo que opera a instancia de parte agraviada y en función de su interés jurídico, después de agotarlos recursos ordinarios que conforme a derecho procedan, contra acto de autoridad sea ésta de facto o de jure, siempre y cuando con su forma de actuar vulnere o restrinja alguna garantía constitucional.”*<sup>56</sup>

En conclusión, el Juicio de Amparo es un instrumento jurídico que tutela el orden jurídico nacional, actuando contra las violaciones realizadas por cualquier autoridad que afecten el goce de las garantías individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### NATURALEZA Y OBJETO DEL JUICIO DE AMPARO

Se ha confundido el amparo como un recurso en lugar de cómo juicio que es; situación que será aclarada en este apartado, inicián-

<sup>54</sup> DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Ob. Cit. Nota 49. Pág. 48.

<sup>55</sup> TRON PETIT, Jean Claude. Manual de los incidentes del Juicio de Amparo. 3ª edición. editorial Themis, México. 2002. Pág. 3.

<sup>56</sup> BARRERA GARZA, Óscar. Compendio de amparo. Editorial McGraw-Hill Interamericana editores S. A. de C. V. México 2002. Pág. 22.

do por establecer que el recurso, ya que de su estricto sentido literal significa ver otra vez; es la última opción de una persona condenada a juicio para poder acudir a otra juzgador u órgano jurisdiccional, solicitando la enmienda del agravio que se cree haberse hecho.

Ignacio Burgoa dice: *“el recurso es un medio para prolongar un juicio o proceso ya iniciado, y su objeto consiste, precisamente, en revisar la resolución o proveídos por él atacados, sea confirmándolos, modificándolos o revocándolos”*.<sup>57</sup>

El Manual del Juicio de Amparo editado por la Suprema Corte, coincide en señalar que el recurso es volver a dar curso al conflicto, por lo que ante la autoridad que resuelve asisten las mismas partes que contendieron ante el inferior, a pedirle que analice por segunda vez si la resolución se ajusta a la ley correspondiente, y si es el caso modifique la determinación en desacuerdo.<sup>58</sup>

De lo anterior, se desprende que se presupone un procedimiento, en el cual se haya dictado resolución o proveído impugnados, por lo que su interposición es ante un segundo o tercer juzgador o instancia ante órganos superiores jerárquicamente con el fin de que éstos revisen el proveído atacado. Es decir, el superior sustituye al inferior quien actúa como el segundo de los citados debía hacerlo.

El recurso tiene como finalidad revisar el acto reclamado, en cuanto a su procedencia y congruencia legal, el objetivo que se persigue es el mismo que la defensa o la acción iniciales. Este se considera un medio de control de legalidad. Además en la substantiación de éste los sujetos activo y pasivo son los mismos que en primera instancia.

El amparo en cambio pretende señalar si existen violaciones a la Ley Fundamental, por lo que se considera un medio de control constitucional, pretende subsanar las violaciones cometidas en perjuicio del gobernado contra la constitución. El demandado es la

<sup>57</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 178.

<sup>58</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Manual del Juicio de Amparo. 2ª edición. Editorial Themis S. A. De C. V. México. 1994. Pág. 12.

autoridad responsable quien debe contestar la demanda, ofrecer pruebas, alegatos, símil a un procesado de derecho común.

Esto es, el conflicto a resolver es si la conducta de la parte demandada, que lo es el que fungía como juzgador, contraviene a la Carta Magna; no hay sustitución de autoridades y el órgano de control ordena a la autoridad responsable que corrija su conducta si la declara inconstitucional.

De lo expuesto, es de concluir que el Juicio de Amparo es un procedimiento autónomo cuyo objeto es lograr proteger la constitucionalidad a través de una contienda entre el gobernado y el gobernante; situación por lo que es correcto denominar al amparo juicio.

Continúa en estudio el objeto o fin del Juicio de Amparo; al respecto, el jurista Barrera Garza agrega: el objeto principal del Juicio de Amparo es hacer respetar la constitución y las leyes secundarias, asimismo frenar los abusos del poder público por lo que es necesario que se vean afectados intereses jurídicos de particulares por parte de una autoridad cuando existe una relación de supra a subordinación. Por lo que relación a la competencia de esferas entre la Federación y los Estados, además de proteger intereses de particulares, procura la no usurpación de funciones entre entidades.<sup>59</sup>

De acuerdo con el autor en cita, asevero que de la invasión de las esferas de competencia entre entidades debe haber una afectación a un particular, mismo que será el promover el amparo, para que éste proceda; ya que la finalidad de éste es proteger al gobernado de abusos de actos de autoridad.

Por otro lado, escribe el autor Jean Claude Tron Petit, el objetivo específico del Juicio de Amparo radica en la restitución al quejoso en el pleno goce de la garantía violada a través de la sentencia.<sup>60</sup>

Se advierte que el autor Óscar Barrera Garza disiente de lo sustentado con Tron Petit al establecer que el objeto es referente al tipo de controversias que los tribunales federales deben resolver a

<sup>59</sup> BARRERA GARZA, Óscar. Ob. Cit. Nota 56. Pág. 22.

<sup>60</sup> TRON PETIT, Jean Claude. Ob. Cit. Nota 55. Pág. 11.

través de amparo, mientras que el fin se relaciona con la sentencia; esto es, cuando el quejoso interpone su demanda la pretensión que se persigue es la de obtener un fallo favorable a su interés y con ello evitar o restituir la violación a las garantías que la Constitución Federal contempla.<sup>61</sup>

Por otro lado el artículo 80 de la en cita es clara cuando precisa: “...la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada...”.

Así las cosas, el fin u objeto primordial del Juicio de Amparo lo es salvaguardar el goce de las garantías consagradas en la Ley Suprema.

Concluyendo, el motivo con que se solicita el Juicio de Amparo es obtener la restauración del daño ocasionado por tal violación a las garantías constitucionales o bien evitar tal infracción, cumpliendo como medio de control constitucional que es.

## PARTES EN EL JUICIO DE AMPARO

El Diccionario de la Real Academia Española establece que la palabra parte proviene del latín *pars*, *partis* lo que significa porción indeterminada de un todo.

El Diccionario jurídico mexicano dice: “Se denomina parte a las personas que adquieren derechos y obligaciones que nacen de una determinada relación jurídica que ellos crean. Cuando asume la posición activa se le denomina acreedor, y es deudor cuando asume la posición pasiva.”<sup>62</sup>

Conforme a lo citado por el Manual del Juicio de Amparo publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *parte*, en general, es la persona que, teniendo intervención en un juicio, ejercita en él una acción, opone una excepción o interpone un recurso.”<sup>63</sup>

Alberto del Castillo del Valle, dice que parte procesal “es la persona que interviene en un juicio, en defensa de un interés propio, que se encuentre en litigio, procurando el dictado de una sentencia definitiva que le reconozca ese derecho y se condene a la contraria a respetarlo”<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> BARRERA GARZA, Óscar. Ob. Cit. Nota 56. Págs. 22 y 23.

<sup>62</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Diccionario Jurídico Mexicano, 6ª edición 1993. Editorial Porrúa. México. Pág. 2328.

<sup>63</sup> Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Ob. Cit. Nota 58. Pág. 21.

<sup>64</sup> DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Ob. Cit. Nota 49. Pág. 108.

Afirmo que el término *parte* en el proceso se describe como la persona con una relación jurídica en el juicio quien pretende salvaguardar sus intereses mediante una resolución judicial.

Para los efectos del amparo, el artículo 5, de la multicitada ley, señala quienes son partes en el mismo, siendo:

- I. El agraviado o agraviados;
- II. La autoridad o autoridades responsables;
- III. El tercero o terceros perjudicados, y
- IV. El Ministerio Público Federal.

Para el jurista Óscar Barrera Garza, el agraviado, también llamado quejoso, es una persona, indistintamente física o moral, titular de la acción, quien estima se han visto afectadas sus garantías constitucionales por lo autoridad; sin importar, con relación a las personas físicas, sexo, nacionalidad, estado civil y edad. Las personas morales privadas podrán pedir amparo por medio de sus legítimos representantes.<sup>65</sup>

El Manual del Juicio de Amparo publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice que el agraviado: “*es quien demanda la protección de la Justicia Federal, lo que equivale a un juicio ordinario, al actor.*”<sup>66</sup>

En conclusión, quejoso es la persona quien promueve el juicio de garantías por sentirse afectado, por actos de autoridad, en sus garantías individuales.

El diccionario de la Real Academia Española define *autoridad*, proviene del latín *auctoritas*, *atis*, que quiere decir “*poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho*”

El jurisconsulto Rafael de Pina Vara, dice: “*la autoridad potestad legal conferida y recibida para ejercer una función pública, para dictar al efecto resoluciones cuya obediencia es indeclinable bajo la amenaza de una sanción y la posibilidad legal de su ejecución forzosa en caso necesario*”<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> BARRERA GARZA, Óscar. Ob. Cit. Nota 56. Pág. 34.

<sup>66</sup> Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Ob. Cit. Nota 58. Pág. 22.

<sup>67</sup> BARRERA GARZA, Óscar. Ob. Cit. Nota 56. Pág. 37.

Ahora para efectos del Juicio de Amparo, el Manual del Juicio de Amparo publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación conceptualiza a la autoridad responsable, *“es la contraparte la cual se demanda la protección de la justicia federal, es el órgano del Estado, que forma parte de su gobierno, de quien proviene el acto que se reclama, que se impugna por estimar el quejoso que lesiona las garantías individuales o que transgrede en su detrimento el campo de competencias que la Carta Magna delimita a la Federación y a sus Estados miembros; esto es, que rebasa las atribuciones que respecto de una y otros la Constitución ha precisado”*<sup>68</sup>.

La ley de la materia, en el artículo 11, manifiesta: *“...es la autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado...”*

Con base en lo anterior, sostengo que la autoridad responsable es quien actúa con la facultad, que le otorga la ley, de decisión afectando las garantías individuales de los gobernados, esto es desbordando los límites establecidos constitucionalmente para quienes ejercen la función pública, es decir, de ninguna manera podrá ser ésta un particular.

Ahora bien, existen distintas clases de autoridades, conforme al estudioso Alberto del Castillo del Valle se clasifican así:

a) Autoridades ordenadoras (confieren la orden del acto reclamado) y ejecutoras (materializan el acto).

b) Autoridades de iure o de derecho (la ley las contempla como tales) y de facto (ejercen funciones de autoridad pero no están contempladas en la ley).

c) Autoridades locales y foráneas.<sup>69</sup>

Por otro lado, el autor Óscar Barrera Garza sólo refiere dos, y son:

a) Autoridades ordenadoras. Crean los derechos y obligaciones a través de un mandato.

b) Autoridades ejecutoras. Llevan a la práctica el mandato de las ordenadoras.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Ob. Cit. Nota 58. Pág. 24.

<sup>69</sup> DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Ob. Cit. Nota 49. Pág. 118.

<sup>70</sup> BARRERA GARZA, Óscar. Ob. Cit. Nota 56. Pág. 39.



En resumen, en el Juicio de Amparo se le reprocha el acto en primer término a quien otorga, a través de mandamiento, la facultad para efectuar determinada acción, en otras palabras, ordena la ejecución del acto reclamado, cuya denominación es la de autoridades ordenadoras; de tal forma que la autoridad que materializa la orden adquiere la Posición de autoridad ejecutora.

Al tercero perjudicado, lo describe el Manual del Juicio de Amparo publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como: *“quien resulta beneficiado con el acto que el quejoso impugna en el Juicio de Amparo y tiene, por lo mismo, interés en que tal acto subsista y no sea destruido por la sentencia que el mencionado juicio pronuncie.”*<sup>71</sup>

La postura del jurista Óscar Barrera Garza respecto del tercero perjudicado la representa con la idea de que: *“es la parte que resulta favorecida con la resolución que ahora el quejoso o agraviado impugna al promover el amparo, y por lo mismo tiene interés jurídico en que dicho acto prevalezca al dictar sentencia el órgano jurisdiccional.”*<sup>72</sup>

En mi opinión, como ya se dijo, el tercero perjudicado es la parte procesal que tiene interés jurídico, es decir, a quien le favorece el acto reclamado, cuya pretensión es la nula declaración de inconstitucionalidad del acto reclamado.

Por su parte, el artículo 5º, fracción III, incisos a), b) y c) señala quienes pueden intervenir en el carácter de tercero perjudicado, y a la letra, de la Ley de Amparo dice:

“Artículo 5:

a) La contraparte del agraviado cuando el acto reclamado emana de un juicio o controversia que no sea del orden penal, o cualquiera de las partes en el mismo juicio cuando el amparo sea promovido por persona extraña al procedimiento;

b) El ofendido o las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, en su caso, en los juicios de amparo promovidos contra actos judiciales del orden penal, siem-

<sup>71</sup> Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Ob. Cit. Nota 58. Pág. 26.

<sup>72</sup> BARRERA GARZA, Óscar. Ob. Cit. Nota 56. Pág. 35.

pre que éstas afecten dicha reparación o responsabilidad; y

c) *La persona o personas que hayan gestionado en su favor el acto contra el que se pide amparo, cuando se trate de providencias dictadas por autoridades distintas de la judicial o del trabajo; o que, sin haberlo gestionado, tengan interés directo en la subsistencia del acto reclamado...*"

De lo anterior se desprende que actúan en carácter de tercero perjudicado, la contra parte del agraviado cuando no se trate de un juicio penal, el ofendido que tiene derecho a la reparación del daño y las personas que tengan interés en la subsistencia del acto reclamado, emanando de autoridades no judiciales o del trabajo.

Por último, en cuanto a las partes del Juicio de Amparo, el doctrinario Óscar Barrera Garza, esgrime que el Ministerio Público, quien defiende los intereses públicos, sólo intervendrá cuando se ven afectados dichos intereses, quien podrá intervenir en todos los juicios e interponer los recursos que señala la Ley de Amparo. Sin embargo, tratándose de amparos indirectos en materias civil y mercantil, en que sólo afecten intereses particulares, excluyendo la materia familiar, éste no podrá interponer los recursos que la ley citada señala; es lo que explica el jurista.<sup>73</sup>

El Ministerio Público Federal, según Alberto del Castillo del Valle, participa en el juicio de garantías a través de un pedimento, donde define su postura en cuanto a la concesión o repulsa del amparo siempre y cuando haya afectación al interés público según su criterio.<sup>74</sup>

La función concreta de ésta autoridad en dicho juicio se encuentra establecida en los siguientes artículos:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 107:"... XV. *El Procurador General de la República o el Agente del Ministerio Público Federal que al efecto designare, será parte en todos los juicios de amparo; pero podrán abstenerse de intervenir en dichos juicios, cuando el caso de que se trate carezca a su juicio, de interés público...*"

<sup>73</sup> BARRERA GARZA, Óscar. Ob. Cit. Nota 56. Pág. 46.

<sup>74</sup> DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Ob. Cit. Nota 49. Pág. 124.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículo 4: "... II Vigilar la observancia de la constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las atribuciones que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas. En ejercicio de esta atribución el Ministerio Público de la Federación deberá:

a) Intervenir como parte en el Juicio de Amparo, en los términos previstos por el artículo 107 constitucional y en los demás casos en que la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponga o autorice esta intervención;"

En resumen de lo transcrito, el Ministerio Público de la Federación, es una institución de buena fe, quien vela por los intereses de la sociedad o del Estado, lo que significa, que intervendrá éste en el amparo siempre y cuando exista una infracción para los intereses que tutela, por lo que es una parte procesal en el juicio de garantías; además vigila el respeto de los principios de constitucionalidad y legalidad.

## TIPOS DE JUICIOS DE AMPARO

Existen dos tipos de Juicio de Amparo, el llamado indirecto y el directo. El primero de ellos es el que se tramita ante un Juez de Distrito a través de una demanda de amparo que es presentada ante el mismo.

El amparo indirecto se ocupa de actos de autoridad que no son impugnables mediante otro recurso previsto en ley o actos de autoridad que implican violaciones directas a la Constitución Federal.

El Juicio de Amparo directo es el Juicio de Amparo que se ocupa de revisar la legalidad o bien la constitucionalidad de una sentencia dictada por un tribunal. Esto es, una vez agotados los recursos ordinarios para la revisión de una sentencia que resuelve en lo principal el juicio, el particular podrá impugnar la sentencia dictada por el tribunal ante un tribunal colegiado de circuito.

La diferencia del Juicio de Amparo indirecto, del amparo directo es que se inicia mediante la interposición de una demanda ante el tribunal que dictó la sentencia que se pretende impugnar.

## PRINCIPIOS DEL JUICIO DE AMPARO

La doctrina menciona una serie de principios que reconocen la esencia de esta institución, con el fin de explicar su naturaleza y alcance, regulando la preparación y procedencia de tal juicio.

José Antonio García Becerra coincidiendo con lo que menciona la Suprema Corte de Justicia de la Nación, enumeran los siguientes principios:

1) *Principio de iniciativa o instancia de parte*. Implica que quien ejercita la acción de amparo sólo incumbe a la persona física o moral que ha sido afectada por un acto de autoridad, lo que significa que la autoridad judicial no actuara de oficio, así tampoco podrá ser promovido por persona que no tenga interés jurídico para hacerlo, según el criterio de Humberto Ruiz Torres.<sup>75</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que con el carácter de juicio sólo puede surgir a la vida jurídica cuando se ejercita la acción por la persona que se considera agraviada, situación que para el caso es la acción constitucional del gobernado.<sup>76</sup>

Es de concluir que el Juicio de Amparo no se tramitará de oficio por alguna autoridad judicial, ya que sólo será por petición del propio afectado, su apoderado o representante legal o por cualquier otra persona pero sólo en los casos en que el afectado esté privado de su libertad personal.

2) *Principio de existencia de un agravio personal directo*. Para el jurista Ruiz Torres tres son los elementos de estudio, comenzando por la expresión *agravio*, que es la ofensa o perjuicio que se hace a alguien en sus intereses.<sup>77</sup>

En cuanto a la característica de personal, significa que tal agravio debe afectar al titular del derecho; finalmente tal lesión debe ser pasada, presente o futura inminente.

Conforme a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el agravio se entiende como cualquier menoscabo, ofensa a la persona

---

<sup>75</sup> RUIZ TORRES, Humberto Enrique. Curso General de Amparo. Editorial OIxford. 2006. México. Pág. 122.

<sup>76</sup> Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Ob. Cit. Nota 58. Pág. 31.

<sup>77</sup> RUIZ TORRES, Humberto. Ob. Cit. Nota 75. Pág. 128.

física o moral, que puede ser patrimonial o no, siempre que sea material; el cual debe recaer en una persona determinada, y de ninguna manera será abstracto, genérico y ser de realización pasada, presente o inminente, por lo que los hechos probables no son materia de amparo.<sup>78</sup>

Lo anterior nos lleva a concluir, que sólo podrá solicitar amparo quien sea el titular del derecho subjetivo que se considere afectado por el acto de autoridad que sea pasado, presente futuro inminente.

3) *Principio de definitividad del acto reclamado.* En palabras de Humberto Ruiz Torres el quejoso debe hacer validos en tiempo y forma los recursos posibles y medios de defensa ordinarios a través de los cuales el acto reclamado pueda ser modificado, revocado o nulificado.<sup>79</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación cita que al amparo se acude sólo cuando previamente se hayan agotado los recursos previstos por la ley ordinaria y que puedan modificar, revocar o anular el acto que vaya a reclamarse.<sup>80</sup>

Desde mi punto de vista el Juicio de Amparo es de proceder cuando contra el acto de autoridad, no esté previsto ningún recurso o medio de defensa legal, o bien cuando, se hayan agotado previamente a la solicitud del amparo.

Este principio admite diversas excepciones, por ejemplo: en materia administrativa, cuando la ley que rija el acto reclamado, no prevea la suspensión del mismo o para suspenderlo pida requisitos mayores que la Ley de Amparo; cuando el acto reclamado no esté fundado y por ello no pueda saberse qué medio ordinario de defensa se debía agotar; contra actos que afecten a terceros extraños a juicio.<sup>81</sup>

4) *Principio de la relatividad de la sentencia de amparo.* También se le conoce como formula Otero. Al respecto la Suprema Corte de

---

<sup>78</sup> Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Ob. Cit. Nota 58. Pág. 32.

<sup>79</sup> RUIZ TORRES, Humberto. Ob. Cit. Nota 75. Pág. 141.

<sup>80</sup> Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Ob. Cit. Nota 58. Pág. 34.

<sup>81</sup> Ibídem. Pág. 35.

Justicia de la Nación cita que la sentencia de amparo que lo concede, al quejoso, de tal suerte que quienes no hayan sido expresamente amparados no pueden beneficiarse con ésta aún sea declarada la inconstitucionalidad del acto reclamado.<sup>82</sup>

El jurista Ruiz Torres se refiere a que es un efecto de la sentencia que concede el amparo, consistente en que sólo se beneficiaran a quienes ejercitaron la acción constitucional; esto es los beneficios no son absolutos, ni extensivos, de manera general a todas las personas perjudicadas por el acto reclamado.<sup>83</sup>

En mi opinión y conforme a lo citado las sentencias del juicio sólo protegerán a individuos que hayan promovido el juicio, sin beneficiar a nadie más, y el acto quedará invalidado sólo para el quejoso que así lo haya pedido, pero no se hará ninguna declaración general sobre la ley o acto impugnado.

5) *Principio de estricto derecho*. El juez debe ser concreto en el estudio de la constitucionalidad del acto reclamado, a la luz de los argumentos externados en los conceptos de violación expresados en la demanda según lo que menciona el alto Tribunal de la Nación.<sup>84</sup>

Por su parte Humberto Ruiz Torres escribe que es una obligación del juzgador de amparo, analizar los conceptos de violación precisados tal y como fueron en el escrito de demanda.<sup>85</sup>

Al respecto entiendo que la sentencia del juicio se limitará a resolver las cuestiones propuestas en los conceptos de violación, sin poder abordar otras.

También admite excepciones por suplencia de la queja deficiente, ya sea respecto a los conceptos de violación o a los agravios en el recurso de revisión, en casos como los siguientes: en materia laboral a favor sólo del trabajador; en materia penal a favor del acusado; en cualquier materia si se advierte una violación manifiesta de procedimiento que haya dejado sin defensa al quejoso; en

---

<sup>82</sup> Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Ob. Cit. Nota 58. Pág. 33.

<sup>83</sup> RUIZ TORRES, Humberto. Ob. Cit. Nota 75. Pág. 157.

<sup>84</sup> Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Ob. Cit. Nota 58. Pág. 40.

<sup>85</sup> RUIZ TORRES, Humberto. Ob. Cit. Nota 75. Pág. 144.

materia familiar a favor de menores o incapacitados. A ésta suele denominarse como un principio adicional del juicio de garantías.<sup>86</sup>

### SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO

Carlos Arellano García define a la suspensión como: *“La institución jurídica, cuya virtud, la autoridad competente para ello, ordena detener temporalmente la realización del acto reclamado en el Juicio de Amparo hasta que legalmente se pueda continuar tal acto o hasta que se decrete la inconstitucionalidad del acto reclamado en sentencia ejecutoriada”*<sup>87</sup>.

Por otro lado Oscar Barrera Garza señala *“la suspensión es la cesación temporal del acto reclamado, es decir, la paralización del acto que se impugna de inconstitucional por la autoridad competente, para el efecto que si aún no se ha efectuado, no se realice, por lo que las cosas deberán mantenerse en el estado en que se encuentran, y así evitar que se continúen vulnerando las garantías individuales del gobernado.”*<sup>88</sup>

De lo anterior, comprendo que el incidente de suspensión es una figura procesal de gran importancia y sirve para detener o impedir, cautelarmente, la ejecución de los actos que se reclaman de las autoridades señaladas como responsables en un Juicio de Amparo. Sirve para conservar la materia objeto del juicio, cuya finalidad es lograr la restitución en el goce del derecho fundamental violado o estimado conculcado por el gobernado al formular la demanda; por lo que es utilizada como medida cautelar.

Por su parte el investigador Héctor Fix Zamudio define a las medidas cautelares como: *“los instrumentos que puede decretar el juzgador a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso”*<sup>89</sup>.

De acuerdo al criterio del jurista Ignacio Burgoa la suspensión del acto reclamado es una condición *sine qua non*, para mantener

<sup>86</sup> Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Ob. Cit. Nota 58. Pág. 41.

<sup>87</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Práctica forense del Juicio de Amparo*. 12ª edición. Editorial Porrúa. México. 1998. Pág.554.

<sup>88</sup> BARRERA GARZA, Óscar. Ob. Cit. Nota 56. Pág. 220.

<sup>89</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, citado por Genaro David Góngora Pimentel Ob. Cit. Nota 69. Pág.80.

viva la materia del amparo. Además aclara que ésta no tiene efectos restitutorios, es decir, no pretende que el disfrute de los derechos que se presumen violados, dado que la sentencia es la encargada de otorgar al quejoso la protección federal y así restituir en el goce de la garantía violada al quejosos, por lo que la suspensión sólo paraliza temporalmente el acto reclamado con la finalidad de evitar consecuencias de difícil o imposible reparación.<sup>90</sup>

En mi opinión el jurista en cita estudia el carácter que tiene la suspensión, esto es la suspensión no significa el triunfo del quejoso, además de que no se debe perder de vista que sus efectos son muy diferentes a los de la sentencia, porque la suspensión es temporal.

En la práctica, debido a la carga de trabajo que existe en los tribunales federales, el proceso de amparo no siempre es pronta y expedita, por lo que la suspensión tiene como objeto primordial mantener la materia del juicio, actuando como una medida cautelar.

Según las investigaciones de Gerardo Góngora Pimentel, las características principales de las medidas cautelares son:

1. Son provisionales.
2. Se dicta inaudita parte, esto es que se viola el principio de bilateralidad, hasta en tanto no se cumpla, se permite a la parte contraria discutir su procedencia.
3. La necesidad de proteger a un derecho.<sup>91</sup>

Dicha suspensión se estipula en el artículo 107 fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos, en donde describe las características que se deben tomar en cuenta para que sea procedente, entonces de tomará en cuenta:

- a) La naturaleza de la violación alegada,
- b) La dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público.

La ley de la materia hace regula tipos de suspensión, la de oficio y la suspensión a petición de parte agraviada, tanto en el amparo directo como en el indirecto.

<sup>90</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 706.

<sup>91</sup> GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David. Ob. Cit. Nota 53. Pág.81.



Por lo que el numeral 123 de la multicitada ley prevé que ésta procede, en el amparo indirecto:

1. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal;

2. Cuando se trate de algún otro acto, que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

Por su parte, el artículo 171, en el Juicio de Amparo directo, la suspensión procede de oficio cuando se trate de sentencias definitivas dictadas en juicios del orden penal.

Cuando los actos reclamados tengan o puedan tener por consecuencia la privación total o parcial, temporal o definitiva de los bienes agrarios del núcleo de población quejoso o su substracción del régimen jurídico ejidal. Artículo 233 de la ley en comento.

La suspensión a petición de parte agraviada en el amparo indirecto en procedente si se surte alguna de las siguientes hipótesis, según el artículo 124 de la Ley de Amparo:

- 1 Que la solicite el agraviado;

2. Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.

3. Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se le causen al agraviado por la ejecución del acto.

Por último se cita el artículo 173 de la misma ley, que dice: Cuando se trate de sentencias definitivas o de resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas en juicios del orden civil o administrativo, la suspensión se decretará a instancia del agraviado.

El estudioso Jean Claude Tron Petit explica la suspensión a petición de parte tiene dos etapas, siendo la primera de ellas la provisional, por la cual se decreta un acuerdo con carácter de temporal ante el riesgo urgente de que el acto sea ejecutado y sean evidentes los males que ocasiona al quejoso.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> TRON PETIT, Jean Claude. Ob. Cit. Nota 55. Pág. 245.

Como ya se dijo en el capítulo respectivo, y de acuerdo a lo anterior, la intención principal de pasmar o suspender el acto reclamado es la de mantener el estado de las cosas en el que se encuentran, protegiendo así los intereses por los que se combaten.

La segunda etapa, a la que se refiere en autor en invocado, de la suspensión consiste en la resolución que pone fin al incidente de suspensión, en donde si se niega la suspensión el acto reclamado, la autoridad responsable queda libre para realizar el acto reclamado, pero si por el contrario se concede los efectos se retrotraerán a la fecha que se notificó la suspensión provisional, esto siempre y cuando la naturaleza del acto lo permita.

La suspensión es importante en virtud de que previene el daño o lesión ocasionado por la responsable, interrumpiendo temporalmente la aplicación de una orden y excepcionalmente puede tener efectos restitutorios, esto es, siempre que haya riesgo de que el Juicio de Amparo se quede sin materia si se lleva a cabo el acto reclamado.

#### CUMPLIMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

Jean Claude Tron Petit establece que la suspensión es obligatoria para las partes a partir del acuerdo en donde se concede, puede existir incumplimiento por exceso o defecto cuando se retrase el cumplimiento con evasivas o procedimientos legales; cuando la autoridad responsable es conocedora de la suspensión, ésta incurre en responsabilidad penal, por otro lado, en el supuesto en que la responsable ignore tal situación, la diferencia es que no se da por parte de la responsable responsabilidad penal.<sup>93</sup>

El incumplimiento de la suspensión del acto reclamado provoca, en la mayoría de los casos, la pérdida de materia en el Juicio de Amparo, asimismo se causa un perjuicio al tercero perjudicado, mismo que puede ser de difícil o imposible reparación; por lo que el legislador al prever dicha situación crea un tipo penal para aquella autoridad responsable que debidamente notificada no obedezca un

---

<sup>93</sup> TRON PETIT, Jean Claude. Ob. Cit. Nota 55. Pág. 321.

auto de suspensión, situación denominada incidente criminal por la suspensión. Cuando la autoridad competente del amparo indirecto o directo, se percata del incumplimiento de la suspensión debe dar conocimiento al Ministerio Público con el fin sancionar tal conducta, como lo solicita la Ley de Amparo.

Para el doctrinario en cita, los requisitos de procedencia al incidente criminal por la suspensión son: la existencia de un acuerdo que suspenda el acto, una violación a dicha suspensión por parte de las autoridades, y debe constar en autos que tal medida cautelar fue desatendida, por lo que una vez cubiertos se tramitará, de oficio o a petición de parte, la denuncia a fin de que se resuelva acerca de la responsabilidad penal de las autoridades.<sup>94</sup>

El incidente criminal por la suspensión del acto reclamado se encuentra previsto en la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 107, fracción XVII.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece al respecto en la tesis de jurisprudencia:

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. QUEJA POR VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN. CUANDO SE DECLARE FUNDADA DEBERÁ DARSE VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL PARA QUE EJERCITE ACCIÓN PENAL EN CONTRA DEL SERVIDOR PÚBLICO RESPONSABLE. Conforme lo disponen los artículos 55, fracción I, y 58, fracción I, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las sentencias que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación que estimen fundado el recurso de queja por violación al auto o resolución por el que se haya concedido la suspensión de los actos impugnados en una controversia constitucional, se deberá determinar que la autoridad responsable de la violación sea sancionada en los términos establecidos en el Código Penal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto hace a la desobediencia cometida, indepen-

---

<sup>94</sup> TRON PETIT, Jean Claude. Ob. Cit. Nota 55. Pág. 330.

dientemente de cualquier otro delito en que haya incurrido; por lo que, acorde con dichos preceptos legales, deberá darse vista al Ministerio Público Federal que corresponda, con copia certificada de las constancias que integran el expediente relativo, a efecto de que ejercite en contra del servidor público responsable la acción penal correspondiente.”<sup>95</sup>

Es reconocido el tipo penal que señala la desobediencia de un auto de suspensión ya que resulta un acto de autoridad arbitrario, pues la finalidad con la que se recurre al juicio de garantías lo es la defensa de las garantías contempladas en la Carta Magna, lo que hace de gran importancia mantener en suspenso la actividad del acto reclamado hasta en tanto se defina su constitucionalidad.

En el criterio del jurista Ruiz Torres la Ley de Amparo estipula que para el cumplimiento del auto de suspensión primero debe ser notificado a las autoridades responsables para su cumplimiento, asimismo se hará saber a las demás partes, conforme al artículo 105 de la ley en comento, si la orden de suspensión no se cumpliera, el Juez de Distrito requerirá de oficio o a petición de parte, al superior inmediato de la responsable con el fin de que la obligue a cumplir sin demora tal orden de suspensión, si no tuviera superior la responsable tal requerimiento se le hará a ella. Sin embargo, no hay que perder de vista tal precepto se refiere básicamente a las sentencias que por lo que es importante establecer el procedimiento que debe seguirse para hacer valer la sanción que se propone para el ilícito cometido.<sup>96</sup>

El incidente de violación a la suspensión se tramita ante el Juez de distrito, en el amparo indirecto, toda vez que éste tiene la facultad de dar curso al mismo además de que puede promover la responsabilidad de la autoridad responsable en el caso que resulte.

El incidente de suspensión también procede cuando se demore el cumplimiento de la suspensión por evasivas o procedimientos

---

<sup>95</sup> Tesis: P/J. 70/2003, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, XVIII, Noviembre de 2003, Página: 433.

<sup>96</sup> RUIZ TORRES, Humberto. Ob. Cit. Nota 75. Pág. 645.

ilegales de la autoridad responsable o de cualquier otra que intervenga en su ejecución.

Raúl Chávez Castillo al respecto señala que el incidente de violación a la suspensión procede cuando el quejoso crea que la responsable ha realizado hechos positivos sobre los actos reclamados que han sido materia de suspensión provisional o definitiva.<sup>97</sup>

En el amparo directo el competente para conocer de tal incumplimiento lo es el Tribunal Colegiado de Circuito, aunque no en vía de incidente ya que no hay en este tipo de amparo.

La autoridad que resuelva fundado el incidente de violación a la suspensión, ordenará se le requiera a la responsable para que en un término de veinticuatro horas, acrediten el cumplimiento de la medida cautelar otorgada al quejoso, además se girará oficio al Agente del Ministerio Público de la Federación a efecto de que proceda lo estipulado por el artículo 206 de la Ley de Amparo, requiriendo dentro de setenta y dos horas informe de lo gestionado, esto a partir de que sea firme tal resolución.

En amparo directo para girar el oficio mencionado ya que no procede recurso alguno contra tal resolución no hay que esperar a que la resolución quede firme.

## MARCO LEGAL DEL JUICIO DE AMPARO

### BASES CONSTITUCIONALES DEL JUICIO DE AMPARO

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estipula cual será el objeto del juicio constitucional en su numeral 103, el cual dice:

;"Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales.

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

---

<sup>97</sup> CHÁVEZ CASTILLO, Raúl. Derecho Procesal de Amparo, Editorial Porrúa. 2004. México. Pág. 370.

III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

En el numeral citado no hace distinción entre los procedimientos que deben seguirse según la violación; solo refiere las hipótesis que hacen procedente el Juicio de Amparo.

El artículo 107 de la Constitución estipula las formas y procedimientos del amparo, ahora bien adentrarnos en el estudio de éste provocaría el desvío del objeto de estudio de la investigación, por lo que sólo será mencionado.

Las peculiaridades del proceso constitucional del Juicio de Amparo, lo cual motivo a la creación de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dónde se prevé el proceso a seguir, las autoridades competentes para conocer del Juicio de Amparo directo o indirecto, entre otras.

Como ya se dijo, la Constitución es la base de las leyes secundarias, por lo que una vez que se ha contemplado el juicio de garantías es menester ajustar el ordenamiento con el fin de conseguir regular el proceso, en cada una de sus etapas, es por eso que se describen el actuar de las leyes que intervienen en tal juicio.

La Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 107 de la Constitución Política del Estado de México, vigente es la que durante un lapso mayor ha regido el funcionamiento del Juicio de Amparo, la cual debe responder a las necesidades del sistema. El Juicio de Amparo es la institución jurídica más importante de nuestro país. El amparo ha evolucionado hasta convertirse en una compleja institución a través de la cual se cumplen funciones de protección.

Para el nacimiento de esta ley se han considerando posiciones doctrinales, la estructura de este proceso se basa en la Ley de Amparo, la misma contiene cuestiones de terminología, el proceso de los tipos de amparo, de la jurisprudencia y la responsabilidad de los servidores públicos en materia de amparo. Así mismo en el libro

segundo mantiene la estructura del Juicio de Amparo en materia agraria.

La misma Ley de Amparo prevé la aplicación del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando en esta faltare disposición alguna, esto es en el artículo segundo, último párrafo; estos de forma supletoria.

La Ley Orgánica del Poder Judicial regula la actividad de los órganos jurisdiccionales, siendo el caso que establece el alcance de los juzgadores que conocerán del Juicio de Amparo directo o indirecto.

### **PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO**

El Juicio de Amparo implica una serie de actos jurídicos realizados por el quejoso, autoridad responsable, tercero perjudicado, Ministerio Público de la Federación y el órgano jurisdiccional de control, con el fin de alcanzar una definición a través de una resolución jurídica, en la que se otorgue o niegue la protección federal, aunque también se sobresee el juicio según el caso. Así las cosas existen dos formas de sustanciar el juicio según el acto que se reclame, por lo que se describen a continuación.

#### **Amparo indirecto**

Por exclusión los asuntos que se tramitarán vía de amparo indirecto son los que no se traten de sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio. La ley de la materia en el canon 114 estipula, los Juzgados de Distrito son competentes para conocer del amparo indirecto, también conocido, como lo llama el autor Ignacio Burgoa Orihuela, bi-instancial o mediato, porque el vínculo que estrecha a los integrantes partícipes se unen por conducto de intermediario.<sup>98</sup>

Las denominaciones citadas por Ignacio Burgoa son congruentes con la mención de Óscar Barrera Garza, en relación a la existencia de dos instancias en esta clase de amparo, toda vez puede ser impugnada por la revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito o Suprema Corte de Justicia de la Nación.

---

<sup>98</sup>BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 630.

Atento a lo establecido por el artículo en cita, el cual dice: “el Juicio de Amparo bi-instancial de garantías procede:

a) Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso:

De lo trascrito, se enumera que los actos de autoridad impugnables por esta vía son:

- a) Leyes federales o locales,
- b) Tratados internacionales,
- c) Reglamentos expedidos por el presente de la República y los locales, por los gobernadores, y otros,
- d) Decretos de observancia general, y
- e) Acuerdo de observancia general.

El jurista José Guadalupe Estrada Ramírez, comenta que la lista citada de actos de autoridad se consideran leyes y las conceptualiza como: “*normas jurídicas abstractas e impersonales*”, y que por la vigencia o actos de aplicación causan afectación al ciudadano.<sup>99</sup>

Por su lado, el doctrinario Ignacio Burgoa Orihuela, dice que: “*las leyes contienen normas jurídicas abstractas, impersonales y generales, como lo son los tratados internacionales, decretos y acuerdos de observancia general, reglamentos federales y locales*”<sup>100</sup>

Existen dos momentos en que las leyes afectan al gobernado y éstas son: cuando al entrar en vigor la afectación se da al imponer una obligación que lesiona los derechos del gobernado, a lo que se ha denominado leyes autoaplicativas; mientras que las normas jurídicas que requieren un acto de autoridad de aplicación para

<sup>99</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Los Supuestos de Procedencia del Juicio de Amparo. Editorial Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas. 2002. Pág. 35.

<sup>100</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 632.



lesionar los derechos subjetivos del ciudadano tienen por nombre heteroaplicativas; esto conforme al jurista José Guadalupe Estrada Ramírez.<sup>101</sup>

Existe una marcada diferencia entre las leyes autoaplicativas y las heteroaplicativas, consistente en el acto de aplicación que realiza la autoridad y el momento en que éste se concreta afectando así los intereses del gobernado.

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, establece en su artículo segundo, inciso a): “*se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”.

El sistema jurídico mexicano reconoce el artículo 133 de la Carta Magna, cuáles son las normas con mayor jerarquía: “*esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.*”

Lo anterior nos fija como idea principal cuales son las leyes supremas en el Estado mexicano, por lo que además amplía el panorama para entender cuales son los actos de autoridad refutables en amparo directo cuando se contraponen estos a las leyes supremas ya citadas en el párrafo anterior.

Por otra parte el jurista José Guadalupe Estrada Ramírez, cita que los reglamentos son de ejecución, autónomos y delegados, describiendo a los primeros en cita: “*como una norma general, abstracta, e impersonal, expedida por el titular de poder ejecutivo con la finalidad de lograr la ampliación de una ley, previamente existente. Tienen por*

---

<sup>101</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Oc. Cit. Nota 99. Pág. 36.

*objeto proveer en la esfera administrativa a exacta observancia de la ley emitida por la autoridad legislativa.*"<sup>102</sup>

De lo anterior, se desprende que los reglamentos de ejecución son los complementos de una ley, por lo que para su existencia dependen del contenido de esa ley que explican, además el contenido de estos está limitado por el de la ley.

Los reglamentos autónomos y delegados, no requieren de una ley para existir, además de que emanan del Poder Ejecutivo, conocidos los primeros de ellos como sanitarios y de policía, encuentran sus límites en la Carta Magna, estos también pueden ser emitidos por ayuntamientos municipales, no deben perder las características de general, impersonal y abstracto, conforme lo establece el jurista José Guadalupe Estrada Ramírez.<sup>103</sup>

Para finalizar el autor en cita se refiere a los reglamentos delegados como: *"son expedidos por el Poder Ejecutivo en virtud de una autorización legislativa, es decir, son normas jurídicas abstractas e impersonales emitidas por el Presidente de la República o los gobernadores de los estados, en virtud de cierta habilitación o autorización que hacen en su favor el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, respectivamente."*<sup>104</sup>

En conclusión, las características de los actos anteriormente citados son la abstracción, impersonalidad, generalidad y la observancia colectiva, aunque la distinción se encuentra en que la ley emana del poder legislativo, mientras los tratados internacionales y reglamentos son materialmente ejecutivos, todos son actos de autoridad que pueden lesionar los intereses jurídicos de los gobernados en su aplicación.

b) Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá

<sup>102</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Ob. Cit. Nota 99. Pág. 115.

<sup>103</sup> Ibídem. Pág. 129.

<sup>104</sup> Ibídem. Pág. 133.

promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia.

Para el doctrinario Ignacio Burgoa Orihuela, la fracción en cita se refiere a actos aislados, es decir, no procedimentales de autoridades diversas de las judiciales o de los tribunales del trabajo, es decir, provenientes de autoridades legislativas y administrativas. Sin embargo, la forma es un procedimiento jurisdiccional ante las mencionadas autoridades además de reclamar las violaciones cometidas en la resolución definitiva del procedimiento ante una autoridad administrativa.<sup>105</sup>

Para el estudioso José Guadalupe Estrada Ramírez, por exclusión, la fracción transcrita se refiere a autoridades legislativas y ejecutivas, definiendo de la siguiente manera a los tribunales administrativos sólo para los efectos de la procedencia del Juicio de Amparo indirecto, es aquel órgano de autoridad, dependiente del Poder Ejecutivo, el cual es estructurado y organizado por las leyes expedidas por el Congreso de la Unión o legislaturas de los estados, que éste cuente con autonomía para fallar las controversias que se sometan a su conocimiento, con imparcialidad e independencia, y finalmente que su función sea resolver conflictos entre particulares y la administración pública.<sup>106</sup>

c) Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

<sup>105</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 634.

<sup>106</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Ob. Cit. Nota 99. Pág. 163.

Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desapruében.

Para el doctrinario Ignacio Burgoa Orihuela, los actos a que se refiere el inciso citado son aquellos que se llevan acabo después o en el momento en que se consume la ejecución de la sentencia definitiva, ahora bien, por otra parte menciona que cuando al ley dice *actos de ejecución de sentencia* pretende decir que éstos dejan de ser parte del juicio.<sup>107</sup>

El multicitado jurista José Guadalupe Estrada Ramírez, prevé que el juicio a que se refiere el primer párrafo del inciso en estudio es de entenderse como aquel que comienza con la presentación de la demanda ante el juez de origen, concluyendo con la sentencia que resuelve la litis. Ahora bien, agrega el inciso el incidente de ejecución de sentencia, y por último refiere que en cuanto al remate el juicio bi-instancial procederá en contra de la aprobación o desaprobación del mismo. Además considera que los actos a que se refiere este numeral son: actos ejecutados antes de que inicio un juicio, después de concluido éste, y por último, la resolución dictada en el procedimiento de ejecución de sentencia; actos cometidos por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.<sup>108</sup>

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis cuyo rubro dice:

“AMPARO INDIRECTO, SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN ÚLTIMA RESOLUCIÓN, “A QUE SE REFIERE EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DE LA MATERIA”; establece que la finalidad primordial del juicio de garantías es evitar el abuso de la autoridad cuidando el respeto a las garantías del ciudadano, sin embargo al momento de emitir la resolución de éste cabe el abuso por parte de la autoridad al completarse el juicio, por lo que el legislador quiso decir por la expresión última resolución, la que aprueba reconoce de manera expresa o tácita el cumplimiento de la sentencia o declara la imposibilidad jurídica o material

<sup>107</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 635.

<sup>108</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Ob. Cit. Nota 99. Pág. 179.

*para darle cumplimiento. Entendido de esta manera, se busca limitar el abuso en el momento de emitir y dar cumplimiento a la sentencia.”*<sup>109</sup>

d) Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación;

Lo interesante de esta parte del artículo es saber lo que quiso decir o a que se refiere el legislador con imposible reparación, pues como el jurisconsulto Ignacio Burgoa Orihuela, el amparo en esta vía y forma, se concede con la finalidad de que el gobernado no se vea afectado, por la autoridad, de manera físicamente irreparable, sin embargo, materialmente las resoluciones jurídicas son reparables.

Aunque existen distintas ideas al respecto de las ejecuciones de imposible reparación, la Suprema Corte de Justicia establece:

“GARANTÍA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. SU VIOLACIÓN EN FORMA TEMPORAL NO OTORGA AL ACTO LA CARACTERÍSTICA DE IMPOSIBLE REPARACIÓN PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CONTRA ACTOS DENTRO DEL JUICIO. Conforme a la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al artículo 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los actos procesales tienen una ejecución de imposible reparación si sus consecuencias son susceptibles de afectar directa e inmediatamente alguno de los llamados derechos sustantivos o fundamentales del gobernado o de las personas, que tutela la Carta Magna por medio de las garantías individuales, porque esa afectación o sus efectos no se extinguen con el solo hecho de que quien las sufre obtenga una sentencia favorable a sus intereses en el juicio. Partiendo de tal interpretación es dable concluir que la posible afectación que en forma temporal se pudiera ocasionar con un acto de autoridad a la garantía de impartición de justicia pronta, completa e imparcial consagrada en el artículo 17 de la Constitución Federal, verbigracia, el auto que desecha un recurso,

---

<sup>109</sup> Tesis: P/J. 32/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Novena Época, XIII, Abril de 2001, página: 31

el auto que no admite pruebas, etcétera, de ningún modo otorga al propio acto la característica de irreparabilidad para la procedencia del Juicio de Amparo indirecto, pues en este supuesto existe la posibilidad de que los efectos de aquella afectación desaparezcan en caso de que el agraviado obtenga sentencia definitiva favorable a sus intereses en el juicio natural, ya que de llegar a ocurrir esto último, es claro que tales efectos se extinguirían sin originar afectación alguna a los derechos fundamentales del quejoso.”<sup>110</sup>

e) Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de terceraía;

En esta fracción, el legislador incluye al tercero perjudicado o bien tercero extraño a juicio, figura que se ha descrito anteriormente en el capítulo respectivo, sin embargo recordare que es el sujeto que tiene interés en la controversia que se ventila y no funge como parte en el juicio.

Ignacio Burgoa asegura que esto surge como consecuencia de la nula existencia de recurso ordinario para el tercero extraño a juicio, en el caso de que éste no haya sido emplazado a juicio para defenderse, agregando que el juicio excluyente de dominio es autónomo como lo es cualquiera que pueda entablar un procedimiento en el que no es parte, y no en un recurso o medios de defensa ordinarios, en estricto sentido, se ha considerado que con tal carácter el extraño no está obligado a promoverla previamente a la acción de amparo.<sup>111</sup>

El estudioso José Guadalupe Estrada Ramírez afirma que es una excepción al principio de definitividad, toda vez que la ley no le exige al tercero extraño a juicio que agote los recursos ordinarios para que pueda promover el Juicio de Amparo, por otro lado tam-

<sup>110</sup> Tesis: I.11o.C. J/7, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Novena Época, XXIII, Mayo de 2006, Página: 1536

<sup>111</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 639.

bién menciona que cuando la afectación es de carácter patrimonial, éste puede optar por un medio ordinario, tal como la tercería excluyente de dominio y a la sentencia de tal juicio le es procedente el amparo.<sup>112</sup>

Por otro lado la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que cuando el juicio de garantías tenga como fin defender la propiedad además de la posesión o la legalidad debe promover el juicio de tercería correspondiente, contra cuya resolución puede ya intentar el juicio de amparo, si no procede apelación en su contra.

f) Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y III del artículo 1o. de esta ley.

Tal fracción se refiere a la invasión de esferas de competencia y soberanía de los Estados y la Federación, sin embargo para que sea procedente el Juicio de Amparo es menester que se vea afectado un particular por tal invasión, por lo que el particular es quien debe impugnar la ley o acto que invada la soberanía entre las autoridades federales o locales a través del Juicio de Amparo, de acuerdo a lo escrito por Ignacio Burgoa.<sup>113</sup>

En coincidencia Estrada Rodríguez menciona la falta de una competencia constitucional de una autoridad, federal o local, se traduce en una violación de la garantía estipulada en el artículo 16 constitucional.<sup>114</sup>

g) Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.

En esta hipótesis se pretenden impugnar tres resoluciones definitivas del Ministerio Público, el no ejercicio de la acción penal, el desistimiento del mismo y la abstención del ejercicio de la acción penal en un término razonable. Ahora bien, la intención del legislador según Ignacio Burgoa es la de proteger a la víctima o el ofen-

<sup>112</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Ob. Cit. Nota 99. Pág. 241.

<sup>113</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 640

<sup>114</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Ob. Cit. Nota 99. Pág. 249.

dido de las actuaciones del Ministerio Público quien tiene el monopolio de ejercitar la acción penal y para ello la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.<sup>115</sup>

Para que sea procedente esta hipótesis se debe probar que en la averiguación previa existen los elementos del cuerpo del delito y los que acreditan la probable responsabilidad del indiciado. Por lo que se ha facultado a los jueces de distrito con el fin de valorar los elementos existentes en la averiguación con el objeto de imponerle que dicte resolución respecto al ejercicio o no ejercicio de la acción penal según corresponda; según lo descrito por el jurista José Guadalupe Estrada Rodríguez.<sup>116</sup>

### **Amparo directo**

El jurisconsulto Ignacio Burgoa Orihuela nombra al Juicio de Amparo ante los Tribunales Colegiados de Circuito como amparo directo, uni-instancial o inmediato, denominado así indistintamente, toda vez que acarrea una relación entre dos integrantes sin la existencia de un intermediario.<sup>117</sup>

Para el penalista Óscar Barrera Garza el amparo uni-instancial o directo se presenta ante la autoridad responsable que realizó el acto reclamado, siendo competente para conocer de éste el Tribunal Colegiado de Circuito, o bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación y su nombre deviene porque sólo una instancia jurisdiccional es la que resuelve en definitiva, sin la intervención previa de otra instancia, la cual es considerada que es de jurisdicción originaria.<sup>118</sup>

El doctrinario José Guadalupe Estrada Ramírez explica que en el amparo directo no hay oportunidad de ofrecer pruebas por parte del quejoso, toda vez se presupone un proceso de carácter jurisdiccional, donde se desahogaron las pruebas relacionadas a la resolución de fondo del asunto, por lo que se pretende el análisis de la

---

<sup>115</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 642

<sup>116</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Ob. Cit. Nota 99. Pág. 258.

<sup>117</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 646.

<sup>118</sup> BARRERA GARZA, Oscar. Ob. Cit. Nota 56. Pág. 251.



constitucionalidad de los actos impugnados, por parte de los Tribunales Colegiados de Circuito, sea de manera ágil y rápida.<sup>119</sup>

La ley de la materia, en el artículo 158, instituye que el Juicio de Amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito, acorde a lo establecido por las fracciones V y VI del artículo 107 constitucional. Este numeral también señala que el amparo directo:

“...procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados...”

Para el doctrinario José Guadalupe Rodríguez Estrada las sentencias o laudos son: *“la resolución que decide el juicio en lo principal y respecto las leyes ya no conceden ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas. Estas sentencias deben ser dictadas por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo”*.<sup>120</sup>

Por su parte el jurista Ignacio Burgoa Orihuela refiere es necesario para calificar de sentencia definitiva a una resolución: que decida la controversia fundamental del juicio, que ésta no sea impugnable por ningún recurso ordinario y que se dicte en un juicio civil, mercantil, penal seguidos ante tribunales que tengan este carácter.<sup>121</sup>

Sentencias definitivas, para los efectos del Juicio de Amparo directo, el artículo 46 de la ley de la materia, manifiesta: *“...se entenderán por sentencias definitivas las que decidan el juicio en lo principal, y respecto de las cuales las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas...”*

En mi opinión, la principal característica de las sentencias definitivas consiste en dirimir lo principal del pleito, es decir establece

<sup>119</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Ob. Cit. Nota 99. Pág. 21.

<sup>120</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Ob. Cit. Nota 115. Pág. 271.

<sup>121</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 686.

el derecho controvertido entre las partes en cuanto a sus pretensiones o excepciones consecuentes en el juicio que se presupone antecede al amparo directo.

Cuando se refiere la legislación a resoluciones que ponen fin al juicio, dice el autor José Guadalupe Estrada Rodríguez agrega: en ella no hay una solución en cuanto al fondo del juicio, esto es, las pretensiones de las partes se quedan sin respuesta, además de que la ley no tiene un recurso ordinario con el que puedan ser modificadas éstas, mismas que serán dictadas por tribunales judiciales, administrativos y del trabajo.<sup>122</sup>

Como lo señala el jurisconsulto Ignacio Burgoa Orihuela, en virtud de que el Juicio de Amparo es un medio de control constitucional el amparo directo procede, además de lo que ya se dijo, por las violaciones que sean cometidas en los fallos definitivos, siempre que haya afectaciones al quejoso, y ello trascienda al fondo del asunto; esto toda vez que, a través de este amparo lo que se impugna son las sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio.<sup>123</sup>

Por su parte, el doctrinario Estrada Rodríguez establece que para que una violación sea impugnabile por amparo directo es indispensable que: afecte al quejoso; trascienda en el resultado del fallo; sean de imposible reparación y si se trata de violaciones cometidas en juicio civil, debe preparar el juicio de acuerdo a lo previsto en el artículo 161 de la Ley de Amparo; esto es, se debe refutar el acto dentro del juicio que se haya cometido la violación procesal mediante el recurso ordinario procedente y dentro del término legal, y si tal acto no es combatible por algún recurso ordinario o en caso de que éste fuera desechado o declarado improcedente, deberá invocarlo como agravio de la segunda, si se cometió en la primera. La obligación a la que se refiere la ley es denominada *preparación del amparo*, que es la carga que tiene el agraviado de refutar la violación mediante el recurso ordinario legal.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Ob. Cit. Nota 99. Pág. 196.

<sup>123</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 52. Pág. 673.

<sup>124</sup> ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. Ob. Cit. Nota 115. Pág. 290 y 291.

Visto lo anterior, asevero que al quejoso debe afectarse las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en impedir, en el juicio de origen, de alguna manera, que el quejoso conozca la razón por la que es citado a juicio, que no le reciban las pruebas que ofrezca, dejando a éste en un estado de indefensión, entre otras; y que con tales infracciones el juez se dirija en el fallo de manera negativa para el quejoso; y que tales violaciones no sean materia del juicio indirecto.

También el ordenamiento jurídico en estudio plasma que tales elementos no serán exigibles en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, ni en los promovidos contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten el orden y a la estabilidad de la familia.

La garantía contenida en el último párrafo del artículo 14 constitucional, según lo sustenta el jurista Burgoa Orihuela, se extiende en el último párrafo del artículo 158 de la Ley de Amparo, cuando refiere que sólo será procedente el Juicio de Amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a sus principios generales de derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa.<sup>125</sup>

Por último, cuando dentro del juicio surjan cuestiones, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o solución que pongan fin al juicio. Es esta hipótesis se pueden afectar las resoluciones o fallos definitivos con la impugnación de tales ordenamientos, convirtiendo así a los Tribunales Colegiados de Circuito en órganos judiciales de control constitucional en este tipo de amparo.

---

<sup>125</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Ob. Cit. Nota 68. Pág. 680.

Tratándose de sentencias definitivas de tribunales civiles, administrativos o del trabajo, el artículo 159 de la ley de la materia, contempla: se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso:

1. En caso de no ser citado a juicio.
2. A la mala o falsa representación en el juicio.
3. El rechazo de pruebas ofrecidas en términos de ley.
4. A la declaratoria ilegal de confesión por éste o su representante.
5. Se resuelve ilegalmente un incidente de nulidad.
6. A la negación de términos y prórrogas a que tenga derecho.
7. Al recibir, sin su culpa, sin su consentimiento, las pruebas ofrecidas por las partes, exceptuando los instrumentos públicos.
8. Una vez que se les niegue la presentación de documentos o piezas que sobre los que puedan alegar.
9. Rechazo de recursos, a los que tenga derecho, afectando su estado produciendo indefensión.
10. El tribunal judicial, administrativo o del trabajo, que continúe el procedimiento después de haberse promovido una competencia.

Por otro lado, el artículo 160 dice: en los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso, de las que mencionare algunas:

1. No se le haga saber el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere;
2. No se le permita nombrar defensor.
3. No se le caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio.
4. La actuación del juez sin secretario o testigos de asistencia,
5. Practica de diligencias en forma distinta de la prevenida por la ley.

## INCONGRUENCIA LEGAL DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 215 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El legislador prevé que la autoridad abuse del poder que le ha sido conferido por la ley, por lo que instaura el Juicio de Amparo, el cual, como ya se dijo en el capítulo respectivo, tiene como finalidad restituir al quejoso en el goce de su garantía individual violada, motivo por el cual se instaura la figura de suspensión del acto reclamado, la cual pretende mantener en suspenso la actividad de la responsable hasta en tanto se resuelva quien merece la razón, sin embargo la autoridad en ocasiones no da cumplimiento a tal suspensión y cae en la desobediencia descrita en el artículo 206 de la Ley de Amparo, situación que provoca la responsabilidad penal por parte de la autoridad.

Es claro que la seguridad jurídica del gobernado es el bien jurídico que se protege en este caso, esto es en cuanto a la certeza de que los servidores públicos, en la posición de autoridad responsable, respeten la medida suspensiva a que tiene derecho el quejoso hasta en tanto no se resuelva la constitucionalidad del acto reclamado.

En el artículo 215 del Código Penal Federal se aprecian dos sanciones relativas a las conductas que describe el mismo, sin identificar como la que merece el ilícito descrito por el artículo 206 de la Ley de Amparo, lo que motiva a la duda en cuanto a la aplicabilidad de la sanción, y de aplicarse alguna de las dos sanciones, esto sería violatorio al artículo 14 constitucional, párrafo tercero, el cual impide que la ley que contenga una sanción penal se extienda a hechos que no se encuentren debidamente castigados, pues la ley sancionadora debe ser clara, precisa y exacta.

Por lo que se hace presente la imposibilidad de escoger una sanción a imponer, de las contenidas en el Código Penal Federal, que remite la ley especial, y por lo tanto, de poder establecer con precisión, que es la aplicable exactamente para el caso, por su parecido o similitud.

Ahora bien, en el supuesto en que se considere que el *principio de in dubio pro reo* es aplicable a este asunto, es de explicar que éste se refiere a que en caso de duda se aplicará la sanción más favorable para el indiciado, sin embargo, su aplicación implica analogía extensiva; si alguno de los elementos del delito se omitieron por parte del legislador no existe medio constitucional para subsanar tal omisión, pues el juzgador al hacerlo destruiría la intensión del principio de legalidad ya que la precisión de la sanción incurriría en el juzgador.

Ahora bien al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala al respecto:

APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY PENAL, GARANTÍA DE LA, EN RELACIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN. El artículo 206 de la Ley de Amparo, al establecer el tipo del delito de desobediencia al auto de suspensión debidamente notificado y hacer la remisión, para efectos de sanción, al de abuso de autoridad previsto por el artículo 215 del Código Penal Federal, no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, ya que los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, en que descansa dicha garantía, se refieren a que un hecho que no esté tipificado en la ley como delito, no puede conducir a la imposición de una pena, porque a todo hecho relacionado en la ley como delito debe preverse expresamente la pena que le corresponda, en caso de su comisión. Tales principios son respetados en los preceptos mencionados, al describir, el primero de ellos, el tipo penal respectivo, y el segundo, en los párrafos penúltimo y último, la sanción que ha de aplicarse a quien realice la conducta tipificada. Así, la imposición por analogía de una pena, que implica también por analogía la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción, a un caso que no está expresamente castigado por ésta, que es lo que proscribe el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, no se surte en las normas impugnadas.<sup>126</sup>

<sup>126</sup> Tesis: 1a./J. 46/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Novena Época, VI, Diciembre de 1997, página 217.

Conforme al criterio en cita, la violación no radica en que la Ley de Amparo remita al Código Penal para efectos de la sanción, sino en la dualidad de sanciones que prevé el legislador, y la duda en que se deja al juzgador al aplicar.

Se considera incongruente tal interpretación de la Suprema Corte ya que es incorrecto suponer dos sanciones de la misma naturaleza aplicables a una conducta delictiva; dado que la Constitución prohíbe la imposición de penas por analogía o mayoría de razón y en atención a la tesis transcrita resultaría necesario, para la imposición de una sanción al tipo penal de desobediencia, escoger alguna de las penas aplicables o bien equiparar la conducta a una de las descritas por el artículo 215 Código Penal Federal.

Por otro lado, no basta invocar la aplicación del *principio in dubio pro reo*, pues éste no salva la imprecisión legislativa contenida en tales numerales; pues bien el principio de legalidad exige que se consigne en forma precisa, clara y exacta tanto la conducta típica como la sanción que se le debe aplicar, por lo que si alguno de los elementos no está contenido en la ley, como en la especie acontece, no cabe que se interprete una voluntad legislativa que no existe en la forma constitucionalmente requerida.

Por otro lado, la tesis transcrita no sostiene de manera expresa la pena aplicable a tal desobediencia y al hacerlo caería en una invasión de competencia, ya que el poder judicial no está legitimado para plasmar las penas que merecen las conductas antisociales.

Además, el hecho de que se diga que la pena para la conducta tipificada se encuentra en el numeral 215 del Código Penal Federal sin precisar cual de las dos que contiene este vuelve a dejar el vacío legal, dejando al arbitrio del juzgador. Situación que se ve corroborada por la siguiente tesis:

EXACTA APLICACION DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTIA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIEN A LA LEY MISMA. La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los

meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.<sup>127</sup>

Como se dice anteriormente la intención primordial del legislador en el artículo 206 de la Ley de Amparo es dar certeza jurídica de las instituciones a los ciudadanos por tal motivo el incumplimiento de la medida cautelar tiene la opción de corregirse, esto es si se demuestra el cumplimiento del auto de suspensión, aunque sea dilatado, no es necesario dar vista al Ministerio Público como lo establece la siguiente interpretación:

“DENUNCIA DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO. SUPUESTO EN EL QUE NO SE ACTUALIZA LA HIPÓTESIS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia 2a./J. 55/2004, consultable en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, mayo de 2004, página 613, de rubro: “SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN AMPARO. LA INTERLOCUTORIA QUE RESUELVE LA DENUNCIA DE SU VIOLACIÓN, ES IMPUGNABLE EN QUEJA.” estableció, entre otras cosas, que acorde con lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley de Amparo, para la ejecución y cumplimiento del acto de sus-

<sup>127</sup> Tesis: P. IX/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Novena Época, I, Mayo de 1995, página 82.



pensión se observarán las disposiciones de los artículos 104, 105, párrafo primero, 107 y 111 de la propia ley. Ahora bien, siguiendo esa misma línea de estudio, se tiene que a la luz de las normas constitucionales, reglamentarias y de los criterios que ha emitido el más Alto Tribunal de la República, la finalidad por excelencia de los procedimientos de ejecución es obtener el cumplimiento a los mandatos de amparo y no imponer las sanciones previstas por el artículo 107, fracción XVI, de la Constitución General de la República a las autoridades responsables, pues tales sanciones constituyen solamente una medida extrema para lograr el cumplimiento de dichas sentencias; por tanto, es evidente que por mayoría de razón, deben seguirse los mismos lineamientos en el trámite y resolución de la denuncia por violación a la suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo, pues no debe olvidarse que su objeto no radica en imponer sanciones a las autoridades que incurran en ellas, sino en restituir a los gobernados en el disfrute de las garantías que se estimaron transgredidas. En estas condiciones, si de autos se advierte que la autoridad responsable violó la medida cautelar, pero con posterioridad demostró su cumplimiento, con lo que restituyó al agraviado en la situación jurídica que imperaba al momento de concederse, no debe darse vista al Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto por el artículo 206 de la Ley de Amparo, pues la sanción prevista en ese artículo se instituyó para que la medida cautelar se cumpla y no con el fin de sancionar a las responsables por su desacato.”<sup>128</sup>

De la tesis descrita, se aprecia que si bien es cierto que no existe como fin sancionar a las autoridades que incumplan con la suspensión pues tienen la elección de corregir y dar cumplimiento, también lo es que con esta posibilidad la autoridad que no suspenda el acto reclamado debidamente notificado, actúa con dolo y es acreedora a un castigo, motivo por el cual se hace importante subsanar el vacío de los numerales en estudio.

<sup>128</sup> Tesis: XII.3o.6 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, XXI, Febrero de 2005, Página: 1678.

**PROBABLE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA.**

El artículo 206 de la Ley de Amparo establece los elementos del tipo penal del delito de desobediencia al auto de suspensión, remitiendo para efectos de la sanción al de abuso de autoridad al 215 del Código Penal Federal, lo que es una técnica legislativa y no implica trasgresión alguna a la garantía de seguridad jurídica de exacta aplicación de la ley en materia penal, lo que implica un vacío en la ley, es la nula mención del castigo aplicable a tal conducta tipificada y así la aplicación de la ley por analogía cuando el juzgador impone la sanción que considere mas favorable de acuerdo al principio de in dubio pro reo, por lo que el artículo 206 de la Ley de Amparo debe incluir la sanción al tipo penal en trato.

La sanción tiene como finalidad limitar el actuar de la autoridad frente a los gobernados, la suspensión tiene un carácter cautelar; sin embargo, el incumplimiento de ésta puede causar un daño irreparable, por lo que se pretende dejar las cosas en suspensión hasta en tanto no se resuelva en definitiva la legalidad de los actos de autoridad; al no encontrarse debidamente estipulada la sanción a tal desobediencia, la autoridad responsable se encuentra desatada para cumplir o no el auto que suspende el acto reclamado, esto aun en el supuesto en que se dé vista al Ministerio Público, pues como se ha analizado, la conducta se encuentra descrita, sin embargo, la misma no tiene sanción concreta, precisa y exacta para que se le imponga.

El legislador, al no implicar la sanción de éste, deja incompleto el delito, lo que provoca que la autoridad aplique la ley según su criterio, situación que puede ser politizada; para corregir tal situación sugiero la modificación de la normatividad del Código Penal Federal, agregando la hipótesis de violación al auto de suspensión en materia de amparo, de tal suerte que una vez que se encuentre penalizado, le será difícil a las autoridades no cumplir con tal resolución, pues incurrirían en un delito; es menester también agregar las condiciones en las que se deberá tramitar tal situación así como las autoridades competentes para conocer tal situación.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Práctica forense del Juicio de Amparo*. 12ª edición. 1998. Editorial Porrúa. México.
2. BARRERA GARZA, Óscar. *Compendio de amparo*. Editorial McGraw-Hill Interamericana editores S. A. de C. V. México 2002.
30. BENÍTEZ TREVIÑO, V. Humberto. *La sala constitucional del Estado de México como expresión del federalismo del siglo XXI*, México 2005. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
4. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 40ª edición. 2004. Editorial Porrúa. México.
5. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las garantías individuales*, 36ª edición. 2003. Editorial Porrúa. México.
6. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y otros. *Código Penal Anotado*, 25ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
7. CARBONELL, Miguel. *Los Derechos Fundamentales de México*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2004.
8. CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal, primera parte*, 1ª edición, 2000, Ed. Porrúa, México.
9. CASTRO Y CASTRO, Juventino V. *Garantías y Amparo*, 12ª edición. 2001. Editorial Porrúa. México D.F.
10. DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría General del delito*. 5ª edición. 2006. Editorial Flores editor y distribuidor, S.A. de C. V. México. D.F.
11. DEL CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO. *Ley de Amparo*. 4ª edición. Agosto 2002. Editorial Ángel Editor S. A. de C. V. México.
12. DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Primer Curso de Amparo*. 5ª edición. 2004. Editorial Jurídicas Alma S. A de C. V. México.
13. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal Federal con comentarios*, 2001. Editorial Porrúa. México.
14. ESTRADA RODRÍGUEZ, José Guadalupe. *Los Supuestos de Procedencia del Juicio de Amparo*. 2002. Editorial Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas.

15. GARCÍA BECERRA, José Antonio. *Los medios de control constitucional en México*. 2001. Cuadernos Jurídicos. Suprema Tribuna de Justicia del Estado de Sinaloa.
16. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 50ª edición. México 1999.
17. GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *El Juicio de Amparo*, 7ª edición. Editorial Trillas, México. 2004.
18. GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David. *La apariencia del buen derecho, serie de debates*. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 1996.
19. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Teoría del delito*, volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria S. A. y la asociación de Investigaciones Jurídicas. Estado de México, 2002.
20. LÓPEZ BETANCOURD, Eduardo. *Teoría del delito*. 8ª edición. 2000. Editorial Porrúa. México.
21. MONARQUE UREÑA, Rodolfo. *Lineamientos elementales de la Teoría General de Derecho*. México. 2000.
22. NORIEGA, Alonso. *Lecciones de amparo*, Tomo I, 7ª edición. Editorial Porrúa. México. 2002.
23. ORELLANA WIARCO, Octavio. *Curso de Derecho Penal, parte general*. Primera edición, México. 1999.
24. OSORIO Y NIETO, César Augusto. *Delitos federales*, 5ª edición, revisada, corregida y actualizada. 2001. Editorial Porrúa. México.
25. PÉREZ DAYÁN, Alberto. *Ley de Amparo*. 12ª edición. 2000, Editorial Porrúa. México
26. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del Delito*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2004, México.
27. REYES TAYABAS, Jorge. *Derecho Constitucional aplicado a la especialización en amparo*, 5ª edición, 2000 México, Editorial Themis S. A. de C. V. México
28. RODRÍGUEZ LOZANO, Amador. *Las controversias constitucionales y la construcción del nuevo federalismo. La actualidad de la defensa de la constitución*. Memoria del coloquio internacio-

- nal en celebración del sesquicentenario del acta de reformas constitucionales de 1847, origen federal del Juicio de Amparo mexicano.* 1997, México. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
29. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penalogía*, 2ª edición. 2000, México, Editorial Porrúa.
  30. TORRES RUIZ, Humberto Enrique, *Curso General de Amparo*. Editorial Oxford. 2006. México.
  31. TRON PETIT, Jean Claude. *Manual de los incidentes del Juicio de Amparo*. 3ª edición. 2000. editorial Themis, S. A. de C. V.
  32. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Manual del Juicio de Amparo*. 2ª edición. 1994. editorial Themis S. A. De C. V. México.
  33. ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. *Cuerpo del delito y tipo penal*. Editorial: Ángel editor. México, 2002.

## LEGISLACIÓN

34. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Agenda de amparo 2007, ediciones fiscales ISEF, edición 2007.
35. Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Agenda de amparo 2007, ediciones fiscales ISEF, edición 2007.
36. Código Penal Federal, Agenda penal 2007, ediciones fiscales ISEF, edición 2007.
37. Código Penal para el Distrito Federal, editorial Sista S. A. de C. V. edición 2007.
38. Código Penal del Estado de México, Legislación penal para el Estado de México, editorial Sista S. A. de C. V. edición 2007.
39. Código Federal de Procedimientos Civiles, Agenda de amparo 2007, ediciones fiscales ISEF, edición 2007.
40. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Agenda de amparo 2007, ediciones fiscales ISEF, edición 2007.
41. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Agenda penal 2007, ediciones fiscales ISEF, edición 2007.

## DICCIONARIOS JURÍDICOS

42. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Universidad Nacional Autónoma de México. Diccionario Jurídico Mexicano, 6ª edición 1993. Editorial Porrúa. México.
43. DÍAZ DE LEÓN, Antonio. Diccionario de derecho procesal Penal, Tomo I, 4ª edición. Editorial Porrúa. México. D. F. 2000.

## POLIGRAFÍA

44. PÉREZ ÁLVAREZ, Joel Ronaldo. “Punibilidad, ¿elemento o consecuencia del delito?”. Revista del Instituto de Defensoría Pública. México, número 2, año 1, Junio-Diciembre 2006, páginas 273 a 288.

## MEDIOS ELECTRÓNICOS

45. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. Diccionario de la lengua española, Madrid, <http://www.rae.es>
46. DIONIS, Gregorio, Director del Equipo Nizkor [en línea], Madrid, España, <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html> [Consulta: 13 mayo 2007].
47. [www.diputados.gob.mx/leyinfo/](http://www.diputados.gob.mx/leyinfo/) [en línea].



# El asesor jurídico federal: ¿ombudsman?

*Óscar Enrique Castillo Flores\**

## 1.- INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es el propio Estado el que proporciona a la población al funcionario competente para ofrecer asistencia legal, recordemos el caso del *ombudsman*, creado en el Reino de Suecia, cuya principal ocupación consistía en defender al ciudadano de los actos de la administración pública que vulneraran sus derechos fundamentales.

La tendencia legislativa en los Estados Unidos Mexicanos, ha generado diversas instituciones cuya finalidad es ofrecer asistencia jurídica gratuita para determinado sector de la población, atendiendo sobre todo al aspecto económico, para así permitir que cualquier gobernado tenga el derecho a ser asistido por un perito en materia jurídica.

La Ley Federal de Defensoría Pública, contempla la figura del asesor jurídico, quien es el encargado de asesorar y representar legalmente a los gobernados, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la Ley a otras instituciones, enfocándose principalmente en las materias: administrativa, civil y fiscal.

La diversidad de problemáticas que deben atender los asesores jurídicos federales, en su mayor parte, se trata de transgresiones a los derechos humanos, los cuales son protegidos por la norma jurídica

---

\* Asesor Jurídico Federal.



bajo el nombre de “garantías individuales”, “derechos humanos”, “requisitos de los actos de autoridad”. Como se advierte, el asesor jurídico se encarga de la defensa de tales prerrogativas, al igual que el *ombudsman*

2.- *Asesor Jurídico*: Este servidor público recibe una denominación compuesta, lo que implica que deba ser separada, antes de que se exponga lo relativo a su aplicación en el marco jurídico vigente.

La palabra “asesor” es definida por el Diccionario de la Lengua Española:<sup>1</sup>

“(Del lat. *assessor*, -ōris, de *assidēre*, asistir, ayudar a otro).

“1. adj. Que asesora.

2. adj. Dicho de un letrado: Que, por razón de oficio, debe aconsejar o ilustrar con su dictamen a un juez lego.”

Y “asesorar”<sup>2</sup> significa:

“(De *asesor*).

1. tr. Dar consejo o dictamen.

2. prnl. Tomar consejo del letrado asesor, o consultar su dictamen.

3. prnl. Dicho de una persona: Tomar consejo de otra, o ilustrarse con su parecer.”

Rafael de Pina<sup>3</sup> aporta el siguiente concepto:

“ASESOR. Persona que asesora, esto es que da consejo o dictamen.”

Las palabras latinas *Asisto*, *Asistís*, *Assistere*, *Astita*, significan colocarse, permanecer, cerca de, asistir en justicia. La preposición *ad* indica movimiento, hacia, proximidad. Acorde a la etimología, tenemos que un asesor es: *aquella persona que emite un consejo o dictamen en ayuda de otra*.

Ahora veremos que significa “jurídico”, y en primer término, citamos el Diccionario de la Lengua Española:<sup>4</sup>

“(Del lat. *iuridicus*).

<sup>1</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, vigésima segunda edición, España, Editorial Espasa Calpe, 200, volumen I, p. 226.

<sup>2</sup> *Ídem*.

<sup>3</sup> De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*. Vigésima cuarta edición, México, Editorial Porrúa, 1997, p. 109.

<sup>4</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.* 1, p. 1332.

1. adj. Que atañe al derecho o se ajusta a él.”

Una vez que se han definido las dos palabras que se usan para designar a la figura jurídica en estudio, sólo nos resta unirlas para exponer que el Asesor Jurídico: *es toda aquella persona versada en el Derecho, que emite opiniones o dictámenes relativos a las consultas que le hacen personas no letradas en las materias legales.*

Al existir un servidor público a quien se le reviste con el carácter de asesor, nos indica que debe pertenecer a una entidad gubernamental que los agrupe, dirija y vigile sus actividades, para que el resto de los gobernados tenga acceso a la asistencia jurídica.

Lo anterior, nos lleva a tratar lo relativo a la asesoría en materia legal; Héctor Fix-Zamudio y Héctor Fix-Fierro,<sup>5</sup> exponen que la asesoría jurídica:

“Es el patrocinio que proporcionan los abogados, tanto los privados como los que prestan servicios en el sector público, a las personas que requieren de sus conocimientos técnicos para resolver problemas jurídicos y procesales.”

Por nuestra parte consideramos que la asesoría jurídica es: *la prestación de servicios de asistencia legal, a cargo de particulares o burocratas, en favor de las personas que tengan algún problema o sobre la aplicación de las normas jurídicas.*

Las definiciones antes notadas, evocan a lo que comúnmente se le conoce como “defensorías de oficio”, término genérico utilizado para denominar a todas aquellas dependencias públicas, que prestan servicios de asistencia legal a quienes no puedan cubrir los honorarios de un abogado particular.

Irma G. Amuchategui Requena,<sup>6</sup> aporta el siguiente concepto:

“Defensoría: Dependencia de un órgano o una institución que brinda asesoría jurídica y defiende los intereses de las personas...”

En similares términos se expresa José Ovalle Favela:<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Fix-Fierro, Héctor y Fix-Zamudio, Héctor, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Edición Histórica, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, 2004, volumen I, p. 290.

<sup>6</sup> Amuchategui Requena, Irma G., *Diccionarios Jurídicos Temáticos. Segunda Serie*, México, Editorial Oxford, 2002, volumen I, p. 42.

<sup>7</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit. 6, volumen II, p. 1012.

“Institución pública encargada de proporcionar los servicios de asistencia jurídica gratuita a las personas que careciendo de recursos económicos suficientes para cubrir los honorarios de un abogado particular, se ven precisadas a comparecer ante los tribunales como actoras, demandadas o inculpadas... Como ocurre con la asistencia jurídica proporcionada por abogados particulares, los servicios de la defensoría de oficio pueden ser requeridos voluntariamente por los interesados... En México, actualmente hay diversos órganos y entidades que se encargan de prestar asesoramiento jurídico gratuito en materias específicas. Así, por un lado, existen las tradicionales oficinas de defensoría de oficio, a nivel tanto federal como local, que otorgan asistencia en materia penal y con frecuencia, también en materia civil; y, por el otro las diversas “procuradurías” que prestan servicios de asistencia en materias determinadas, como el derecho del trabajo, el derecho agrario, el derecho al consumo, el derecho del menor y de la familia, los derechos de los jóvenes, etc.”

Concordamos con Ovalle Favela, quien señala que las instituciones que prestan este servicio, no llevan siempre el título de defensoría, pues existe la asistencia jurídica gratuita que ofrecen las llamadas “Procuradurías”.

3.- *Ombudsman*: Es el funcionario, designado ya sea por el poder ejecutivo o por el legislativo, a quien se le encarga la representación de los intereses de los gobernados, investigando y tramitando las quejas presentadas. Cada país ha adoptado el termino sueco *ombudsman* y su significado, sin que sea traducido al idioma local.

Al respecto Juventino Víctor Castro y Castro<sup>8</sup> dice:

“El término proviene de la palabra sueca *ombud*, que añadida al patronímico *man* significa “persona que actúa como vocero o representante de otra”. También podríamos identificarla como delegado, mandatario o mediador.”

Enrique Sánchez Bringas<sup>9</sup> opina que es:

<sup>8</sup> Castro y Castro, Juventino Víctor. *Biblioteca de amparo y derecho constitucional*- Volumen II, Editorial Oxford, primera edición, México 2002, p. 21.

<sup>9</sup> Sánchez Bringas, Enrique. *Derecho Constitucional*. Editorial Porrúa, segunda edición actualizada y aumentada. México, 1997, p. 646.

“...el órgano que a través de recomendaciones defiende a la sociedad y a sus miembros de cualquier acto de autoridad que les cause agravio. Por ello, existen ombudsmans en derechos humanos, periodismo, servicios públicos, entre otras materias.”

Continúa exponiendo que la eficacia del *ombudsman* depende de los siguientes atributos:<sup>10</sup>

a) *Independencia*: La institución debe disponer de autonomía procesal, política y funcional, que no sea vulnerable a presiones, consignas o sugerencias de nadie, especialmente de los titulares de los órganos que participaron en su nombramiento.

b) *Imparcialidad*: Debe aplicar objetivamente la norma que determine sus atribuciones, sin acceder a presiones de individuos, grupos sociales, partidos políticos o servidores públicos, de ahí que no debe contraer ningún compromiso que afecte su objetividad.

c) *Accesibilidad*: Debe ser una instancia sin formalismos ni burocratismos; un espacio de acceso inmediato que garantice la seguridad personal de los quejosos y la eficacia en la solución de los problemas, por lo tanto, sus procedimientos deben regirse por los principios de economía procesal e inmediatez.

d) *Fortaleza Moral*: Las recomendaciones, no obstante que carecen de coercitividad, deben ser aceptables para la opinión pública, ya que esto legitima su actuación.

Por nuestra parte consideramos que el *ombudsman* es: *el representante o defensor del pueblo, en contra de los actos de la administración pública que vulneran los derechos fundamentales del gobernado.*

4.- *Legislación vigente*: Las normas jurídicas administrativas y fiscales, se distinguen por su cantidad y su complejidad. La interrelación se da entre leyes, códigos, reglamentos, estatutos, manuales, reglas; tales disposiciones se asemejan al laberinto de Creta, y los asesores jurídicos son quienes esperan a las afueras con el cordel entre sus manos, mientras que el gobernado, emulando a Teseo, logra dejar atrás las estancias y largos pasillos.

---

<sup>10</sup> Ídem.

4.1.- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: La mayoría de las entidades jurídicas deben tener su fundamento en alguno de sus artículos o de la interpretación de estos últimos.

La defensoría pública en materia penal, tiene su fundamento en el artículo 20, apartado B, párrafo cuarto de la fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que se contienen los derechos de los procesados, que consisten en prohibir que por carecer de recursos económicos para cubrir los honorarios de su abogado, continúen privados de su libertad, o que se adeude otra cantidad de dinero, prestación, responsabilidad civil o caso análogo, de ahí que resulta ser de índole punitiva, pues expresamente se refiere a la prisión y detención.

Opinamos, que de haber un fundamento constitucional para el servicio de asesoría jurídica en materia administrativa, civil y fiscal a nivel federal se contiene en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:<sup>11</sup>

*“Artículo 17.- ...*

*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*

*...”*

La frase inicial de *“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia”*, es la que podemos usar como base constitucional de la asistencia legal gratuita en las materias diferentes al derecho penal, en las que se incluyen las ramas administrativa, fiscal y civil, sin que esta tríada sea limitativa, pues no debemos olvidar las ramas laboral, financiera o agraria.

Estamos ante un derecho propio del gobernado para que pueda acceder a la impartición de justicia, es decir, que está facultado para exponer sus quejas, pretensiones y defensas ante los tribunales previamente establecidos.

<sup>11</sup> <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf> Fecha de consulta 28 de febrero de 2009.

Ignacio Burgoa Orihuela,<sup>12</sup> redactó el siguiente concepto de administración de justicia:

“Se suele entender por esta locución la acción de los tribunales para dirimir diversas clases de controversias o conflictos jurídicos que ante ellos se plantea. Esta equivalencia no es ortodoxa, pues dichos órganos estatales *no dan justicia*, es decir, *no la ministran*, sino que aplican la ley en cada caso concreto.”

El particular, si bien puede acudir a los juzgados por si mismo, no significa que la exposición de su problemática sea la adecuada, de ahí que, y en atención al carácter social del derecho, el acceso a la administración de justicia debe ser de forma benéfica para los gobernados, así que la asistencia jurídica se torna en un elemento imprescindible para asegurar la consecución y respeto a la garantía individual que estamos comentando.

Al contar con asesores, las personas adquieren mayor seguridad, pues son auxiliados en sus planteamientos, defensas y dudas por servidores públicos versados en derecho, de esta manera, la garantía de acceso a la justicia se considera completa.

Para complementar lo aquí expuesto, nos permitimos invocar la jurisprudencia<sup>13</sup> siguiente:

GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen 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 formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se

<sup>12</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, octava edición, México, 2005, Editorial Porrúa, p.25.

<sup>13</sup> Tesis: 1a./J. 42/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, tomo XXV abril de 2007, p. 124.

atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos -desembarazados, libres de todo estorbo- para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público -en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial- no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos.

Amparo directo en revisión 1670/2003. Fianzas México Bitál, S.A., Grupo Financiero Bitál. 10 de marzo de 2004. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Bonilla López.

Amparo directo en revisión 806/2004. Rosa López Zúñiga y otros. 11 de agosto de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz.

Amparo directo en revisión 1158/2005. Nicolás Alberto Ferrer Casellas. 24 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

Amparo directo en revisión 1394/2005. Antonino Martínez Santamaría y otros. 19 de octubre de 2005. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Miriam Flores Aguilar.

Amparo directo en revisión 631/2006. Almacenadora Regional del Golfo, S.A. de C.V. 4 de agosto de 2006. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

Tesis de jurisprudencia 42/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de catorce de marzo de dos mil siete.

Es pertinente señalar que el acceso a la justicia no se limita a los tribunales pertenecientes al poder judicial, puesto que los entes administrativos también deben respetar este derecho, ya que ante ellos se dirimen controversias en las que los particulares son parte, y la administración pública es la otra. Dada la gran variedad de la legislación de este campo del derecho, hace imprescindible que el gobernado cuente con un funcionario que lo ayude en los trámites y litigios respectivos.

4.2.- *Ley Federal de Defensoría Pública*: Su objeto es regular la prestación de los servicios de defensoría pública y asesoría jurídica federales, y con base en ella, se creó el Instituto Federal de Defensoría Pública, otorgándosele el carácter de órgano del Poder Judicial de la Federación, con independencia técnica y operativa, para que así los servidores públicos adscritos a este Instituto no se vieran subordinados a las autoridades judiciales, y fueran dotados de plena autonomía para ejercer sus funciones, lo cual se corrobora con el numeral 38 de la ley en cita.

La prestación del servicio de asesoría jurídica encuentra su justificación en el aspecto económico de la desigualdad social, por tal razón, cuando esta figura fue creada era novedosa, pues se cubría el vacío de defensoría gratuita en el fuero federal en las materias administrativa, civil y fiscal. Se estableció como receptores de este servicio a los desempleados, indígenas, pensionados, en fin, todas aquellas personas sin la posibilidad monetaria de contratar a los abogados particulares.

Respecto a este punto, César Esquinca Muñoa<sup>14</sup> manifestó:

---

<sup>14</sup> Esquinca Muñoa, César, *La Defensoría Pública Federal*, Editorial Porrúa, primera edición, México, 2003, pp. 325 y 326.



“En un país de profundas desigualdades como el nuestro, en que la riqueza se concentra en unas cuantas manos y la pobreza parece ser el único patrimonio de más de cincuenta millones de mexicanos, la existencia de instituciones que brinden a éstos la posibilidad de contar con un patrocinio legal adecuado para sortear los problemas legales que se multiplican en forma alarmante por las deficiencias del andamiaje jurídico, la ineficacia de las instituciones y la corrupción tanto en el sector público como en el privado, es vital que con su actuar establezca el necesario equilibrio que, a manera de válvula de escape, evite conflictos sociales generados por esas desigualdades.”

El asesor jurídico deberá atender asuntos de cualquier materia, pero, no podrá ofrecer el servicio en la modalidad de representación, en aquellas en las que exista una institución especializada. Al haber una Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, el asesor es incompetente para abogar por los trabajadores, de igual manera sucede con la Procuraduría Agraria y demás entidades similares.

*4.3.- Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública:* La Junta Directiva, con fundamento en la fracción VII del artículo 29 de la Ley Federal de Defensoría Pública, aprobó las bases generales, cuyo objeto es normar la organización y funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, establecer las reglas comunes y específicas para los servicios de defensoría y asesoría, definiendo las modalidades del servicio y competencia de esta última.

Acorde al artículo 31 de las bases generales, el asesor jurídico ofrece tres modalidades de asistencia legal a los usuarios:

a) Orientación: Se da en las materias para las cuales el asesor es incompetente, es decir, todas aquellas que no sean la administrativa, civil y fiscal del fuero federal. Por ende, la persona debe ser canalizada ante la dependencia pública que deba atenderlo de manera gratuita.

b) Asesoría: El asunto planteado por el usuario, si es de la com-

petencia del asesor, pero, no es posible iniciar instancia alguna, ya sea porque precluyeron los derechos del solicitante del servicio, o no se han materializado las circunstancias de tiempo y forma para la presentación de alguna promoción.

c) Representación: La problemática expuesta por el usuario es de la competencia de asesor, y es procedente acudir ante las autoridades judiciales y administrativas a iniciar la instancia que en derecho corresponda.

Por su parte, el diverso precepto 29 de las bases en cita, enlista cuáles son los asuntos que por materia, debe atender el asesor jurídico, los que en síntesis, tienden a proteger las garantías individuales del gobernado, mediante la promoción en diversas instancias, incluyendo al juicio de amparo.

5.- *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos*: La protección y defensa de las prerrogativas inherentes al género humano, fue elevada a rango constitucional, mediante el decreto que adicionó el apartado B al artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se señala que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios.

5.1.- *Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*: Acorde a este cuerpo normativo, los asuntos que no son de la competencia del *ombudsman*, son: actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales, resoluciones de carácter jurisdiccional, conflictos de carácter laboral, consultas formuladas por autoridades, particulares y otras entidades, sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales, examinar cuestiones jurisdiccionales de fondo y conflictos entre particulares.

Como vemos, las exclusiones atienden al principio de que existen entidades dotadas de competencia para atender dichos asuntos. En nuestro país el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es el encargado de resolver los conflictos en materia electoral; las juntas de conciliación y arbitraje los de índole labo-

ral, y en los juzgados en materia civil se ventilan las controversias entre particulares.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tiene como objetivos: la protección, observación, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico vigente en territorio nacional.

Es conveniente mencionar que las quejas, denuncias, resoluciones y recomendaciones formuladas por la referida Comisión no afectan el ejercicio de otros derechos y medios de defensa; por lo tanto, no suspenden ni interrumpen sus plazos y términos.

6.- *Derechos Humanos y Garantías Individuales*: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha otorgado el rango de garantías individuales a prerrogativas inherentes al ser humano, mismas que son necesarias para su desarrollo integral, y para regular su relación con las autoridades. A dichas prerrogativas se les denominan: derechos humanos.

La Constitución también establece los medios de defensa para la protección de las garantías individuales, en primer lugar tenemos el juicio de amparo; y en segundo término la presentación de una queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o ante alguna de las comisiones estatales.

7.- *Nuestra posición*: Originariamente el *ombudsman* carecía de atribuciones para emprender la defensa legal a favor del gobernado, lo cual, en muchas ocasiones dejaba insatisfecho a este último, pues el problema real continuaba existiendo.

En Europa, el *ombudsman* ha evolucionado de tal forma que existen organismos de defensa en contra de la administración pública: a favor del consumidor, materia de acceso a la información pública, suministro de servicios. Esa misma tendencia existe en Latinoamérica, sin embargo, en su gran mayoría, la facultad de litigar seguía estando fuera del ámbito competencial de las defensorías.

Los Estados Unidos Mexicanos se han apartado un poco de esa tendencia, porque se crearon entidades con facultades claras para intervenir en la defensa y representación jurídica de los gobernados.

El asesor jurídico federal, es el servidor público con competencia legal para representar ante las autoridades judiciales y administrativas, a las personas que consideran transgredidos sus derechos. El artículo 29 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, enlista las hipótesis de procedencia del servicio de asesoría jurídica del fuero federal.

Entre los supuestos enlistados se incluye la promoción del juicio de garantías, el cual, como ya hemos asentado, es un medio de protección de los derechos fundamentales, por lo que, se advierte que el asesor jurídico federal, mediante la promoción de juicios de amparo indirectos y directos, protege las garantías individuales de sus representados. Y no debemos dejar de lado, que en su mayoría, las garantías individuales son derechos humanos positivizados en la Constitución de la República, por lo tanto, el asesor jurídico se convierte en un *ombudsman* que ofrece defensa efectiva que puede originar una resolución con efectos sobre las partes, en vez de emitir recomendaciones no vinculatorias

Las relaciones entre el Estado y los gobernados, implican la existencia de actos de diversa índole, que por conducto de sus autoridades son ordenados y ejecutados por el primero, y que afectan la esfera jurídica de los segundos, además el mismo Estado debe evitar que el individuo quede en evidente inseguridad jurídica.

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

Al respecto, Ignacio Burgoa Orihuela,<sup>15</sup> opina que las garantías de seguridad jurídica:

---

<sup>15</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.* p. 109.

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

En virtud de lo anterior, observamos que el asesor jurídico federal, comparte la finalidad del *ombudsman*, con la diferencia que el interesado contará con una adecuada defensa legal de sus derechos fundamentales, mediante la promoción de juicios e interposición de recursos que en derecho procedan y cuya finalidad sea la protección de las prerrogativas del individuo.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- El “*derecho a una defensa adecuada*” es tutelado por el Estado, mediante la creación de diversas dependencias, que brindan asistencia jurídica gratuita a quienes no cuentan con recursos suficientes para pagar los honorarios de un abogado particular. Las actuales procuradurías y defensorías, recogen el espíritu del *ombudsman* sueco, ya que tiende a proteger a los gobernados de los actos de la administración pública.

SEGUNDA. - El *ombudsman* fue creado para proteger los derechos del ciudadano que se vieran afectados por la administración pública, y ha sido tal su aceptación, que dicha figura se ha extendido por todo el orbe, y se está especializando en determinadas ramas del Derecho. Nuestro país, no ha sido ajeno a tales hechos, ya que tenemos procuradurías y defensorías especializadas, que en el caso que nos ocupa se trata de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Federal de Defensoría Pública. La actividad del Estado para con el gobernado, suele afectar la esfera de derechos de este último, y para evitar excesos en el ejercicio de sus facultades, el mismo Estado ha generado la defensa pública y al *ombudsman*.

TERCERA.- La interpretación del artículo 17 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe permitir que se convierta en el fundamento constitucional a la asistencia jurídica gratuita.

CUARTA.- La figura del *ombudsman*, que México ha materializado en la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las Comisiones Estatales de Derechos Humanos, tiene una naturaleza distinta a las Defensorías o Procuradurías, en cuanto que las primeras se ocupan de la quejas de cualquier particular por violaciones a los derechos humanos consagrados como garantías individuales en la Constitución cometidas por autoridades administrativas, con exclusión de asuntos electorales, laborales o jurisdiccionales; en tanto que las segundas, tienden a garantizar el derecho de defensa y el acceso a la justicia ante autoridades administrativas y jurisdiccionales, exclusivamente a quienes no tengan medios para proveerse de adecuada defensa.

QUINTA.- El asesor jurídico federal, si puede defender en una controversia legal, las garantías individuales del gobernado, característica de la que carece el *ombudsman*, razón por la cual, aquél, si provee al interesado de una defensa que puede finalizar con una resolución con efectos vinculatorios, que realmente subsanen la vulneración al derecho fundamental de que se trate.

SEXTA.- El asesor jurídico, cuenta con competencia legal para promover el juicio de amparo en asuntos de naturaleza, administrativa, civil y fiscal en el fuero federal, ya que el objeto de dicho juicio es el de proteger las garantía individuales, y restaurar en el goce de las mismas al gobernado.

SÉPTIMA.- Finalmente, debemos señalar, que el gobernado no se conforma simplemente con recomendaciones o con oficios que se giren entre distintas dependencias, pues lo que necesita son soluciones jurídicas reales, es decir, que tenga un asesor jurídico que lo asista en los diversos trámites administrativos y judiciales a los que haya lugar.

## BIBLIOGRAFÍA

Berry, Jeffrey M. Goldaman Jerry, Janda, Kenneth. *The Challenge of Democracy*. Editado por Houghton Mifflin Company, quinta edición, Estados Unidos de América, 1997.

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

Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las garantías Individuales*. Editorial Porrúa, trigésimo quinta edición, México, 2002.

*Cassell's Latin & English Dictionary*. Editorial Macmillan Publishing Company, New York, Estados Unidos de América.

Castro y Castro, Juventino Víctor. *Biblioteca de amparo y derecho constitucional*, Tres volúmenes, Editorial Oxford, primera edición, México 2002.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y Concordada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, cinco tomos. Editorial Porrúa, decimoséptima edición, México, 2003.

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

Dehesa, Dávila, Gerardo. *Etimología Jurídica*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, cuarta edición, México, 2006.

De Pina Rafael, De Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, vigésimo cuarta edición, México, 1997.

*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, dos volúmenes. Editorial Espasa Calpe, vigésimo segunda edición, España, 2001.

*Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional autónoma de México, cuatro volúmenes. Editorial Porrúa, Edición Histórica, México, 2004.

*Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Primera Serie, siete volúmenes. Editorial Harla, México, 1997.

*Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Segunda Serie, siete volúmenes. Editorial Oxford, México, 2002.

Esquinca Muñoa, César, *La Defensoría Pública Federal*. Editorial Porrúa, primera edición. México, 2003.

Sánchez Bringas, Enrique. *Derecho Constitucional*. Editorial Porrúa,

segunda edición actualizada y aumentada. México, 1997.  
Zamora-Pierce, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. Editorial Porrúa, décima edición. México 2000.

## HEMEROGRÁFICAS

Orellana Wiarco, Octavio Alberto, ponencia titulada “*Ombudsman Fiscal o Defensor del Contribuyente*”, presentada en el séptimo congreso nacional de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, con sede en la ciudad de Duran, Durango, 30 de abril de 2004.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación. *Manual del Justiciable Materia Administrativa*. Cuarta reimpresión, México 2005.

## INFORMATICAS

CD-ROM IUS 2008, cuatro discos compactos. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Novena Época hasta Junio de 2008. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis. Estados Unidos Mexicanos.

CD-ROM *Justicia Fiscal y Administrativa* 2008. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis. Estados Unidos Mexicanos.

<http://www.cndh.org.mx>

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

<http://www.ifdp.cjf.gob.mx>

<http://www.ordenjuridico.gob.mx>

<http://www.scjn.gob.mx>

<http://www.sivilombudsmannen.no>

## LEGISLACIÓN APLICABLE

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.  
Ley de Amparo.



Ley Federal de Defensoría Pública.  
Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.  
Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

## Breves reflexiones sobre el Derecho Penal del Enemigo y Delincuencia Organizada

José Raymundo Cornejo Olvera\*

Homo homini lupus (El hombre es el lobo del hombre)

*Sumario: I.- Breve introducción al Derecho Penal del enemigo. II.- Características del Derecho Penal del Enemigo. III.- Implantación Constitucional del Derecho Penal del enemigo. IV.- Conclusiones.*

### I.- BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

No es un concepto novedoso el Derecho Penal del enemigo, y aparentemente está de moda la implantación del mismo alrededor del mundo, ya sea en países de Europa como España, Francia, Italia y Alemania o en nuestro Continente, desde Estados Unidos pasando por Latinoamérica en Colombia, Venezuela, Perú, Argentina, Chile etc., hasta llegar a México, de hecho, podemos señalar un antecedente no tan remoto del mismo cuando nuestro país firmó la “CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS”, Viena, Austria, en 1998; por tal motivo y siguiendo las pautas de esa convención nacieron algunas figuras jurídicas en materia penal y otras se agravaron, de acuerdo a esas pautas era menester endurecer el marco jurídico que existía en ese momento, lo que con posterioridad ocasionó la creación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada a

---

\* Defensor Público Federal.

fin de 1996, y para demostrar que desde entonces se inició la aplicación del “*derecho penal del enemigo*” y a fin de tener un contexto histórico, me permito hacer un rápido pero considero que útil recorrido de los alcances de esa Convención y su obvia influencia en la ley Federal Contra la Delincuencia Organizada lo que ocasionó importantes repercusiones legales en relación a algunas figuras jurídicas de nuestro sistema.

La Convención de Viena en su apartado de “Delitos y sanciones” señala:

1.- Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno las siguientes:

a) *La producción, fabricación, extracción, preparación, oferta y venta, distribución, entrega en cualquiera de las formas conocidas o medios, en uno de tránsito, transporte importación, exportación de sustancias psicotrópicas... “Existe delincuencia organizada... en los siguientes delitos...”* lo cual, a su vez se ve reflejado en los artículos 1° y 2° de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Artículo 1° de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada: “La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.”

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

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

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

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

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

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para compren-

2.- Siguiendo con los lineamientos de dicha Convención encontramos como causas que agravan el delito las siguientes:

- a) *El recurso a la violencia o el empleo por parte de armas del delincuente.*
- b) La participación del delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte.
- c) *Agravante el uso de menores de edad y por la calidad específica del sujeto activo.*

Todo lo anterior origina un aumento en las penas en los supuestos que establece el artículo 5° de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.<sup>2</sup>

3) De nueva cuenta y de acuerdo a las pautas que marca la multimencionada Convención, nos encontramos que se crea la figura jurídica de la *Declaración de culpabilidad anterior*. Lo que se encuentra plasmado en el último párrafo del artículo 41 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.<sup>3</sup>

Ahora bien, usando este criterio previo y determinado se elimina la posibilidad de que dentro de las formalidades esenciales del procedimiento se puedan ofrecer pruebas y alegar para tratar de ejercer el principio de contradicción ante una sentencia judicial firme. Lo anterior llega a violar el artículo 14 Constitucional, en

der el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal, y

VI. Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

(Texto vigente al 23 de enero del 2009).

<sup>2</sup> Artículo 5° de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada: “Las penas a que se refiere el artículo anterior se aumentarán hasta en una mitad, cuando:

I. Se trate de cualquier servidor público que participe en la realización de los delitos previstos para la delincuencia organizada. Además, se impondrán a dicho servidor público, destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos, o.

II. Se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualesquiera de los delitos a que se refiere esta Ley.”

<sup>3</sup> Artículo 41° de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada: “La sentencia judicial firme que tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva previa determinada, será prueba plena con respecto a este hecho, en cualquier otro procedimiento”.

relación al principio de presunción de inocencia que se contiene de manera implícita en dicho numeral.<sup>4</sup>

4) Otra transformación jurídica se llevó a cabo en el terreno de la prescripción en materia penal.<sup>5</sup>

5) Un cambio verdaderamente importante se origina en materia de pruebas en relación a la inversión de la carga de la prueba, esto en concordancia con el artículo 3° Fracción I de la Convención. Ahora bien, en un Estado democrático se sigue el principio: “*Del que afirma está obligado a probar*”; por consiguiente, si a una persona se le acusa de un delito se le tendrá probar que lo cometió en un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimien-

---

<sup>4</sup> Tesis aislada P. XXXV/2002, consultable en la página 14, del Tomo XVI, del mes de agosto del año 2002, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número de registro 186,185, que a la letra dice: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

<sup>5</sup> Artículo 6° de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada: “Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes, se duplicarán respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley cometidos por miembros de la delincuencia organizada.”

to, lo anterior de acuerdo al artículo 14 de nuestra Carta Magna, de lo que se colige que es al Ministerio Público, en representación del Estado, quien tendría que probar que un sujeto cometió un delito, pero bajo los alcances de la Convención, y ya después en el plano Constitucional de acuerdo al artículo 22 de dicho ordenamiento jurídico, se busca castigar la intencionalidad previa del delincuente, y se atribuye el elemento subjetivo del injusto y se da prácticamente como un hecho que el sujeto que se ubica en el supuesto normativo lo hace a sabiendas de la conducta ilícita, quedando en la realidad el indiciado en un total estado de indefensión, porque ¿Cómo hará para probar que no sabía?, lo que nos adentra en el terreno de las pruebas negativas, al revertirse la carga de la prueba, se destruye gran parte del legado jurídico y avance de la humanidad en el campo del Derecho y la Justicia.<sup>6</sup>

Por otra parte el artículo 29 de la Ley Federal Contra la delincuencia organizada determina:

*“Cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que una persona es miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación podrá disponer, previa autorización judicial, el aseguramiento de los bienes de dicha persona, así como de aquéllos respecto de los cuales ésta se conduzca como dueño, quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento.”*

Como podemos ver, en nuestra legislación secundaria y desde hace más de diez años ya se esbozaba el Derecho Penal del Enemigo, del cual su actual precursor es GÜNTER JAKOBS, y principal expositor de la escuela de Bonn, quien inició la presente corriente en Alemania a mediados de la década de los ochentas, por medio de la cual privilegiaba el interés del Estado y su supervivencia por encima del interés individual, inspirándose en una mezcla de ideas entre THOMAS HOBBS y su terrible *Leviatán* y ROUSSEAU y la filosofía que envuelve a su *Contrato social*, cabe mencionar que

<sup>6</sup> Cornejo Olvera, José Raymundo, *Análisis crítico de la Ley Federal Contra la delincuencia organizada*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Política Criminal, UNAM, México, 2008, pág. 18.

rebasaría por mucho las aspiraciones del presente trabajo el adentrarnos en esas cuestiones filosóficas, pero basta decir que se retoma el concepto de que el hombre está en un estado salvaje, libre y natural, de guerra y hostilidad, y es necesario para que sobreviva, que deje parte de ese estado libre y natural en que se halla, el hombre tiene como bien supremo su propia existencia, en el Estado de naturaleza no esta asegurada, sino en peligro y por ende se debe constituir un verdadero orden en la tierra que asegure la existencia de todos, esto es al ser por naturaleza todos los hombres iguales se les debe imponer ciertos límites para abandonar el estado de guerra en que se encuentran como enemigos (*bellum omnium contra omnes*). Por lo tanto, el Estado cumple su fin de protección mediante la creación de leyes civiles, siendo el objeto de estas leyes limitar la libertad natural de los hombres para evitar que se maten unos a otros, fomentando a su vez un sentimiento de paz y comunidad entre los hombres, para que se puedan en determinado momento unir contra otros enemigos, ahora bien, a las leyes civiles solo se encontrarán sujetos los ciudadanos que al observar y respetar las leyes alcanzan el status de súbditos y merecen toda la protección del Estado por esa obediencia. (Tesis de HOBBS).

Así las cosas, en el contrato social se puede reconocer un principio del derecho penal del enemigo, ya que se les niega la condición de personas a determinados malhechores, los que atacan al derecho social, por ese hecho y por sus delitos se convierten traidores a la patria y en una especie de rebeldes, por violar las leyes de la sociedad deja de ser su miembro y le hace la guerra, por lo tanto la conservación del Estado es incompatible con la del que fue ciudadano y por sus actos se convierte en enemigo, es menester que uno de los dos perezca y por lo tanto es válido dar muerte, ya al no ciudadano pero si al enemigo culpable, es imprescindible que sobreviva el Estado, para que el mismo sea el vehículo de lograr el bienestar de las personas, la paz y seguridad social. (Tesis de ROUSSEAU).

Antes de empezar a analizar someramente la teoría del derecho penal del enemigo, es conveniente definir la palabra enemigo,

según el Real Diccionario la Lengua Española, se entiende por enemigo: del latín “*inimicus*, contrario, lo que se muestra completamente diferente, dicho de una persona o un país: contrarios en una guerra, persona que le tiene mala voluntad a otra y le desea o hace mal, en el derecho antiguo, hombre que había dado muerte al padre, a la madre o a alguno de los parientes de otro dentro del cuarto grado o le había acusado de un delito grave, diablo o príncipe de los ángeles rebelados”. De entrada, al utilizar la palabra enemigo implica una muy fuerte carga psicológica y prejuicio en contra de los que serán destinatarios de este tipo de derecho, JAKOBS concibe un sistema funcionalista, en su denominado *Derecho penal del enemigo* y podemos encontrar tres tipos de ciudadanos, el primero es aquel que se comporta conforma a los roles establecidos por el propio Estado, respeta las reglas, es el ciudadano “modelo”, y por lo tanto mantiene su lugar y derechos en el Estado, no es un sujeto captado por el derecho penal.

El segundo es el ciudadano que se aparta o se desvía un poco de ese rol, pero que puede enmendarse, esto es, comete algún delito, pero dentro de ciertos niveles tolerables y por ende se le impondrá su respectiva sanción, pero a fin de cuentas el sujeto sigue siendo una “persona-ciudadano” y se le puede rescatar por el Estado, se le puede redimir a fin de que en su oportunidad y pagando previamente el daño cometido se pueda reincorporar a la sociedad.

Por lo que hace al tercer tipo de ciudadano se estima que a éste ya no le interesa mantener ese rol, ya que se considera que viola de una manera drástica los valores del Estado, se convierte en un enemigo del Estado, y por ende se le debe combatir como tal, sin miramientos, sin derechos ni prerrogativas o formalidades a su favor, ya que esta en juego la propia supervivencia del Estado contra esta “res o cosa”, que eligió, por motivo de sus actos, abandonar de manera definitiva su rol en la sociedad y por ello se le debe suprimir, no tiene derecho a enmienda alguna, ya que perdió su estatus como ciudadano-persona por su comportamiento o lo que es más peligroso, por el comportamiento que pudiese llegar a tener.



En otras palabras: *“Jackobs considera que aquellos individuos que no ofrecen garantías de comportamiento social, por su abierto e incluso permanente enfrentamiento con el orden existente, no pueden ser tratados como ciudadanos, sino como enemigos, por lo que se les debe aplicar un derecho penal distinto, es decir, distingue entre un derecho penal para enemigos de un derecho penal para ciudadanos. Aquellos individuos que no ofrecen garantías de comportamiento social, por su abierto e incluso permanente enfrentamiento con el orden existente, no pueden ser tratados como ciudadanos, sino como enemigos, por lo que se les debe aplicar un derecho penal distinto, es decir, distingue entre un derecho penal para enemigos de un derecho penal para ciudadanos.”*<sup>7</sup>

## II.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Podemos señalar algunas características del derecho penal del enemigo:

1.- Al existir una falta de seguridad cognitiva por parte del Estado se crean tipos penales que castigan la intencionalidad previa del delincuente (Por ejemplo amenaza de terrorismo).

2.- La imposición de la pena se eleva de modo desproporcionado en relación al hecho cometido y para todavía agravar más la pena se sigue el criterio de un derecho penal de autor y no de acto (Tesis de peligrosidad).

3.- Existe una clara disminución de garantías del proceso penal que incluso pueden llegar a ser suprimidas, se cuestiona la presunción de inocencia, se reducen las condiciones de exigibilidad para que la autoridad aporte pruebas contra el delincuente-enemigo (se deja de lado la teoría de la prueba ilícita), se restringe muy ampliamente el principio *“Nemo tenetur se ipsum accusare”*, (garantía de no autoincriminación), esto es, se busca por todos los medios que el sujeto imputado confiese su delito y se evita que se reserve su derecho a declarar, lo cual sucede especialmente con los miembros que se les

---

<sup>7</sup> Morales Ramírez, Arturo César, “Derecho penal del enemigo en nuestra legislación”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, número 20, 2005. Pág. 59.

impute que forman parte de la delincuencia organizada, se duplican los plazos en las detenciones policiales mientras se investiga el delito, se amplía y se justifica en exceso la prisión preventiva y hasta se reivindica el uso de la tortura, procurando darle tintes de legalidad, ya que se sigue la idea que aquél que delinquiró gravemente por delitos relacionados al narcotráfico, secuestro, terrorismo, delincuencia organizada dejó de ser ciudadano y se convirtió en enemigo del Estado y por lo tanto al dejar de ser persona y al convertirse en una “cosa” o un ser inerte, no tiene derechos que lo protejan, por lo tanto, se le puede torturar legalmente en aras de la seguridad nacional del Estado. Cabe precisar que al *enemigo* del Estado no se le puede dar el estatus de prisionero de guerra, ya que eso implicaría que estuviese automáticamente bajo la protección de la Convención de Ginebra, por lo que entonces se le considera “combatiente irregular” o terrorista y bajo este doble discurso se le arrebatan los derechos que pudiese tener.

4.- El tono del discurso que se maneja es sumamente belicoso, se autodenominan leyes de lucha, de guerra o de cruzada contra el enemigo, existe una metamorfosis entre una legislación penal y otra de legislación de combate.<sup>8</sup>

5.- Nos encontramos ante la existencia de diversos derechos penales, a saber, un derecho penal del ciudadano, que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma, y un derecho penal para enemigos que se orienta a combatir peligros.

A lo que agregaría que existe un tercer derecho penal para el caso de aquellos enemigos por motivo de guerra y a los cuales se les debería aplicar las disposiciones de la Convención de Ginebra.

### III.- IMPLANTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

Actualmente podemos apreciar la influencia del Derecho Penal del Enemigo en el marco Constitucional, por ejemplo, en materia de arraigos de la siguiente forma:

<sup>8</sup> PÉREZ CHÁVEZ, Javier Alfonso, “Consideraciones sobre el derecho penal del enemigo”, Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, México, número 3, junio 2007, Pág. 344.

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

Al respecto cabe señalar que ya empezaba a señalarse como violatoria de garantías individuales la figura del arraigo domiciliario, de acuerdo a la siguiente Tesis de jurisprudencia,<sup>9</sup> la cual obviamente, con la reforma Constitucional ha quedado superada.

Como se puede apreciar y a fin de darle tintes de legalidad a la figura del arraigo, el legislador optó por incorporar al rango Constitucional esta figura jurídica, lo que considero que es un retroceso en las garantías individuales del gobernado, por lo que se puede apreciar una expansión del derecho penal del enemigo.

De nueva cuenta en el artículo 16 Constitucional se indica:

*“Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.”*

---

<sup>9</sup>Registro No. 170555, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Enero de 2008. Página: 2756. Tesis: I.9o.P69 P. Tesis Aislada Materia(s): Penal. ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16 Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El dispositivo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contempla la figura del arraigo domiciliario con una doble finalidad, por una parte, facilitar la integración de la averiguación previa y, por otra, evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse contra el indiciado; sin embargo, su aplicación conlleva a obligarlo a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto de formal prisión, hasta por el término de noventa días; por tanto, esa medida es violatoria de las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y, primordialmente, de la de libertad personal consagradas en los artículos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De igual manera y a fin de evitar problemas de Constitucionalidad, se define lo que es la delincuencia organizada, esto es, se traslada un concepto de una ley secundaria y se le da plena fuerza y vigencia al introducirlo en nuestra Carta Magna.

Y siguiendo estas tendencias se modifica la Constitución y el arábigo 18 preceptúa:

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

*(...)*

*Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.”*

Llama especialmente la atención el doble discurso que se maneja en el numeral en comento, en primer lugar y con un espíritu garantista y liberal se señala que el sistema penitenciario se deberá organizar bajo las bases del trabajo, la capacitación, la educación, la salud, y el deporte con la finalidad de reinsertar al sentenciado a la sociedad, con la intención de que no vuelva a delinquir y hasta tendrá el sentenciado los beneficios que la ley prevea para tal efecto, de hecho se le permite al sentenciado y a fin de lograr su reinserción en la sociedad que purgue su pena en un centro penitenciario cercano a su domicilio, de acuerdo a JAKOBS y su teoría, podríamos señalar que es la aplicación del derecho penal para el ciudadano que se apartó o se desvió un poco de su rol pero que se puede reivindicar, y por otro lado, se hace patente el derecho penal del enemigo en el sentido de exclusión o supresión del que sea considerado un enemigo y por lo tanto un no ciudadano al señalar que

no se aplicará el beneficio de purgar las penas en un centro penitenciario cercano a su domicilio, ya que no importa la reinserción del sujeto a la sociedad, por ende no goza de ese beneficio.

*“Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.”*

A fin de evitar la polémica sobre la constitucionalidad o no de las prisiones de máxima seguridad, se establece a nivel constitucional el establecimiento de centros especiales para delincuencia organizada, que no especializados, lo que nos remota a las leyes especiales prohibidas por el artículo 13 de nuestra Constitución.

Siguiendo la filosofía de exclusión del enemigo y al no interesar ya su redención, se le restringen las comunicaciones ya sea del inculcado o sentenciado por el delito de delincuencia organizada, lo grave es que se está equiparando con este trato al procesado con el sentenciado, lo cual a su vez viola el principio de presunción de inocencia contemplado en el artículo 20, Apartado B, Fracción I, del proyecto de reforma ya señalado, que a la letra dice:

*“De los derechos de toda persona imputada: Fracción I, A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.*

Todavía existe algo más grave, al señalar el artículo 18 en su última parte *“Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley”*. Con base en lo anterior se abre la posibilidad que las disposiciones de exclusión y no reinserción del “enemigo” no solamente se apliquen a los miembros de la delincuencia organizada, sino que también se podrán aplicar a cualquier otro interno que el Estado considere que es necesario aplicarles esas medidas de seguridad, por lo que nos

encontramos ante una generalización y expansión del derecho penal del enemigo y que colisiona con nuestras tradiciones garantistas.

Así las cosas, nos encontramos que el artículo 19 Constitucional, no fue ajeno a la presente corriente.

#### Artículo 19.

*El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.*

Siguiendo con la tendencia ya referida, se indica que el juez ordenará oficiosamente (que no de oficio), la prisión preventiva en los casos de delincuencia organizada y se abre otra puerta de expansión del derecho penal del enemigo al establecer que: “*así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.*”. Es importante señalar que no está definido el concepto de seguridad nacional, lo que podría prestarse a excesos de poder en aras de la seguridad del Estado:

*Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.*

Como se pudo advertir desde el principio del presente trabajo, según la Convención de Viena se buscaba aumentar los plazos para evitar la prescripción relacionada a los delitos de delincuencia organizada, en el caso en comento de la reforma al artículo 19 Cons-

titucional, simplemente no correrá la prescripción ya que la misma se suspende.

El artículo 20 de nuestra Constitución, fue objeto de muy importantes reformas y será la piedra angular sobre la que descansará el nuevo proceso penal, llevándose la transición de un proceso penal inquisitorio hacía un nuevo proceso penal de corte inquisitorio. Veamos, en lo que concierne su reforma.

*“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:*

*B. De los derechos de toda persona imputada:*

*III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.*

*La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;”*

A nivel Constitucional nos encontramos ante una reserva de datos del *acusador*, cuando se trata de delincuencia organizada, esto en relación con lo dispuesto por los artículos 35<sup>10</sup> y 37<sup>11</sup> de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, además se señalan una serie de reglas y requisitos para otorgar diferentes beneficios a los miembros de la delincuencia organizada que al convertirse en delatores involucren a otros delincuentes especialmente a quienes tienen funciones de administración, dirección o supervisión, ya que la fracción I, al señalar que cuan-

---

<sup>10</sup> Artículo 35 de la Ley Federal Contra a Delincuencia Organizada: “El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:

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

do no exista averiguación previa en su contra, los beneficios que aporte de la averiguación previa iniciada por su colaboración no serán tomadas en su contra.

Cabe señalar que dicho beneficio sólo podrá ser otorgado en una sola ocasión respecto a la persona, lo cual podría favorecer la impunidad y propiciar que queden sin castigo los ilícitos que el activo y que después convertido en delator, proporcione información. Además en el caso que ya exista averiguación previa y que el colaborador esté implicado y aporte elementos suficientes para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, su sanción que le correspondería por los delitos cometidos pudiera ser reducida hasta en dos terceras partes.

En estos casos se considera que se está legislando de forma muy particular, ya que previamente ya existía y existe una legislación penal que establece los beneficios que se otorgarán a los procesados o sentenciados, como los contemplados en los artículos 70, 84 y 90 del Código Penal Federal, entre otros y de los beneficios que

---

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

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

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

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

<sup>11</sup> Artículo 37 de la L.F.C.D.O. “Cuando se gire orden de aprehensión en contra de un miembro de la delincuencia organizada, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes auxilien eficientemente para su localización y aprehensión, en los términos y condiciones que, por acuerdo específico, el Procurador General de la República determine.

En el caso de secuestro, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes sin haber participado en el delito, auxilien con cualquier información que resulte cierta y eficaz para la liberación de las víctimas o la aprehensión de los presuntos responsables. La autoridad garantizará la confidencialidad del informante.”



señala la Ley General que establece las Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de sentenciados.

Lo preocupante, es que al establecerse lo anterior en nuestra Carta Magna, se acepta tácitamente, la incapacidad del Ministerio Público Federal para poder realizar y llevar a buen término sus principales funciones y por lo tanto, jurídicamente se prefiere convenir con los delincuentes que realizar de una manera eficaz la que es su principal encomienda, que es la de investigar y perseguir la comisión de los delitos que se produzcan.

*“V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.”*

Nos encontramos ante otra restricción en este tipo de proceso penal, ya que se evitan ciertas características esenciales del mismo, esto es la publicidad y el principio de contradicción que deben regir en éste.

*“En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;”*

En estas circunstancias la ley procesal deberá ser muy cuidadosa para permitir que se respete el principio de contradicción en materia penal, esto además, en armonía con la presunción de inocencia que deberá gozar cualquier imputado.

*“C. De los derechos de la víctima o del ofendido:*

*I...*

*V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.*

*El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;”*

Lo anterior servirá para dar sustento jurídico a nivel Constitucional, de la institución y programas de protección a testigos y colaboradores en materia de delincuencia organizada.

## CONCLUSIONES

Es innegable que lamentablemente vivimos tiempos difíciles, y que la violencia se ha desbordado en nuestro país, motivos que orillaron al legislador a crear una legislación de emergencia y a incluir el derecho penal del enemigo en nuestro marco Constitucional y que tratándose de los delitos de delincuencia organizada, al Estado ya no le interesa dialogar con sus ciudadanos (menos readaptarlos) que se ubiquen en ese derecho penal de exclusión y de supresión, esto es, si con anterioridad se tenía el estatus de ciudadano pero bajo esta filosofía se dejó de serlo, entonces el sujeto se convierte en una especie de enemigo del Estado.

Lo anterior nos aparta del espíritu del artículo 1º<sup>12</sup> de nuestra Ley Suprema y se aleja de los fines de un estado liberal y democrático. Sin embargo, es cierto que ese numeral no es absoluto y que dicho precepto señala que pueden existir casos en los que se pueden restringir y suspender las garantías individuales.

Recordemos que no puede existir antinomia entre dos preceptos de la Constitución, por lo tanto, estamos presenciando el nacimiento de dos tipos de procesos, el primero de ellos, de corte garantista donde se aplaude la incorporación en la ley fundamental de

---

<sup>12</sup> Artículo 1º Constitucional “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 al 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 discapacidades, 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 menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

figuras jurídicas como el señalamiento expreso de la *presunción de inocencia*, la *teoría de la prueba ilícita*, que dicho proceso penal será *acusatorio*, *oral*, *bajo los principios de publicidad*, *concentración*, *contradicción*, *inmediación*, además se señala que la carga de la prueba corresponderá a la parte acusadora, etc.

El segundo de ellos, es la inclusión y expansión a nivel Constitucional del denominado derecho penal del enemigo.

## BIBLIOGRAFÍA

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

Cornejo Olvera, José Raymundo, *Análisis crítico de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Política Criminal, UNAM, México, 2008.

Morales Ramírez, Arturo César, “¿Derecho penal del enemigo en nuestra legislación?”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, número 20, 2005.

Pérez Chávez, Javier Alfonso, “Consideraciones sobre el derecho penal del enemigo”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, número 3, junio 2007.

*Diccionario jurídico Espasa*, Siglo XXI, 2° Edición, Madrid, 1991.

*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22° Edición, Madrid, 2008.

## LEGISLACIÓN CONSULTADA

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, ed. Sista, México, 2008.

*Código Federal de Procedimientos Penales*, ed. Sista, México, 2008.

*Código Penal Federal*, ed. Sista, México, 2008.

*Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*, ed. Sista, México, 2008.

## La inconstitucionalidad de los retenes instaurados por las autoridades en las ciudades y carreteras dentro de los Estados Unidos Mexicanos

*María Teresa de Jesús Corona Cortés\**

Ante el índice tan grande de criminalidad y la ola de violencia imperante en nuestro país, las autoridades han decidido tomar una serie de medidas cautelares a fin de poder detener esta situación. Sin embargo es menester señalar que todo acto de autoridad debe ejercitarse con apego al Estado de derecho que exige la sociedad mexicana.

Los lineamientos que en su momento pretenden ser preventivos y represivos, que las autoridades han implementado frente a las demandas de la ciudadanía no obstante lo comentado en líneas anteriores, adolece del marco jurídico necesario, y ante esta afirmación son diversas las posturas, causas y razones por las cuales se pudiera especular que las autoridades han adoptado estas medidas, tal vez sea motivado porque algunas son poco observadoras del respeto que se debe a la esfera jurídica de los particulares o gobernados, o en su caso se pudiera establecer que a pesar del pleno conocimiento de la existencia y los alcances de la misma, no les interesa el ejercicio de la protección constitucional a fin de poder llevar a cabo debidamente sus funciones, pues citando a Maquiavelo: “el fin justifica los medios”.

---

\* Defensora Pública Federal.

Una de las medidas con el carácter de preventivas y represivas bastantes discutibles tomadas por las autoridades es el de establecer dentro de las ciudades y en las carreteras de nuestro país los famosos “retenes”.

Pero, ¿Qué es un retén? El Diccionario de la Lengua Española nos establece los conceptos propios de lo que se podría considerar la palabra retén.

#### Retén

1. Repuesto o reserva que se tiene de una cosa.
2. Tropa para reforzar los puestos militares.
3. Conjunto de personas dispuestas para intervenir en caso de necesidad.

#### Retener

1. Conservar o guardar para sí.
2. Descontar un dinero en un pago o cobro.
3. Conservar en la memoria.
4. Impedir que una persona se vaya o se aleje de un lugar.
5. Impedir o dificultar el curso normal de una acción.
6. Reprimir un deseo o pasión<sup>1</sup>.

Derivado de los conceptos anteriores y ya en el aspecto empírico, se puede establecer que es una limitación al paso común de una persona que transita en calidad de peatón a través de un vehículo automotor por parte de autoridades diversas, supuestas a la protección de la seguridad pública.

Establecido lo anterior, habrá que mencionar que una vez limitado el libre tránsito de las personas por el territorio nacional, se suscita una flagrante violación a los derechos fundamentales, trasgresión resultante de los actos de autoridad que ahí ocurren, los cuales constituyen un verdadero acto inconstitucional y una afectación directa a la esfera jurídica de los gobernados.

La utilización de los retenes por autoridades diversas tales como elementos de las Fuerzas Armadas, Policía Federal Preventiva y

---

<sup>1</sup> Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. 2007 Larousse Editorial, S.L.

Agencia Federal de Investigaciones, se traduce en una verdadera contravención a lo establecido por nuestra Carta Magna, dentro del capítulo que establece los derechos fundamentales, conocidas como garantías individuales. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 11 establece:

*“ARTÍCULO 11. 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.”*

*(MODIFICADO POR LA REIMPRESIÓN DE LA CONSTITUCIÓN, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE OCTUBRE DE 1986)*

En esta disposición constitucional encontramos salvaguardada la libertad de tránsito de todo ser humano que se interne en territorio nacional, prerrogativa que se traduce en la facultad que tiene toda persona de transitar libremente por todo el territorio nacional, sin necesidad de trámite o documentación alguno, es decir, sin ser molestados en su devenir por la República Mexicana, sin importar el medio que para ello utilice.

Es necesario destacar que la Ley Fundamental también establece limitaciones a este derecho subjetivo público, pero sólo será restringido el ejercicio de esta garantía cuando el gobernado se encuentre sujeto a un proceso penal o investigación ministerial, juicio civil o administrativo, de tal suerte que el hecho de no limitar su libertad de tránsito pudiera tener como resultado entorpecer

las investigaciones o alterar el procedimiento, proceso, juicio o litigio en el que se encuentra involucrado el individuo.

También las autoridades administrativas podrán limitar el ejercicio el derecho de libre tránsito en lo que respecta a una investigación que se le esté siguiendo a la persona o bien por los posibles requerimientos que se pudieran realizar a la misma respecto de sus deberes u obligaciones.

Sin embargo, fuera de las limitaciones anteriormente indicadas, ubicándonos en el Estado de Derecho que se ha pretendido por instaurar en nuestro país, ninguna autoridad puede perturbar el goce de esta garantía individual, lo que de hecho en la realidad ocurre cuando autoridades diversas establecen cercos de revisión con el propósito de que los gobernados pasen por el lugar en cuestión y sean revisados, incluyendo en esta revisión su persona, papeles, posesiones, vehículos y derechos, e incluso en no pocas ocasiones al realizar estas prácticas las personas son vejadas en sus derechos.

Esto no sólo ocurre en las carreteras de nuestro país, sino también dentro de las ciudades, en las cuales los medios de transporte público son detenidos y los pasajeros son sujetos a revisiones vejantes, toda vez que son colocados en posiciones similares a los sujetos sospechosos quienes van a ser revisados, por haber cometido probablemente un ilícito.

Por lo anterior, se concluye que la libertad de transitar dentro de la República Mexicana, así como de entrar y salir de ella, es un derecho específico de libertad que se complementa con el de establecer, fija o transitoriamente, residencia en el territorio nacional.

Es evidente que el espíritu del constituyente al proteger los derechos subjetivos públicos, estriba en el hecho mismo de no exigir para su disfrute requisitos especiales; sin embargo, en aquellos supuestos de excepción se preserva la facultad de la autoridad judicial para restringirlos en los casos de responsabilidad criminal o civil; o de la autoridad administrativa por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y

Salubridad General de la República Mexicana, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. Limitaciones que suponen sin duda, la protección de los derechos de terceros y de la vigencia de la ley, por causas de interés público.

El supuesto de las restricciones al ejercicio de estos derechos por determinación judicial en casos de responsabilidad criminal, evidentemente se refiere a aquellos que por la comisión de un delito conllevan a la detención y privación de la libertad como sanción o como medida preventiva, lo que constituye sin duda el ejemplo más claro, y también más recurrido, de afectación legal a estos derechos. Suelen reconocerse en los procedimientos jurisdiccionales también las medidas o providencias precautorias como el arraigo, que impide a una persona se ausente del lugar donde se le instaura una investigación con carácter público.

Y por supuesto, en materia administrativa, por invocar un ejemplo, es indispensable, cuando se trata de salir del país, la necesidad de un pasaporte que, para efectos administrativos de control de emigración establece la ley, regulados por las autoridades de la materia. Otra muestra para ejemplificar que podemos citar lo constituyen las leyes de asentamientos y ordenación urbana en términos de lo previsto en el artículo 27 constitucional.

El otro supuesto marcado por la ley alude a la facultad de expulsar a los extranjeros residentes en nuestro país que se consideran perniciosos; mismo que hace alusión a lo previsto por el artículo 33 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que contiene una potestad exclusiva para el Presidente de la República de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Como derecho humano oponible al Estado, la violación al derecho de libertad de tránsito se da cuando las autoridades, de manera arbitraria, realizan conductas que afectan, ya sea obstaculizando o impidiendo, que las personas puedan entrar o salir de la República, o viajar dentro de ella; y, de manera implícita la



acción indebida de expulsar a alguien del país sin causa legal que lo justifique.

Por el ejercicio del derecho de libertad de residencia, se protege la facultad de elegir dónde residir dentro de la República, de mudarse a otro lugar y también a no ser expulsado del propio país.

Este tipo de libertades suelen ser las primeras que se limitan en los regímenes que tienden al autoritarismo, y no importando la causa en la que pretendan legitimarlo, se trata siempre de establecer un férreo control autoritario sobre los individuos.

Por ello, las libertades enunciadas suponen hoy día uno de los pilares de los estados democráticos contemporáneos, y esa es la razón que inspira no sólo a nuestra Constitución a reconocerlos, sino a diversos instrumentos de corte internacional.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 13 establece:

*“Artículo 13.*

*1. TODA PERSONA TIENE DERECHO A CIRCULAR LIBREMENTE Y A ELEGIR SU RESIDENCIA EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO.*

*2. TODA PERSONA TIENE DERECHO A SALIR DE CUALQUIER PAÍS, INCLUSO DEL PROPIO, Y A REGRESAR A SU PAÍS.”*

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, los consagran en el mismo sentido, pero esta última es más específica al agregar, además de las causas de restricción de estos derechos, que nadie puede ser expulsado del territorio del estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar al mismo.

También podemos mencionar lo que establece la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José): “Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia. 1.- Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3.- El ejercicio de los derechos

anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4.- El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.”

Estos instrumentos internacionales protegen a los individuos subordinados al poder del Estado (vínculo jurídico gobierno-gobernados) y están plenamente sustentados no sólo por nuestra Carta Magna si no también en base a jurisprudencia. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene en la siguiente tesis: *TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.*

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. [...] No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado,

sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis PC/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999.

Ahora bien, cuando hablamos de los retenes por parte de las Fuerzas Armadas Mexicanas, habrá que hacer mención que ciertamente es responsabilidad del Estado garantizar la seguridad en el territorio nacional, aunque también es cierto que esta salvaguarda debe hacerse con estricto apego a Derecho, lo que en nuestro país no ocurre.

Nuestras Fuerzas Armadas están facultadas en su ámbito de derecho para la protección interna y externa del Estado mexicano, entendiéndose esto como un verdadero escudo institucional de nuestra soberanía; sin embargo, erróneamente se les han impuesto condiciones para desempeñar sus funciones, por demás inoperantes y fuera de derecho; a efecto de afianzar lo dicho en líneas anteriores es menester señalar lo que establece el artículo 129 de nuestra Constitución General de la República.

“ARTÍCULO 129. EN TIEMPO DE PAZ, NINGUNA AUTORIDAD MILITAR PUEDE EJERCER MÁS FUNCIONES QUE LAS QUE TENGAN EXACTA CONEXIÓN CON LA DISCIPLINA MILITAR. SOLAMENTE HABRÁ COMANDANCIAS MILITARES FIJAS Y PERMANENTES EN LOS CASTILLOS, FORTALEZAS Y ALMACENES QUE DEPENDAN INMEDIATAMENTE DEL GOBIERNO DE LA UNIÓN; O EN LOS CAMPAMENTOS, CUARTELES O DEPÓSITOS QUE, FUERA DE LAS POBLACIONES, ESTABLECIERE PARA LA ESTACIÓN DE LAS TROPAS.”

De la lectura del artículo citado anteriormente se desprende el hecho de que las Fuerzas Armadas Mexicanas no pueden actuar en calidad de “Policías Civiles” ya que su función principal y única es la defensa de la *soberanía* del Estado Mexicano, por consiguiente, esta institución carece de facultades para interactuar de la manera como lo está haciendo con los particulares, mas aún es incierto su actuar jurídicamente hablando, cuando se trata de establecer retenes dentro y fuera de las ciudades pues esto no es sino una acción contradictoria de su fin último.

Independientemente de todo lo expresado anteriormente y volviendo a nuestro estudio constitucional, habrá que decir que ninguna autoridad está facultada para ejercitar sobre el ámbito de derecho de particular alguno, ningún acto de autoridad que no se encuentre debidamente fundado y motivado en la legislación correspondiente.

Esta garantía se tiene enmarcada dentro de aquellas que pertenecen a la seguridad jurídica de los particulares y se traduce en un medio de protección que tienen los gobernados frente a al Estado y sus órganos, por supuesto nos estamos refiriendo a los actos de molestia los cuales se encuentran debidamente expresados en el artículo 16 de nuestra Ley Fundamental que a la letra dice:

“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.”

(REFORMADO EN SU INTEGRIDAD MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008)

Hablar de los actos de molestia merecería un apartado específico, para establecer de forma completa el alcance que esta garantía contempla, pero *grosso modo* podemos establecer que precisamente se establece en la Constitución General de la República que toda autoridad deberá tener un respeto absoluto en la esfera jurídica de los particulares la cual sólo puede ser transgredida por mandato de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Si sopesamos esta garantía con lo que ocurre en los retenes en donde no sólo violan la libertad de tránsito al detener injustificadamente a una persona, sino que además proceden a realizar un acto de molestia al hacer una revisión minuciosa de las pertenencias del particular, estamos ante una flagrante violación al espíritu de la ley.

En muchas ocasiones las autoridades han manifestado que estos retenes son necesarios para evitar el índice de criminalidad y así acabar con la comisión de ilícitos, aunque en más de una ocasión han reconocido que están actuando contrario a Derecho, tal y como demostraremos a través de un suceso que relataremos a continuación:

NAUCALPAN. Carlos Hiram Castillo Toledo, subdirector de Seguridad Pública y Tránsito municipal, señaló que los retenes policíacos realizados en diferentes comunidades continuarán, pese a ser anticonstitucionales, pues han logrado disminuir los índices delictivos reportados en el transporte público, contra peatones y robo de autos.

“De acuerdo a la ley sabemos que los retenes no se deben aplicar, pero seguirán siempre y cuando la ciudadanía los solicite y estén presentes para dar fe de ellos”, señaló Hiram Castillo.

El subdirector de la policía municipal indicó que en estos operativos participan los presidentes de colonos, personal de Derechos Humanos y de la Contraloría.

Castillo Toledo mencionó que avisan prácticamente al momento de que llevan a cabo los operativos, para evitar una posible fuga de información y tener resultados más efectivos.

Por otra parte, el funcionario policiaco dio a conocer que los retenes de revisión en las unidades de transporte público, se han intensificado, ante las solicitudes ciudadanas, por el incremento de asaltos a pasajeros y chóferes.

El subdirector policiaco informó que los operativos se están aplicando todos los días y en diferentes horarios, con la participación de diez policías, concentrándose en la ruta de las avenidas Primero de mayo y Luis Donaldo Colosio, donde se detiene una unidad para bajar y revisar a los pasajeros<sup>2</sup>.

El resultado de los retenes, aseguró, ha sido positivo, ya que en los últimos 15 días se ha logrado detener a seis personas con armas blancas, las cuales son utilizadas para amedrentar a los usuarios del transporte público.

Por medio de la lectura de este reportaje se puede advertir que la autoridad está consciente de que los actos que se realizan son contrarios al verdadero Estado de Derecho que debería imperar en nuestro país, sobre todo en este momento en donde los gobernados estamos pasando por una situación por demás grave, no sólo en el aspecto económico, sino también de incertidumbre legal y de desconfianza hacia sus autoridades, las cuales en todo momento deberían estar prestando sus servicios en beneficio de la colectividad, en lugar de seguir actuando ilegalmente.

Muchos son los pretextos que las autoridades ponen a fin de llevar a cabo este acto de molestia, lo mas grave es que utilizan como uno de los que los particulares les permiten llevar a cabo estos actos que se traducen en verdaderos actos inconstitucionales, renunciando de manera expresa, según ellos alegan a sus propios derechos, sin embargo esto sería de facto por demás imposible ya que tal y como lo dispone nuestra Constitución en su artículo 1º, que establece:

---

<sup>2</sup> Autor de la noticia: Martha Yolanda Nieto [www.excelsior.com.mx](http://www.excelsior.com.mx)

“ARTÍCULO 1o.- EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS TODO INDIVIDUO GOZARÁ DE LAS GARANTÍAS QUE OTORGA ESTA CONSTITUCIÓN, LAS CUALES NO PODRÁN RESTRINGIRSE NI SUSPENDERSE, SINO EN LOS CASOS Y CON LAS CONDICIONES QUE ELLA MISMA ESTABLECE”

Entonces, si estamos a la interpretación dogmática de este artículo, los gobernados no podrían renunciar expresamente a sus propias garantías individuales, puesto que son inherentes a su persona, ya que en caso contrario cualquier persona renunciaría al derecho que le concede la Constitución en cuanto a su libertad y volverse esclavo de otro particular, lo cual además que parecer irrisorio sería por demás preocupante, ya que se traduciría en un verdadero retroceso legal y social.

No podemos aceptar que las garantías establecidas por nuestra Constitución se vean mermadas ante la vorágine letal en que la Autoridad pretende hacer caer al gobernado, la defensa de nuestros derechos es el fin último que los legisladores constituyentes pretendieron plasmar dentro del espíritu de la ley, por ende, establecieron los medios de defensa para salvaguardar dichos derechos, es decir estamos hablando del Juicio de Garantías o Amparo.

Sin embargo, debido a que el grueso de la población desconoce el abanico de sus derechos y obligaciones legales, es por demás ineficaz el contar con la maquinaria legal que protege los derechos fundamentales, si ésta no se echa a andar.

Empero, en nuestra sociedad existen personas que aún luchan en contra de lo que consideran contrario a derecho, utilizando la maquinaria jurisdiccional, al respecto deberemos mencionar los comentarios de un célebre jurista los cuales se publicaron en las páginas de La Jornada el 18 de junio del año 2007.

México, DF, (La Jornada).- 18 de junio de 2007 *La personas que sean detenidas por presuntos actos ilícitos, al ser revisadas en retenes instalados en calles o carreteras del país, deben ser liberados de los cargos en su contra, cuando los puestos de revisión sean instalados sin contar con la orden expresa de una autoridad administrativa. Sostiene lo*

anterior, el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), José Ramón Cossío Díaz en el voto particular que emitió en contra del criterio mayoritario, en el que el máximo tribunal negó el amparo al chofer de un camión que fue detenido el puesto de control militar “Corral de Piedra”, cuando circulaba en la carretera federal 54 en el estado de Zacatecas.

En ésta que es la primer postura de un ministro del máximo tribunal en torno a la constitucionalidad de los retenes, Cossío menciona que en el camión que conducía el acusado, los militares encontraron 591 kilogramos de mariguana(sic), y que al ser detectada la droga, las autoridades militares dieron aviso a la zona militar correspondiente, lo pusieron a disposición del agente del Ministerio Público federal, a fin de que iniciara la indagatoria correspondiente, “en la que además dichos militares tuvieron la calidad de testigos”, misma que concluyó con sentencia condenatoria.

A partir del análisis de este asunto, en el que el quejoso alegó que los retenes eran inconstitucionales porque impiden el libre tránsito, Cossío Díaz reprocha a sus compañeros de pleno que en lugar de haber negado el amparo, sin entrar al fondo del asunto, lo que hubiera permitido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Máximo Tribunal en nuestro país, definiera un criterio sobre la constitucionalidad de los retenes: Lo anterior era de “importancia y trascendencia”, por el hecho de que “la situación actual del país en materia de seguridad, lleva de la mano la aplicación de políticas que pueden limitar o restringir” la garantía constitucional de libre tránsito.

Sobre este punto, Cossío plantea que “la instalación de un retén a efecto de realizar la revisión de automotores que circulen por las carreteras del país, no constituye una limitante a la garantía de libertad de tránsito”. Sin embargo, subraya el ministro, los retenes son “actos de molestia” a los gobernados, por lo que, para ser constitucionales tienen que ser autorizados por una autoridad administrativa que debe expedir lo siguiente para darle legalidad a ese acto:

-Orden por escrito, que el documento sea emitido por autoridad competente y que esté “debidamente fundada y motivada” la orden, “de



modo que se dé cuenta del motivo de su emisión y del tipo de actuaciones que su ejecución puede implicar, como sería la inspección administrativa de lugares abiertos al público”.

El documento subraya que las autoridades civiles federales (Procuraduría General de la República, Secretaría de Seguridad Pública federal, entre otras) pueden desplegar retenes, así como las autoridades militares (Secretaría de la Defensa Nacional y Armada de México), pero bajo la estricta subordinación con respecto a la autoridad civil.

Cossío subraya que la exigencia formal de un documento escrito, cuando se instalen retenes, tiene el propósito de que la autoridad dé a conocer a los afectados, antes o simultáneamente a la ejecución de la revisión de los vehículos, permitirá a los ciudadanos conocer la fundamentación y la motivación legal del operativo para la detección y aseguramiento de personas y bienes relacionados con posibles actos delictivos.

Sin embargo, el ministro deja en claro que “el Estado no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos (como el mantenimiento de la seguridad pública) de un modo abiertamente desproporcionado, a costa de una afectación innecesaria de los derechos fundamentales” del ciudadano.

Por ello, cuando una autoridad revise la constitucionalidad de la instalación de un retén, ésta deberá contar los elementos necesarios para determinar, por ejemplo, si el lugar en el que se instaló el puesto de revisión se encuentra “razonablemente determinado” o si por el contrario, la actuación de la autoridad administrativa “estaba diseñada para afectar en realidad a una persona determinada”, o si las autoridades procedieron de manera objetiva o actuaron arbitrariamente.

Así las cosas, el documento concluye que no debe ser la flagrancia la prueba fundamental para detener a una persona en un retén, y que en caso de que los puestos en revisión no sean instalados con la formalidad necesaria, entonces las personas aseguradas y consignadas ante el Ministerio Público, deben ser dejadas en libertad por los jueces, porque las acusaciones en su contra se basarían en “pruebas ilícitas”, que son las que se obtienen violando el orden jurídico.

En cuanto a los objetos ilícitos asegurados, como serían drogas, ar-

*mas, etc., Cossío plantea que éstos sí deben ser asegurados por la autoridad, para verificar la licitud de las mismas.*

Continuando con nuestro estudio, habría que analizar las facultades que tienen las autoridades, para así determinar cuál es el ámbito de su competencia, por lo menos en lo que respecta al aspecto institucional y constitucional, para ello una lectura a lo que establece nuestra Constitución sería menester para tal tarea, en estos términos el artículo 21 constitucional establece:

“ARTÍCULO 21. LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS CORRESPONDE AL MINISTERIO PÚBLICO Y A LAS POLICÍAS, LAS CUALES ACTUARÁN BAJO LA CONDUCCIÓN Y MANDO DE AQUEL EN EL EJERCICIO DE ESTA FUNCIÓN.

(REFORMADO EN SU INTEGRIDAD MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008)

LA SEGURIDAD PÚBLICA ES UNA FUNCIÓN A CARGO DE LA FEDERACIÓN, EL DISTRITO FEDERAL, LOS ESTADOS Y LOS MUNICIPIOS, QUE COMPRENDE LA PREVENCIÓN DE LOS DELITOS; LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN PARA HACERLA EFECTIVA, ASÍ COMO LA SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS, EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY, EN LAS RESPECTIVAS COMPETENCIAS QUE ESTA CONSTITUCIÓN SEÑALA. LA ACTUACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD PÚBLICA SE REGIRÁ POR LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, OBJETIVIDAD, EFICIENCIA, PROFESIONALISMO, HONRADEZ Y RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN ESTA CONSTITUCIÓN.”

Es aquí en donde procederemos a un estudio minucioso y determinante de las facultades que se les atribuyen a las autoridades en el ámbito constitucional, si bien podemos apreciar que nuestra Constitución establece lineamientos muy claros del ámbito de competencia en lo que respecta a la protección de la seguridad pública por parte de las autoridades, también es cierto que distribuye

cualitativamente cada sección, distribuyendo la carga de la seguridad pública en beneficio de la ciudadanía y del orden público en sus tres competencias, es decir federal, estatal y municipal.

Es decir cada autoridad podrá en el ámbito de su competencia desempeñar estrategias a fin de poder garantizar la seguridad pública, sin embargo estas estrategias, deberán ser bajo los principios de legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos.

Todos estos lineamientos fueron puestos por los legisladores constituyentes a fin de establecer un freno a la aplicación de medidas por parte de las autoridades y así llevar la seguridad pública con base en un orden social, sin que se afecten derechos de terceros, no obstante, en la práctica estos lineamientos no son aplicados, esto se refleja en mas de una ocasión a través de las recomendaciones que la Comisión de Derechos Humanos, sigue emitiendo en contra de los cuerpos policíacos en todas las esferas de competencia que le son aplicables, es decir desde el ámbito municipal, hasta el federal podemos encontrar recomendaciones por parte de esa institución en contra de las autoridades que supuestamente deberían de ser las responsables de establecer el orden público y la seguridad social.

Ahondando más en el caso que nos ocupa, cuando se realizan los retenes en las carreteras, en las ciudades se está ejecutando con flagrancia una figura jurídica que la Constitución contempla y en la cual se imponen lineamientos determinados muy específicos que todas las autoridades debieran respetar y acatar, nos estamos refiriendo a la categoría jurídica denominada CATEO, pues al detener al particular no sólo se le priva de su derecho de tránsito sino que además se procede a realizar un aspecto de molestia respecto de sus posesiones violando no sólo otro dispositivo constitucional el artículo 16 al realizar actos de molestia, sino que también invaden la esfera jurídica de este ciudadano al realizar un cateo sobre sus bienes, al respecto y para un mejor entendimiento procederemos a fundamentar nuestro dicho:

*Artículo 16 “...EN TODA ORDEN DE CATEO, QUE SÓLO LA AUTORIDAD JUDICIAL PODRÁ EXPEDIR, A SOLICITUD DEL MINISTERIO PÚBLICO, SE EXPRESARÁ EL LUGAR QUE HA DE INSPECCIONARSE, LA PERSONA O PERSONAS QUE HAYAN DE APREHENDERSE Y LOS OBJETOS QUE SE BUSCAN, A LO QUE ÚNICAMENTE DEBE LIMITARSE LA DILIGENCIA, LEVANTÁNDOSE AL CONCLUIRLA, UN ACTA CIRCUNSTANCIADA, EN PRESENCIA DE DOS TESTIGOS PROPUESTOS POR EL OCUPANTE DEL LUGAR CATEADO O EN SU AUSENCIA O NEGATIVA, POR LA AUTORIDAD QUE PRACTIQUE LA DILIGENCIA.”.*

Si seguimos los parámetros que establece la ley podemos discernir que el acto en el cual autoridades diversas detienen a un particular y registran su vehículo automotor o bien buscan y revisan todas sus pertenencias se traduce en un verdadero “cateo” a la vista del orden legal, por lo que de facto deberían entonces seguir los lineamientos expresados por la ley para su ejecución, lo que en la práctica no ocurre así.

La razón que argumentan las autoridades para su justificar su legal actuación, deviene que supuestamente al momento de las revisiones, se pueden encontrar con diversos ilícitos por lo que bajo el principio de flagrancia detienen a las personas supuestamente responsables y las pone a disposición de la autoridad competente. Pero, ¿qué es lo que constituye verdaderamente la flagrancia?, para poder contestar a esta interrogante es menester saber de donde proviene este concepto. FLAGRANCIA del latín *flagrans* significa lo que actualmente se está ejecutando. Se afirma que también proviene del latín *flagare*, que quiere decir flama que arde o resplandece<sup>3</sup>. FLAGRANTE DELITO considérese que el delito es flagrante, cuando es descubierto en el momento de su ejecución o en aquél cuando el autor es sorprendido cuando lo acaba de cometer<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, Diccionario de derecho procesal penal. Tomo I. 4 ed., México Porrúa, Pág. 891.

<sup>4</sup> Ídem.

Nuestra Constitución establece para esta figura la presente descripción:

*Artículo 16: CUALQUIER PERSONA PUEDE DETENER AL INDICIADO EN EL MOMENTO EN QUE ESTÉ COMETIENDO UN DELITO O INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE HABERLO COMETIDO, PONIÉNDOLO SIN DEMORA A DISPOSICIÓN DE LA AUTORIDAD MÁS CERCANA Y ÉSTA CON LA MISMA PRONTITUD, A LA DEL MINISTERIO PÚBLICO. EXISTIRÁ UN REGISTRO INMEDIATO DE LA DETENCIÓN.*

En estos términos la flagrancia se pone a disposición de los particulares y no de la autoridad tal y como de la misma lectura del numeral antes señalado se desprende, puesto que se establece que es el gobernado quien ante la vista de la comisión de un ilícito deberá aprehender al presunto delincuente poniéndolo de inmediato en custodia de la autoridad, esta figura se creó con el propósito de una cooperación por parte de la sociedad para la protección del orden público, por lo que entonces, en momento alguno se le concedieron a las autoridades atribuciones para persiguieran los delitos con la figura de flagrancia.

Por ello es que cuando una autoridad detiene a un presunto delincuente en la comisión de un delito, esto no es flagrancia tan sólo se puede traducir como una simple y llana detención con base en realización de un antijurídico, por lo que el establecer un retén con el pretexto de tomar a un presunto infractor en un acto de flagrancia resulta por demás atentatorio y vulnerante a todas luces de las garantías individuales que establece nuestra Constitución.

Por todo lo mencionado en líneas anteriores, podemos llegar a las siguientes conclusiones, primero que nada ciertamente nuestro país enfrenta una ola de violencia la cual no puede ser detenida a pesar del esfuerzo de las autoridades, sin embargo esto no es condicionante para que se puedan violentar las garantías individuales, puesto que en momento alguno se han establecido las condiciones puestas por el precepto 29 constitucional:

*“ARTÍCULO 29. EN LOS CASOS DE INVASIÓN, PERTUR-*

BACIÓN GRAVE DE LA PAZ PÚBLICA, O DE CUALQUIER OTRO QUE PONGA A LA SOCIEDAD EN GRAVE PELIGRO O CONFLICTO, SOLAMENTE EL PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE ACUERDO CON LOS TITULARES DE LAS SECRETARÍAS DE ESTADO Y LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CON LA APROBACIÓN DEL CONGRESO DE LA UNIÓN Y, EN LOS RECESOS DE ÉSTE, DE LA COMISIÓN PERMANENTE, PODRÁ SUSPENDER EN TODO EL PAÍS O EN LUGAR DETERMINADO LAS GARANTÍAS QUE FUESEN OBSTÁCULO PARA HACER FRENTE, RÁPIDA Y FÁCILMENTE A LA SITUACIÓN; PERO DEBERÁ HACERLO POR UN TIEMPO LIMITADO, POR MEDIO DE PREVENCIÓNES GENERALES Y SIN QUE LA SUSPENSIÓN SE CONTRAIGA A DETERMINADO INDIVIDUO. SI LA SUSPENSIÓN TUVIESE LUGAR HALLÁNDOSE EL CONGRESO REUNIDO, ÉSTE CONCEDERÁ LAS AUTORIZACIONES QUE ESTIME NECESARIAS PARA QUE EL EJECUTIVO HAGA FRENTE A LA SITUACIÓN; PERO SI SE VERIFICASE EN TIEMPO DE RECESO, SE CONVOCARÁ SIN DEMORA AL CONGRESO PARA QUE LAS ACUERDE.”

(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 2 DE AGOSTO DE 2007).

Supuestos en los cuales efectivamente serían acordes a derecho los retenes tanto en las carreteras de nuestro país como en las Ciudades, ya que en estos casos sería por demás ocioso hacer un estudio jurídico de las garantías individuales afectadas pues se está en un supuesto de suspensión de garantías, condición impuesta de manera expresa por nuestra Carta Magna, no obstante lo anterior, esto no ha ocurrido, por lo que el tratar a la sociedad bajo una normatividad de supuesta suspensión de garantías, sin que esto ocurra es por demás una flagrante violación a las mismas.

También podemos concluir que los retenes son contrarios al Estado de Derecho que debería imperar en nuestro país pues están

vulnerando las garantías individuales que establece nuestra Constitución, por lo que es imperioso que nuestras autoridades tomen conciencia de esta situación para que toda la sociedad mexicana conviva en armonía y bajo un orden jurídico justo y equitativo en una verdadera paz social y certeza jurídica.

# La Corte Penal Internacional: derecho comparado y problemas constitucionales con México

Héctor Hugo Covarrubias Flores\*

*“La ley, es el principio regulador de las acciones humanas,  
en vista de un bien común.”*

Santo Tomás de Aquino (1224-1274)

## 1. ANTECEDENTES

Me quiero referir sólo a los últimos Tribunales creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para Yugoslavia, debido a los destrozos por contiendas incontenibles que hicieron estallar en pedazos esa república centroeuropea, y para Ruanda, escenario de la matanza inmisericorde de centenares de millares de seres humanos, aniquilados en unos cuantos meses.

El 22 de febrero de 1993, quedó establecido, con sede en La Haya, el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. Con competencia material para conocer violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, de las leyes o usos de la guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad.

El 8 de noviembre de 1994, se constituye el Tribunal Internacional para enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas

---

\* Asesor Jurídico Federal.



en el territorio de Ruanda o en el territorio de Estados vecinos cometidos por ciudadanos ruandeses. La tragedia que motivó la creación del Tribunal, dejó un millón de muertos entre abril y junio de 1994.<sup>1</sup>

## 2. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Los Tribunales antes citados han sido cuestionados, como especiales, creados *ad hoc*, con jurisdicción cronológica y geográficamente limitada, sin embargo, se consideran el umbral para dar nacimiento a la Corte Penal Internacional con carácter permanente a diferencia de los señalados. Así surge a la vida jurídica la jurisdicción penal universal, con la firma del Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998,<sup>2</sup> donde quedaron asentadas las bases del Tribunal supranacional.

La Corte Penal internacional<sup>3</sup> investigará y llevará ante la justicia a los individuos responsables de cometer violaciones más graves al derecho internacional humanitario: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y una vez que sea definida, la agresión.

Establecerá la responsabilidad penal individual; no será retroactiva, aplicará sólo a aquellos crímenes cometidos después de su entrada en vigor. Será complementaria a los sistemas de justicia nacionales, actuando sólo cuando los Estados sean incapaces o no tengan la voluntad de investigar o juzgar tales crímenes.

## 3. COMPETENCIA RATIONE MATERIAE DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La competencia material de la Corte Penal Internacional se integra en cuatro tipos penales (crímenes)<sup>4</sup> tres actuales y uno a futuro.

<sup>1</sup> Vid. García Ramírez, Sergio. La Corte Penal Internacional, segunda edición, editorial INACIPE, México, 2004, pp. 31-33.

<sup>2</sup> Cabe señalar que la Corte Penal Internacional comenzó a trabajar a partir del 1º de julio del 2002, una vez que sesenta países ratificaron el Estatuto.

<sup>3</sup> Léase el Texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Consultable a través de la página de internet de la Corte Penal Internacional.

<sup>4</sup> Vid. Artículo 5, del Estatuto de Roma.

Son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, respecto a este último, la Corte ejercerá la competencia una vez que se defina el crimen y que sea compatible con la Carta de las Naciones Unidas.

El Profesor Cherif Bassiouni, citado por el jurista Sergio García Ramírez, en su obra *La Corte Penal Internacional*, sostiene que los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, se hallan en el ámbito del *jus cogens*, incorporan obligaciones a las que ningún Estado puede sustraerse, bajo los artículos 53 y 64, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.<sup>5</sup>

El artículo 6, del Estatuto de Roma, refiere que el genocidio es cualquiera de los actos de matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos del grupo; y traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo, todos estos actos, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Al respecto cabe señalar que el 11 de diciembre de 1946, al concluir la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró que el genocidio constituye un crimen bajo el derecho internacional. Y el 9 de diciembre de 1948 se suscribió en Nueva York el Convenio sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

El artículo 7, del Estatuto de Roma, define el delito de crímenes de lesa humanidad, cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada,

---

<sup>5</sup> Ob. Cit. García Ramírez, Sergio. *La Corte Penal Internacional*, pp. 60-61.

embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; el crimen de *apartheid*; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

El jurista Sergio García Ramírez, respecto al delito precedentemente descrito, refiere que en los principios penales que el Estatuto recoge figura el de legalidad, acota, esta rechaza la integración analógica y supone un rigor que no siempre conserva el Estatuto, como se ve en hipótesis específicas de los crímenes de lesa humanidad.<sup>6</sup> En efecto el artículo 7, número 1, inciso g, sanciona la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o *cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable*. Igualmente, en la fórmula genérica del inciso k), prevé el castigo de *actos inhumanos de carácter similar* que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Por último, el artículo 8, del Estatuto de Roma prevé y define el delito de Crímenes de guerra por Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y una infinidad de supuestos que largamente se enumeran. El artículo se proyecta en cuatro secciones: a) graves violaciones a las convenciones de 1949; b) crímenes de guerra bajo el I Protocolo Adicional de estas convenciones; c) violaciones al artículo 3º común a todas las convenciones de 1949; y d) violaciones al II Protocolo de 1977.

La prohibición del uso de armas nucleares fue un tema que

---

<sup>6</sup> Idem. p. 67.

produjo considerables discusiones, que se advierten en el compromiso de usar un vocabulario vago como se observa del artículo 8, número 2, inciso b), sub inciso xx), del Estatuto de Roma.

#### 4. POSICIÓN DE LOS ESTADOS FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El grupo de Estados afines (*"like-minded"*) y los que se le unieron conformados por Francia, Reino Unido, los países escandinavos, los Países Bajos, Bélgica, Suiza, Nueva Zelanda, Canadá, Australia, Corea, Singapur y Argentina lograron determinar líneas que debería orientar al Estatuto de la Corte: como una Corte independiente; la acción penal a cargo de un Fiscal independiente, elegido por los Estados partes; con competencia automática de la Corte en los delitos de núcleo duro (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) y la inclusión del delito de agresión, que dependería del acuerdo que se alcanzara. Y que para poder juzgar dichos delitos deberían tener carácter sistemático o generalizado.

Quienes han cuestionado a la Corte Penal Internacional como organismo supranacional, de las negativas resaltan la postura de Israel, que obedece a la situación actual que viven el pueblo judío y palestino; la de la India, cuya condición fue incluir las armas de destrucción masiva en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional a lo que el Reino Unido, Estados Unidos y Francia se opusieron, en una de las principales incoherencias de la Corte; China, por su parte, justifica su exclusión por asuntos de soberanía nacional.<sup>7</sup>

El grupo árabe, India y Pakistán, en términos generales fue divergente de las defendidas por los *"like-minded"*, se basaron en los siguientes principios: jurisdicción de la Corte extensible sólo a aquellos estados que otorguen su consentimiento; limitación de los poderes del fiscal, que no gozara de la capacidad de iniciación oficiosa de las investigaciones; inclusión del delito de agresión; ninguna relación entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad

<sup>7</sup> Vid. Artículo "La Corte Penal Internacional", de Carlos Castillo, en la Revista Peninsular, edición 652, del viernes 19 de abril del 2002, Mérida, Yucatán.

de las Naciones Unidas, así como el rechazo de que el Consejo tenga algún papel en la activación de la competencia de la Corte; y en el caso de la India, la inclusión del uso de las armas nucleares entre los crímenes de guerra.

En la Conferencia de Roma de 1998, Estados Unidos decidió votar en contra del Estatuto. Posteriormente, el 31 de diciembre del año 2000, durante la administración del Presidente Clinton, firmó él mismo, dicho estatuto, recomendando a su sucesor no ratificarlo.

Estados Unidos de Norteamérica ha sido el más renuente y sus condiciones para la ratificación establecen que ningún ciudadano estadounidense salvo mercenarios puede ser llevado a juicio sin el aval del gobierno de *Washington*, sostienen que es un obstáculo para las acciones antiterroristas de la administración *Bush*, como para las operaciones de paz.<sup>8</sup>

El 2 de agosto del 2002, el Presidente George W. Bush, sancionó la Ley de protección para los soldados estadounidenses, en la que se prohíbe a todas las entidades del gobierno de cooperar con la Corte Penal Internacional. Además, de que ningún país que ratifique el Estatuto de Roma recibirá ayuda militar.<sup>9</sup>

En la actualidad, Amnistía Internacional<sup>10</sup> ha denunciado a la opinión pública que Estados Unidos está pidiendo a los Estados que firmen acuerdos bilaterales “ilegales” de impunidad, por los que se comprometen a no entregar a la Corte a personal estadounidense acusado de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

La Santa Sede trabajó intensamente a fin de evitar que el Estatuto consagrara indirectamente el “derecho al aborto” en una norma internacional vinculante.

<sup>8</sup> Cfr. Zuppi, Alberto Luis. *Jurisdicción Universal para Crímenes contra el Derecho Internacional*, primera edición, editorial Ad-hoc, Argentina, 2002, p. 130.

<sup>9</sup> Martínez Mejía, Berenice. *La Corte Penal Internacional: un reto constitucional*, primera edición, editorial Escuela Libre de Derecho y SRE, México, 2005, p. 94-99.

<sup>10</sup> Vid. Artículo “Corte Penal Internacional: La centésima ratificación representa un avance histórico en la justicia internacional”, de fecha 28 de octubre del 2005, visible en la página web.amnesty.org. <sup>194</sup> Corcuera Cabezut, Santiago y otro. *Justicia Penal Internacional*, primera edición, editorial UI, México, 2001, pp. 9-15.

México, que estuvo representado por el Embajador Sergio González Gálvez, defendió la postura de que la Corte Penal Internacional sea independiente de cualquier órgano internacional, incluyendo al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; que dicha Corte actúe con absoluta imparcialidad y certeza jurídica, y que en el Estatuto se defina en términos claros las garantías del debido proceso; que no se trata de sustituir los sistemas judiciales nacionales, sino complementarlos para castigar individuos responsables de delitos internacionales; que la Corte debe tener competencia exclusivamente sobre individuos y no sobre Estados.<sup>11</sup>

No obstante lo anterior, el 7 de septiembre de 2000, el entonces presidente Ernesto Zedillo firmó el Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional y en 2002, se modificó el artículo 21, Constitucional, referente al reconocimiento de una instancia supranacional para poder ratificar el Estatuto. En 2004, la Cámara de Diputados, los congresos de los Estados de la Federación y el Senado de la República, reconocieron la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

El 7 de septiembre del 2005, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que el Gobierno de México aprueba el Estatuto de Roma.<sup>12</sup> Finalmente el 28 de octubre de 2005, ante la Organización de las Naciones Unidas se deposita el instrumento de ratificación.

## **5. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE MÉXICO CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

Por una parte el artículo 9º, parte número 1, del Estatuto de Roma, contempla que “los elementos del crimen” son aquellos que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los tipos penales contemplados en el Estatuto.

Por otra, el artículo 77, del Estatuto, señala las penas aplicables a los crímenes de su competencia, sin embargo, no están determinadas

---

<sup>11</sup> Vid. Diario Oficial de la Federación del 7 de septiembre del 2005, en él se puede consultar de manera íntegra el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998.

para cada uno de los delitos, ambas situaciones contravienen el artículo 14, Constitucional, que dispone que en los juicios de orden criminal queda prohibida 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.

El artículo 15, párrafo número 1, del Estatuto de Roma, señala que el Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación acerca de un crimen competencia de la Corte, mismo que se relaciona con el artículo 53, párrafo número 1, del citado Estatuto, relativo a la facultad que tiene el fiscal para iniciar una investigación, dichos numerales contradicen el artículo 16, segundo párrafo, Constitucional, que establece como requisitos de procedibilidad que medie una denuncia o querella, prohibiendo la pesquisa.

El artículo 20, de la Corte, establece:

*1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte...*

*3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado (sic) por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:*

*a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o*

*b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.*

Por lo que derivado de la facultad complementaria de la Corte Penal Internacional, que tiene permitido instaurar un nuevo proceso en contra de una persona, en esta tesitura se pondría en predicamento el sistema de impartición de justicia en México, y estaríamos supeditados a decisiones discrecionales de la Corte Penal Internacional, que puede llegar a determinar que nuestros

procesos tienen el propósito de sustraer al acusado o que no son independientes o imparciales, lo cual sería grave.

El referido precepto contraviene en primera instancia al artículo 23, Constitucional, que establece que ningún juicio criminal podrá tener más de tres instancias y nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Asimismo, se vulnera el artículo 104, fracción I, Constitucional que establece que corresponde a los Tribunales Federales conocer de las controversias criminales que se susciten sobre el cumplimiento de leyes federales y tratados internacionales.

El artículo 27, de la Corte señala la improcedencia del cargo oficial:

*1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se, motivo para reducir la pena.*

*2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. Dicho precepto es contrario a los artículos del 108 al 111, nuestra Constitución Mexicana. Contraviene en particular la inmunidad procesal en materia penal.*

El artículo 29, del Estatuto de Roma, señala que los crímenes de la Corte no prescriben, en el sistema jurídico mexicano el Código Penal Federal establece las reglas para la prescripción de los delitos en los artículos 100 al 115, se señala que la prescripción es personal y que para ello bastará el simple transcurso del tiempo señalado en la ley.

Por lo cual se considera que dicho Estatuto contradice el principio de legalidad y seguridad jurídica que consagran los artículos 14 y 16, Constitucionales.

En los artículos 54, número 3, inciso e), y 72, del Estatuto de



Roma, establece que el Fiscal podrá convenir en no divulgar los documentos o la información que obtenga y que se protegerá la información que afecte la seguridad nacional, respectivamente.

Dichas normas son contrarias a lo que establece la fracción VII, del apartado A, del artículo 20, Constitucional, que otorga el derecho al inculpado para que le sean facilitados todos los datos que requiera para su defensa y que consten en el proceso.

Los artículo 55, número 2, inciso c), y 67, número 1, inciso d), del Estatuto de Roma, establecen los derechos de las personas durante la investigación y derechos del acusado, que deberá ser asistida por un abogado de su elección y si no lo tuviere, tiene derecho a que se le asigne uno de oficio, siempre y cuando fuere necesario en interés de la justicia, y en cualquier caso, sin cargo, si careciere de medios suficientes.

Dichos preceptos son contrarios a la fracción IX, del apartado A, del artículo 20, Constitucional, que establece el derecho del inculpado a que se le asigne un defensor público, y de acuerdo a la Ley Federal de Defensoría Pública, en su artículo 2, prevé que el servicio de defensoría pública será gratuito.

Como se aprecia en la Corte Penal Internacional, el servicio gratuito de defensoría pública está condicionado a que sea necesario al interés de la justicia –¿cuándo?, ¿en que casos?, se tendrá que interpretar el alcance de la norma– y siempre y cuando no tenga medios suficientes para pagar a un abogado particular –se tendrá que establecer el criterio a seguir referente a los ingresos mínimos de la persona sujeta a patrocinio legal, para evitar discrecionalidades–.

El artículo 61, del Estatuto de Roma, establece el procedimiento para la confirmación de los cargos antes del juicio tras la entrega de la persona a la Corte, la audiencia se celebrará en un tiempo razonable, sin señalar la temporalidad; lo que equivale en nuestro sistema jurídico a la etapa de declaración preparatoria del acusado, dentro de las cuarenta y ocho horas de su consignación al juez de la causa, que regula la fracción III, apartado A, del artículo 20, Constitucional.

Sin embargo, el precepto de la Corte, deja en estado de indefensión e inseguridad jurídica al inculpado porque permite la discrecionalidad del Magistrado de la Corte, a su libre arbitrio celebrar la audiencia en cualquier tiempo, lo cual contradice nuestra Constitución, al no establecerse plazo en el Estatuto de Roma.

El artículo 68, número 2, del Estatuto de Roma, establece la protección de las víctimas y de los testigos tomándoles sus comparencias a puerta cerrada o por medios electrónicos.

Dicha situación es contraria a lo que establecen las fracciones IV y V, del apartado A, artículo 20, Constitucional, que prevén la obligatoriedad de ser careado en presencia de quien deponga en su contra, por lo que el Estatuto de Roma, no permite al inculpado ser careado con los mismos, lo cual es contrario a las granitas otorgadas por el sistema jurídico mexicano.

Es importante señalar que con la firma y ratificación del Estatuto de Roma, se contraviene el artículo 15, Constitucional, que prohíbe la celebración de convenios o tratados en virtud de los cuales se alteren las garantías y derechos establecidos en nuestra Constitución para el hombre y el ciudadano, como ha quedado evidenciado.

De acuerdo a los señalamientos expresados de evidentes contradicciones del Estatuto de Roma con nuestra Constitución, se considera que los tratados solo serán Ley Suprema de la Unión si están de acuerdo con ella, en términos del artículo 133, Constitucional.

Por último, en relación a la adición del párrafo quinto, al artículo 21, Constitucional, que textualmente señala: “El Ejecutivo podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.”

De lo que se deduce que el Estado mexicano, está facultado para actuar de manera discrecional y decidir qué casos, se deben remitir a la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, no se debe pasar por alto, el principio “*pacta sunt servanda*”, quienes celebran un tratado, se encuentran obligados a cumplirlo, de conformidad con el artículo 26, de la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969, ratificada por México.

## CONCLUSIONES

Primera. El Estatuto de Roma constituye un sistema internacional de justicia penal de carácter complementario y subsidiario de las jurisdicciones penales nacionales de los Estados partes, con competencia material sólo para enjuiciar a personas por delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra y cuando se defina el crimen de agresión.

Segunda. Del análisis jurídico realizado al Estatuto de Roma, con nuestra Constitución, existen evidentes contradicciones que merman los derechos de los mexicanos en caso de verse involucrados en un juicio ante la Corte Penal Internacional, los contemplados principalmente en los artículos 14, párrafo tercero, 15, 16, párrafo segundo, 19, párrafo primero, 20, apartado A, fracciones III, IV, V, VI, VII y IX, 21, párrafo primero, 23, y 133, Constitucionales.

Tercera. Estados Unidos de Norteamérica es el principal opositor a la Corte Penal Internacional, el cual no permitirá por ningún motivo sean llevados los estadounidenses a juicio sin el aval de su gobierno, por lo que pretende celebrar con los Estados acuerdos bilaterales de impunidad, en los que se comprometan a no entregar a la Corte a personas estadounidenses acusado de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

## BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai y otros. *Temas Actuales de Derecho Penal Internacional*, primera edición, editorial IBCCRIM y otras, Uruguay, 2005, pp. 280.

CORCUERA CABEZUT, Santiago. *Justicia Penal Internacional*, primera edición, editorial UI, México, 2001, pp. 251.

DONDÉ MATUTE, Javier. *Los Tipos Penales en el Ámbito Internacional*, primera edición, editorial INACIPE, México, 2006, pp. 171.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Corte Penal Internacional*, segunda edición, editorial INACIPE, México, 2004, pp. 304.

GRAMAJO, Juan Manuel. *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, primera edición, editorial Ábaco, Argentina, 2003, pp. 245.

GUEVARA B., José A. *La Corte Penal Internacional: una visión Iberoamericana*, primera edición, editorial Porrúa-UI, México, 2005, pp. 999.

MARTÍNEZ MEJÍA. Berenice. *La Corte Penal Internacional: Un reto Constitucional*, primera edición, editorial Escuela Libre de Derecho-SRE, México, 2005, pp. 184.

ZUPPI, Alberto Luis. *Jurisdicción Universal para Crímenes contra el Derecho Internacional*, primera edición, editorial AD-HOC, Argentina, 2002, pp.189.

## LEGISLACIÓN

Agenda Penal Federal, editorial ISEF, México, 2008.

Carbonell, Miguel. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 155ª edición, editorial Porrúa, México, 2007, pp. 194.

Diario Oficial de la Federación, de fecha 7 de septiembre de 2005, *Decreto por el que se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en la Ciudad de Roma, el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho*.

Exposición de motivos del Decreto por el que se reforma el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de junio del 2005.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, texto que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Estatuto que entro en vigor el 1º de julio de 2002.

## OTRAS FUENTES CONSULTADAS

Artículo “*Consideraciones sobre la ratificación por México del Estatuto de la Corte Penal Internacional*”, de Ricardo Méndez Silva, publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, número 107, mayo-agosto de 2003, pp. 559-585.

Artículo “*La Corte Penal Internacional formula las primeras acusaciones por la masacre de Darfur*”, de Isabel Ferrer, La Haya, 28 de febrero del 2007, periódico El País, visible en línea de internet [www.elpais.com](http://www.elpais.com).

Artículo “*Corte Penal Internacional pide entrega de responsables sudaneses*”, de Koert Lindijer, 4 de junio del 2008, obtenido de la página de internet de Radio Nederland Wereldomroep.

Artículo “*La Corte Penal Internacional*”, de Carlos Castillo, viernes 19 de abril del 2002, publicado en La Revista Peninsular, número 652, Mérida, Yucatán.

Artículo “*Un tren que siempre llega con retraso*” de José Yoldi, 2 de junio del 2008, periódico El País, España, consultable en página web [www.elpais.com](http://www.elpais.com).

Artículo “*Inicia su primer juicio la Corte Penal Internacional*”, lunes 29 de enero del 2007, visible en la página web [www.lanacion.com.ar](http://www.lanacion.com.ar).

Artículo “*Corte Penal Internacional: La centésima ratificación representa un avance histórico en la justicia internacional*”, de fecha 28 de octubre de 2005, visible en web [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org).

Artículo “*Descalificación de la orden de arresto contra de Bosco Ntaganda*”, La Haya, 29 de abril del 2008, visible en web [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)

Artículo “*Entrega México la ratificación a la Corte Penal Internacional*”, lunes 7 de noviembre de 2005, visible en web [www.protocolo.com.mx](http://www.protocolo.com.mx)

CD-ROM del *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22<sup>a</sup> edición.

CD-ROM del *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quinta edición, editorial Porrúa.

[www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int) se consultó la página oficial de la Corte Penal Internacional.

# A puntamientos sobre la defensa penal adecuada en México

*Eder Simeí Cruz Reyes\**

## INTRODUCCION

En los últimos años, derivado de la crisis económica que afecta a toda la sociedad se ha incrementado el índice delictivo en todo el país. Situación que ha provocado la comisión de una serie de delitos, los cuales se cometen con objeto de obtener beneficios de carácter económico. Asimismo, en la persecución y combate de dichas actividades delictivas, los Ministerios Públicos y policías judiciales en una actitud totalmente absurda e incomprensible, ante sus limitaciones tanto jurídicas como materiales, han optado, en algunos casos, por inventar delitos, sembrar pruebas, allanar ilegalmente domicilios, incomunicar, solicitar el arraigo de presuntos responsables, e inclusive torturar a ciudadanos que por cuestiones meramente circunstanciales son objeto de una averiguación previa.

Es importante resaltar que si bien las conductas descritas en líneas anteriores son sumamente graves, también lo es el que algunos pseudoabogados patrocinen la defensa de personas que se encuentran sujetas a una averiguación previa o a un proceso penal, y que con el ánimo meramente económico desarrollan dicha actividad en forma irresponsable y carente de ética profesional que requiere el ejercicio de la profesión de licenciado en Derecho.

---

\* Defensor Público Federal.

Estas conductas han provocado que en muchas ocasiones se transgrede en forma sistemática la garantía de defensa adecuada que consagra la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en perjuicio de las personas que se encuentran relacionadas con la averiguación de un delito. Provocando, en infinidad de ocasiones, que por la falta de recursos económicos, se encuentren sujetos a proceso, o en su caso, sentenciadas, personas que en realidad nunca cometieron el delito que se les imputó, y que por desgracia cayeron en las manos de abogados mal preparados o negligentes, los cuales nunca los asesoraron en forma adecuada o se abstuvieron de aportar las pruebas notoriamente indispensables para acreditar la inocencia de sus defendidos.

Luego entonces, además de reformar algunos artículos del Código de Procedimientos Penales, en lo relativo a la tramitación de la reposición del procedimiento por omisiones graves de la defensa, se debe exigir la especialización de los defensores que litigan en materia penal en virtud de que lo que está en juego en un procedimiento penal, es la libertad de una persona. Consecuentemente, se debe impedir la intervención en los procedimientos penales, de defensores particulares o de oficio, que no cuenten mínimamente con una especialización en materia penal, y que acrediten el mínimo de experiencia como pasantes en dicha materia.

En el procedimiento penal mexicano se contemplan diversos momentos en los que se pueden aportar elementos de convicción tendientes a demostrar la inculpabilidad de una persona, a manera de ejemplo, en la fase de averiguación previa se pueden aportar pruebas a favor del indiciado, durante el plazo de 72 horas, o en su ampliación, es también posible la recepción de dichas pruebas y en el proceso existen momentos en los que se puede ofrecer dichos elementos de convicción. Luego entonces, no basta con que el defensor los conozca, sino que es indispensable que aporte dichas probanzas en forma adecuada y pertinente para una mayor seguridad jurídica en beneficio de su defendido. Cabe aclarar que hasta en

tanto no se legisle respecto al nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, atento a la reforma constitucional del 18 de junio del año 2008, estamos obligados a seguir aplicando la legislación procedimental actual.

## **1. EL DERECHO A LA DEFENSA**

El ejercicio del derecho de defensa tiene como base, de acuerdo al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la garantía de audiencia. Dicha garantía dispone “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”, consecuentemente se puede validamente inferir que el ejercicio de la garantía de audiencia resulta ser el pilar principal de la defensa penal a favor del defendido, esto es así en atención de que las subgarantías que consagra la misma se encuentran las siguientes:

a) La de juicio previo al acto de privación. Antes de que una persona sea sentenciada por un juez penal, se debe desarrollar un proceso penal en donde el procesado tenga la oportunidad de defenderse ofreciendo las pruebas que considere adecuadas para acreditar su inocencia. Por lo que, necesariamente debe contar con una defensa en el proceso penal, de tal manera que pueda desahogar oportunamente los elementos de convicción que ofrezca para demostrar su inculpabilidad.

b) Que dicho juicio se siga ante los tribunales previamente establecidos. En México están prohibidos los tribunales especiales, por lo que para que un gobernado pueda ser sentenciado, además de que cuente con un juicio previo, los tribunales que lo sancionen necesariamente deben estar previamente establecidos.

c) Que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Sin lugar a dudas, una de las mayores garantías con que debe contar un procesado, consiste en que se cumplan en el procedimiento



las formalidades esenciales. Para que el gobernado pueda defenderse en forma adecuada, no se debe desarrollar el proceso de tal manera que se vulneren sus derechos de defensa adecuada.

d) Que el acto privativo se ajuste a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Asimismo, en México no se deben aplicar leyes penales especiales, por lo que cuando a una persona es encontrada culpable por la comisión de un delito, el delito y la sanción deben estar previamente establecidas a la comisión del hecho que se considera delictuoso.

El Licenciado Jorge Silva Silva señala lo siguiente: “Es el derecho de defensa un derecho autónomo con respecto al derecho material; es decir, que aun cuando no le asista al imputado un derecho material (el derecho a la legítima defensa, el derecho a ejercer un derecho, el derecho a cumplir un deber), el derecho de defensa, existe”<sup>1</sup>.

Gracias a que han evolucionado las ideas relativas a los derechos humanos se ha podido desarrollar el derecho de defensa, esto es, que derivado de la Revolución Francesa han evolucionado diversos sistemas jurídicos de protección a las garantías del hombre, el Licenciado Colín Sánchez refiere al respecto: “Es posible observar como a medida que el concepto de libertad fue ampliándose dentro de la evolución del Derecho, en la misma proporción lo ha sido, el derecho de defensa. La defensa, en su connotación más amplia, ha sido considerada como un derecho natural e indispensable para la conservación de la persona, de sus bienes, de su honor y de su vida; ha sido objeto de una reglamentación especial en los diversos campos en los que puede darse; dentro del proceso penal, es una institución indispensable”<sup>2</sup>.

Luego entonces, la defensa constituye un Derecho público subjetivo, que ampara actos procesales, los de audiencia y defensa, y da origen a algunos organismos auxiliares de la justicia, como lo es la

<sup>1</sup> SILVA SILVA, Jorge Alberto, “Derecho Procesal Penal”, 9ª ed, México, Harla, 1990, p.826.

<sup>2</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, 19ª ed; México, Porrúa, 2003, p.886.

defensoría de oficio. Aclarando que dicha defensa no debe ser cualquier defensa, sino que nos referimos a una defensa penal adecuada de acuerdo a la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el entendido de que por defensa penal adecuada se debe entender una defensa razonable”<sup>3</sup>.

Por lo tanto, una defensa penal debe ser realizada por un licenciado en Derecho, con experiencia en la materia penal, su característica esencial consiste en que debe ser realizada en forma profesional.

Del análisis de las opiniones de todos y cada uno de los autores ya citados, podemos concluir que el derecho de defensa es una de las más importantes garantías individuales con que cuenta el gobernado y que puede hacer valer en contra de imputaciones penales hechas en su contra. La finalidad del derecho de defensa consiste en darle la oportunidad de poder aportar elementos de convicción a efecto de desvirtuar las acusaciones hechas en su contra. Sin embargo, resulta indispensable que el estado instrumente medidas tendientes a lograr la especialización de los defensores, privados y de oficio, en materia penal a efecto de que puedan realizar dicha actividad con la capacitación de la más alta calidad, lo que traerá como consecuencia una mayor eficacia en la debida procuración y administración de justicia.

Es de hacer notar que la función del abogado defensor en materia penal se encuentra encaminada a desvirtuar las pruebas de cargo que existen en contra del indiciado, y también a aportar las pruebas que le sean útiles para beneficiar a su defendido y a presentarlas dentro del plazo legal que dispone la ley promoviendo, en su caso, los incidentes que pudieran beneficiar a su defendido. Así mismo, el licenciado Marco Antonio Chichino, al respecto señala: “La idea de defensa sólo puede ser forjada en el marco conceptual de la legalidad, es el derecho de probar contra la prueba; el derecho de mostrar que la autoridad probó errónea o insuficientemente.

---

<sup>3</sup> GARCÍA RAMÍREZ. Sergio, “Curso de Derecho Procesal Penal”, 3ª ed México, Porrúa, 1980, p.654.

Por defensa entiende toda actividad de las partes encaminadas a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en orden a la actuación de la pretensión punitiva y a la de resarcimiento, en su caso, o a impedirla según su posición procesal”<sup>4</sup>.

Son dos los sistemas conocidos en torno a los sujetos que realizan la defensa:

A) Que sea el mismo procesado quien se defienda a sí mismo.

B) Que sea otra persona quien realice su defensa (su abogado defensor).

En el primer caso se puede considerar como una autodefensa, en la cual el procesado realiza la propia actividad de defensa. El otro sistema establece la posibilidad de que otra persona realice la actividad de defensa.

En el caso de México el sistema es mixto, porque nuestra constitución permite que la defensa la realice el propio procesado o su defensor”<sup>5</sup>.

La característica más importante con la que debe contar el defensor en materia penal consiste en sus bastos y amplios conocimientos de la misma, es decir, debe dominar las cuestiones sustantivas y adjetivas de la ley penal, además de estar titulado, contar con cedula profesional y tener experiencia profesional, ya que sin dichos conocimientos difícilmente podrá ejercer en forma eficiente dicha actividad tan delicada. Luego entonces, como dice el doctor Ignacio Burgoa: “El abogado debe ser un jurisprudente, esto es un sapiente del derecho. Sería absurdo que no lo fuese, es decir, que padeciese “ignorantia juris”. Sin los conocimientos jurídicos no podría ejercer digna y acertadamente su profesión. Ahora bien, el abogado es una especie de jurisprudente que se vale de su sabiduría para patrocinar, dirigir o asesorar a las partes contendientes en un litigio ante el órgano jurisdiccional del estado que deba resolverlo”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. CHICHINO LIMA, Marco Antonio, “Las formalidades Externas en el Procedimientos Penal Mexicano”, México, Porrúa, 2000, p. 337.

<sup>5</sup> Cfr. SILVA SILVA, op. cit. supra, nota 1. p. 197.

<sup>6</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “El Jurista y el Simulador del Derecho”. 9<sup>a</sup> Ed., México, Porrúa, 1999, p.47.

Finalmente en la figura del defensor penal deben concurrir tanto los conocimientos jurídicos, como la experiencia derivada de la práctica del Derecho, su posición o prestigio ante los tribunales y sobre todo la responsabilidad ética frente a su cliente, frente al juzgador, ante sí mismo y ante la sociedad.

## 2. LA NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR

Una de las cuestiones más polémicas respecto al defensor penal, lo constituye sin duda su naturaleza jurídica. La posición del defensor ha sido materia de constantes especulaciones, sobresaliendo las siguientes:

### A) REPRESENTANTE

Los siguientes autores están en desacuerdo con que el defensor penal tenga el carácter de representante. El licenciado Colín Sánchez al respecto comenta “No es posible situarlo dentro de la institución del mandato civil, porque aunque ejerce sus funciones por disposición de la ley y por la voluntad del “mandante” (procesado), no reúne los elementos característicos del mandato. La designación de defensor y los actos que lo caracterizan se ciñen estrictamente a los actos procesales que, en todos sus aspectos, están regulados por la ley y no por el arbitrio de las partes”<sup>7</sup>.

Por su parte el licenciado Franco Sodi estima al respecto: “Que el defensor tiene propia personalidad; no es un simple representante ni un simple consejero del procesado, sino que obra por cuenta propia y siempre en interés de su defenso”<sup>8</sup>.

Dentro de los autores que consideran que la intervención del defensor penal no es un acto de representación sobresale Wach, quien refiere: “El abogado es patrocinante, y no representante, procurador; no actúa en el lugar de la parte, sino que le supedita sus conocimientos jurídicos, habla en su favor. En si, no puede hacer otra cosa que proporcionar el material para los actos de las partes, redactando los escritos que la parte firma”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> COLÍN SÁNCHEZ, op. cit. supra, nota 2, p.178.

<sup>8</sup> GARCÍA RAMÍREZ, op. cit. supra, nota 3. p. 268.

<sup>9</sup> WACH, Adolf. Manual de derecho procesal civil. Ediciones Jurídicas Europeas América, Buenos Aires, 1977. Cit. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Prontuario del Proceso Penal Mexicano”. 9º Ed, Porrúa, México. 1999. p. 200.

Por lo que respecta a los teóricos que consideran que la naturaleza jurídica del defensor en materia penal se identifica con la representación, sobresale el licenciado Pedro Emilio Hernández, quien al respecto opina: “Considero que el abogado defensor es un representante de la persona a la que se le imputa un hecho delictivo por la sencilla razón de que éste faculta legalmente a aquél para que ofrezca pruebas, formule preguntas, solicite diligencias, demande su libertad, gestione recursos, promueva incidentes e impugne la resoluciones judiciales”<sup>10</sup>.

Asimismo, Chiossone considera que la naturaleza jurídica del abogado consiste en: “El defensor no es un apoderado del procesado, sino un representante en el proceso. No tiene un mandato sino ejerce una función, y por consiguiente, debe prestar juramento de cumplir fielmente las obligaciones y deberes de su cargo”<sup>11</sup>.

#### **B) AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA**

Dentro de las personas que consideran que el defensor es un auxiliar de la Administración de la justicia tenemos al licenciado Pedro Emilio Hernández, quien al respecto señala: “El abogado defensor penal es un auxiliar de la administración de justicia, no por que vaya a romper con el secreto profesional o vaya a comunicar al Juez de la causa todos los informes confidenciales que hubiese recibido del inculcado; sino por que estará vigilando que todas las actuaciones procesales realizadas por el Juez o tribunales y por los agentes de Ministerio Público, estén apegadas al principio de legalidad, y de esta manera se tenga la certeza de que se verificará un juicio justo, apegado a derecho para el imputado”<sup>12</sup>.

Es importante resaltar la opinión del licenciado Marco Antonio Chichino, quien manifiesta: “El defensor colabora con la administración de justicia, pero nunca viola el secreto profesional del indiciado, sus actos no se constriñen solamente al consejo técnico, ya que obra por su cuenta propia y siempre en interés de su defensa”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> HERNÁNDEZ GAONA, Pedro Emilio, “El papel del abogado”, 4ª ed., México. Porrúa, 1999, p. 251.

<sup>11</sup> CHIOSSONE, Tulio, Manual de Derecho Penal venezolano, p. 131. Cit. por. GARCÍA RAMÍREZ, op. cit. supra, nota 3, p. 201.

<sup>12</sup> HERNÁNDEZ GAONA, op. cit. supra, nota 10, p. 97.

<sup>13</sup> CHICHINO LIMA, op. cit. supra, nota 4, p. 291.

Consecuentemente existen otros autores que consideran que el defensor en materia penal no debe ser considerado como auxiliar de la administración de justicia, destacando de entre ellos el licenciado Colín Sánchez, quien al respecto comenta: “Tampoco se le debe concebir como auxiliar de la administración de justicia, porque como acertadamente sostiene González Bustamante, si así fuera estaría obligado a romper con el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiese recibido del inculpado”<sup>14</sup>.

Por lo tanto, del análisis de los conceptos vertidos por los autores anteriormente citados, se desprende que determinar la naturaleza jurídica del defensor penal sigue siendo materia de grandes y acalorados debates ya que en la actualidad no existe un concepto que describa acertadamente dicha naturaleza jurídica, en virtud de que como acertadamente refiere el licenciado Zamora Pierce: “La moderna doctrina procesal reconoce en el defensor penal una naturaleza compleja que le da caracteres de asesor del procesado, de representante, y de sustituto procesal de éste”<sup>15</sup>.

A efecto de dar una humilde opinión respecto a la naturaleza jurídica del defensor en materia penal, el suscrito considera que es un representante sui géneris, es decir, que si bien es cierto que auxilia al juzgador a conseguir la verdad histórica, también lo es, que por ética y disposición legal esta impedido para revelar los secretos que le hubiese aportado su defendido. Asimismo, es de reconocer que su actuación profesional en el procedimiento penal se suscribe en un contrato de prestación de servicios profesionales, en los cuales se conceden recíprocamente derechos y obligaciones.

### 3. LA DEFENSA PENAL ADECUADA EN MEXICO

Actualmente en las inmediaciones de los juzgados federales y locales funciona un mercado informal de la justicia, en el cual intervienen personas con funciones bien delimitadas: pasantes o pseudoabogados

<sup>14</sup> COLÍN SÁNCHEZ, op. cit. supra, nota 2, p.179.

<sup>15</sup> ZAMORA PIERCE, Jesús, “Garantías y Proceso Penal”, 5ª ed., México, Porrúa, 1991, p.575.

que tuercen la ley y que lucran con la ignorancia y la desgracia familiar; defensores de oficio que más que defender a sus defensos se preocupan por mantener su buena imagen ante sus superiores.

Desafortunadamente todavía pululan en los juzgados penales, tanto coyotes como abogados de muy bajo perfil académico, quienes se comprometen a llevar la defensa de una persona sujeta a un procedimiento penal, sin que cuenten con los conocimientos mínimos para el ejercicio de la defensa penal. Lo que provoca, que en la mayoría de los casos, se destruya y pulverice la economía de la familia de la persona sujeta a proceso, además de que su defensa no haya sido la adecuada. Consecuentemente, dichas circunstancias vienen a cambiar el curso de la vida, tanto de la persona que está sujeta a un proceso como la de su familia, la cual reciente la pena moral y la pérdida económica por el hecho de haber tenido la desgracia de haber caído en las garras de un pseudo abogado.

Asimismo, es de hacer notar que en el sistema mexicano de procuración de justicia se ha caracterizado por la violación constante y sistemática de las garantías individuales de las personas sujetas a una investigación penal.

Hubo un momento en la historia del México moderno en el que el maltrato formaba parte de las actuaciones procesales, la tortura, las detenciones arbitrarias eran, tanto un medio de disuasión como de investigación. El método brutal de investigar, aún persiste en manos de policías corruptos e ineptos. Contra dichas prácticas innumerables tratadistas, investigadores y legisladores han trabajado arduamente.

Antes de 1993, a la confesión se le consideraba como la reina de las pruebas, motivo por el cual los cuerpos policíacos dedicados a la investigación de delitos procuraban, mediante tratos inhumanos y crueles, obtener el auto incriminación de la persona sujeta a investigación. Sin embargo, derivado de la reforma a la fracción II del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el probable responsable tiene el derecho, si así lo desea, a no declarar.

Ahora bien, derivado del cúmulo de protestas por parte de un gran sector de la sociedad: Magistrados, Jueces, Ministerios Públicos, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, tratadistas y litigantes, el 3 de septiembre de 1993 se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de los que resalta el artículo 20, el cual dispone diversas garantías a favor de la persona que se encuentra sujeto a una averiguación penal, siendo éstas las siguientes:

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

Asimismo, hasta la reforma de 1993, la fracción II del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estipulaba:

Fracción II.- No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.

La redacción actual rechaza la incomunicación y la tortura como medio para que el indiciado declare en su contra, puesto que ahora ni siquiera está obligado a declarar. La exposición de motivos de la iniciativa señala que con la propuesta de reforma a la fracción II, se reafirma la obligación de las diversas autoridades de respetar los derechos humanos de aquellas personas sujetas a un procedimiento penal.

El tratadista Sergio García Ramírez, comenta al respecto:

“Reconoce y tutela el derecho al silencio. En la iniciativa de reformas presentada por los diputados, el primer párrafo de esta fracción sostenía que el inculpado “no podía ser obligado a declarar en su contra”. En el dictamen se justificó, acertadamente, la variación –suprimir “en su contra”– que dio lugar al texto en vigor. Respecto a la fracción II del artículo 20 constitucional –sostuvieron las Comisiones dictaminadoras–, la reforma que se propone



clarifica la garantía de que ningún inculpado podrá ser obligado a declarar, por lo que se elimina la expresión “en su contra”, a fin de evitar que la autoridad trate de menoscabar dicha garantía bajo pretexto de definir si ésta es autoincriminatoria o no. Además, se busca dejar atrás la práctica nociva de interpretar el silencio del inculpado como una medida de autoincriminación bajo la lógica de quien calla esconde”<sup>16</sup>.

Es importante resaltar que con la redacción a dicha fracción se prohíbe y se sanciona toda incomunicación, intimidación y tortura ejercida en contra de la persona sujeta a un procedimiento penal. Por incomunicación entendemos que es la privación de comunicación entre el inculpado y otras personas incluyendo a su defensor. El objetivo de dicha garantía consiste en que no es pretexto para una investigación eficiente por parte del Ministerio Público, que el procesado sea incomunicado. Así mismo se pretende acabar con declaraciones obtenidas bajo presión y tortura con las cuales el juzgador en la mayoría de las veces las tomaban como confesiones plenamente validas, en atención al absurdo e ineficaz axioma que decía “a confesión de parte relevo de pruebas”.

Por lo tanto la confesión arrancada con violencia de ninguna manera debe surtir efecto alguno en el procedimiento penal, es por esto que la fracción II del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe las referidas presiones sobre el inculpado al rescatarse la dignidad del procesado, la tortura en teoría quedo radicalmente proscrita, esto en atención de que muchas autoridades incompetentes y corruptas desgraciadamente la siguen aplicando sobretexto de la urgencia de tiempo para integrar la averiguación previa.

Por ultimo, hay que reconocer que una declaración emitida ante cualquier autoridad, carece de validez jurídica cuando el indiciado no se encuentra debidamente asistido por su defensor o

---

<sup>16</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano”. 3ª Edición, México, Porrúa, 2001, p.90.

persona de confianza. En el mundo fáctico y en virtud de que la redacción de la fracción II del artículo en comento, resulta deficiente por lo que respecta a las cualidades que debe reunir la persona de confianza, que no necesariamente tiene que ser un licenciado en Derecho, persiste la presión en contra del indiciado cuando la persona que lo asiste al momento de declarar ante el Ministerio Público es su hermana, su esposa, su hija, su mamá o un amigo de él, ya que en ese supuesto no contará con una asistencia jurídica penal adecuada. Por lo tanto, es necesario que la persona que asista al probable responsable debe ser un licenciado en Derecho, en atención de que en la actualidad y derivado del avance cultural y técnico de nuestra sociedad, estamos en la posibilidad de contar con esta calidad de defensores especializados en la materia penal.

Resulta importante resaltar que del análisis de dicho artículo se desprende que la defensa no es solamente un derecho del procesado, sino viene a constituirse en una figura indispensable del proceso penal, debiendo ser nombrado incluso contra la voluntad del indiciado. Por lo tanto validamente se puede afirmar que no existirá proceso si no hay defensor nombrado<sup>17</sup>.

La fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos actualmente contiene la siguiente redacción:

“Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”.

La gran aportación que se introdujo a dicho artículo consiste en “el principio de defensa adecuada”, en atención de que este

---

<sup>17</sup> Cfr. ZAMORA PIERCE, op. cit. supra, nota 15. p. 343.

principio pone de manifiesto que los actos de la defensa y especialmente las actuaciones del defensor sean adecuados. Una defensa adecuada consiste en que el defensor debe desarrollar durante el proceso una serie de actos jurídicos idóneos cuya finalidad consista en defender la inocencia de su cliente. Es decir, debe realizar los actos jurídicos notoriamente indispensables que puedan desvirtuar el cuerpo del delito por el que se le sigue proceso, y en su caso desvirtuar la posible intervención de su defendido en la comisión del delito cuya participación se le imputa.

El doctor Sergio García Ramírez al respecto comenta:

“Así, la nota de “adecuada” con respecto a la defensa no tiene que ver únicamente con la persona del defensor, sino también con el desarrollo mismo de la función, en todos sus extremos, aunque es evidente que para este propósito interesa sobremanera quién es el defensor y cómo desarrolla su tarea”<sup>18</sup>.

Es importante destacar que por defensa adecuada no debe considerarse aquella que tiene éxito, es decir, que se obtenga la absolución del defendido por parte del Juez, sino a aquella que se realice en forma idónea según las reglas ordinarias de su desempeño y las recomendaciones de una práctica forense honesta y razonable. Si el procesado no cuenta con una defensa adecuada dará como consecuencia la reposición del procedimiento penal por omisiones graves de la defensa.

Asimismo, consideramos desafortunada la garantía de defensa por lo que respecta a que podrá ser ejercida por las siguientes personas.

A) Por sí, en este caso la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos posibilita al procesado para defenderse por sí mismo, sin embargo, es bien cierto que tiene el derecho de alegar su inocencia y señalar cuáles pudieran ser las pruebas que pudieran ser útiles para acreditar su inocencia, en este caso su defensa es material, pero la gran dificultad consiste en la defensa formal la cual solamente podrá ser ejercida en forma eficaz por un perito en derecho.

---

<sup>18</sup> GARCÍA RAMÍREZ, op. cit. supra, nota 3, p. 115.

B) Por persona de su confianza, este tipo de defensa resulta a todas luces además de absurda, ineficaz. Esto es así, porque muchas de las veces algunos pseudoabogados o coyotes se afianzan de dicho concepto con el objeto de intervenir en los procedimientos penales con el único propósito de obtener beneficios de carácter puramente económicos, sin que la defensa ejercida por ellos sea lógicamente adecuada. Así también, en algunos casos las personas sujetas a un procedimiento penal nombran como defensores a conocidos, amigos o familiares que se caracterizan por desarrollar actividades de gestoría propiamente políticas, sin que tengan nociones mínimas de Derecho penal y de procedimiento penal, reeditando en graves perjuicios para el defenso. Se debe tener en cuenta que actualmente existen un gran número de universidades públicas y privadas que imparten la carrera de licenciatura en Derecho, e inclusive se habla de una saturación de alumnos en dicha carrera, luego entonces consideramos que sí se puede abarcar toda la republica mexicana con defensores penales aptos y especializados.

C) Por abogado. En este supuesto consideramos que está mal utilizado el término, en virtud de que el título que se obtiene en las universidades corresponde al de licenciado en Derecho y no al de abogado. Consecuentemente consideramos que la defensa adecuada solamente podrá ser ejercida por un licenciado en Derecho el cual mínimamente debe contar con una especialidad en materia penal, esto es así, toda vez que resulta innegable que sólo quien conoce a cabalidad los derechos del inculpado, puede cumplir con la exigencia constitucional de una defensa adecuada; la ignorancia, la falta de ética, y la improvisación de quienes intervienen en un procedimiento penal sin los conocimientos necesarios, solo provocan corrupción y dilación en la administración de justicia. Por lo tanto, técnicamente la referencia abogado debe ser sustituida por la alusión a un licenciado en Derecho.

Cabe aclarar que el 18 de junio del año 2008, se publicó la reforma al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual en la fracción VIII del apartado

B, se dispuso que: “Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, el cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También, tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”.

Con base en esta reforma, se puede válidamente considerar como un pequeño avance en la protección de los derechos del imputado, el hecho de que su defensor debe ser un abogado. Sin embargo, consideramos que la reforma se quedó corta, ya que ésta debió incluir el requisito de que este defensor debe ser especializado en defensa penal.

Ahora bien, dicha reforma agrega que la confesión solamente tendrá validez si es emitida ante el juzgador con la asistencia de su defensor, lo que trae como consecuencia mayor protección a los derechos de las personas que se encuentren relacionadas como probables responsables en un hecho delictuoso. Además, debemos aplaudir el que se haya elevado a rango constitucional la presunción de inocencia, la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró por vía jurisprudencial implícita en algunos artículos de la Constitución Política, hoy reformada. Por tanto, son muchos los avances obtenidos con motivo de la multicitada reforma constitucional publicada el 18 de junio del año 2008.

Por tanto, criterio del suscrito para que el defensor pueda desplegar una defensa penal adecuada, debe desarrollar lo siguiente:

A) Entrevistarse previamente y en privado con su defendido antes de que declare ante el Ministerio Público.

Por lo que se refiere a esta garantía, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó por vía jurisprudencial dicho derecho, la cual puede ser ubicada con el Registro: 175,110, Jurisprudencia, Novena Época, Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIII, Mayo de 2006, Tesis: 1a./J. 23/2006, Página: 132.

DEFENSA ADECUADA. ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, que aquélla se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal puede ser concebida como un mero requisito formal, y para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación requiere de la participación efectiva en el procedimiento por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social. Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la “asistencia” no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor.

B) Ofrecer las pruebas notoriamente indispensables en la fase de averiguación previa o en el proceso a favor de su defendido.

C) Hacer valer las circunstancias probadas que en la averiguación previa o proceso favorezcan la defensa del inculpado.

D) Interponer los medios de impugnación necesarios para la defensa del inculgado.

E) En general promover todos aquellos actos procesales que resulten necesarios para el desarrollo normal del proceso y el pronunciamiento de la sentencia,

## 5.- LA DEFENSORÍA PÚBLICA

En los últimos años, es una triste realidad que gran parte de las personas que se encuentran sujetas a un procedimiento penal no cuentan con los recursos económicos necesarios para contratar los servicios profesionales de un licenciado en Derecho.

Esto es así, toda vez que aproximadamente el 70% de las personas que se encuentran sujetos a un proceso penal, el delito que se les imputa es el de robo, en todas sus modalidades, por lo tanto, si comenten dicho delito para obtener satisfactores económicos resulta difícil pensar que tengan la capacidad económica para contratar los servicios de un especialista en la materia que los defienda en forma adecuada.

Por esto, el Estado, con el ánimo de que todas las personas que se encuentran sujetas a procedimiento penal instituyó la figura del defensor de oficio, cuya principal característica consiste en que sus honorarios son cubiertos totalmente por el mismo Estado. En el entendido de que desafortunadamente la defensoría de oficio en el Distrito Federal deja mucho que desear por el excesivo burocratismo y la falta de preparación de los licenciados que la integran.

La defensa de los procesados por parte de un defensor público surgió inicialmente como expresión de caridad, para luego institucionalizarse como derecho del imputado, obviamente esto último aconteció después de un desarrollo paulatino de reconocimiento de derechos de los sujetos a proceso penal.

El suscrito considera que las funciones del defensor público federal, se encuentran debidamente reglamentadas y reguladas por la ley de la materia, y que hoy por hoy, la defensa llevada a cabo por un defensor federal, en la mayoría de los casos, es adecuada, por

contar con un sueldo honroso y una serie de estímulos y capacitaciones que los hacen ser de los mejores.

Cabe hacer mención que el licenciado Jorge Alberto Silva señala las siguientes características que deben ser observadas por el defensor de oficio federal:

“La defensa de oficio debe implicar en México la sentencia letrada, obligatoria y gratuita. Letrada, porque debe ser proporcionada por un especialista en Derecho (por lo menos licenciado en Derecho); obligatoria por ser imprescindible; y gratuita por estar exenta de costas a cargo del beneficiario”<sup>19</sup>.

## 6. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Cuando un licenciado en Derecho acepta defender a una persona que se encuentra sujeta a un procedimiento penal, debe tener en mente que todos y cada uno de los actos que realice a favor de su defenso, deben ir encaminados a obtener una defensa adecuada. Sin embargo, desafortunadamente existen un sinnúmero de casos en donde los defensores, aprovechándose de la ignorancia y desesperación del procesado o de sus familiares, obtienen de ellos dinero o valores sin que desarrollen los actos jurídicos idóneos tendientes a demostrar la inculpabilidad de sus defendidos, consecuentemente es en estos casos cuando se debe sancionar a aquellos abogados que traicionan los deberes éticos de esta profesión.

El doctor en Derecho Marco Antonio Chichino comenta al respecto:

“El defensor ha de responder por sus acciones u omisiones. A consecuencia de la conducta realizada, se pueden tipificar en su contra delitos tales como los de no promover pruebas, abandono de defensa, e incluso si se trata de defensor de oficio puede éste ser destituido”<sup>20</sup>.

Así las cosas, los defensores deben cumplir cabalmente con todas las obligaciones que le son inherentes a la defensa de una

<sup>19</sup> SILVA SILVA, Op. Cit. supra, nota 4. p. 210.

<sup>20</sup> CHICHINO LIMA, op. cit. supra, nota 4, p.296.



persona que se encuentra sujeta a un procedimiento penal y en caso de que su actuar resulte ser notoriamente negligente debe ser sancionado en términos del Código Penal,

Con el objeto de tener una visión panorámica de la antitesis del jurista resulta de vital importancia resaltar un párrafo del libro “El Jurista y el Simulador del Derecho”, del doctor Ignacio Burgoa, ilustrándonos en los siguientes términos:

“En el terreno de la abogacía, el simulador no es un verdadero abogado por la sencilla razón de que no sabe litigar, aunque presume ante terceros que no lo conocen de ser hábil postulante. El litigio, ya lo hemos dicho, es la esencial actividad del abogado que requiere indispensablemente la jurisprudencia o sabiduría del Derecho y las demás cualidades a que se ha aludido en el presente ensayo. Litigar implica el estudio del negocio que da origen a la controversia jurídica, la concepción y el planteamiento de su solución, la formulación de la demanda y de la contestación en que la litis se centra, el patrocinio de alguna de las partes en conflicto, la presentación de pruebas, la intervención en su desahogo, la asistencia a diligencias judiciales y audiencias en el proceso y la interposición de los recursos legales procedentes contra las diversas resoluciones judiciales que en él se dicten, además de otros muchos actos que sería prolijo mencionar y cuya índole varía en razón del caso concreto de que se trate. Toda esa actividad exige el conocimiento del Derecho sustantivo y adjetivo en las distintas ramas que comprende. Por tanto, el simulador, que no es jurisprudente, no puede desempeñarla. La apariencia de abogado que ostenta la manifiesta en actitudes extrajudiciales. Halaga a jueces, secretarios y empleados de los tribunales, con los que empeñosamente traba relaciones cuasi familiares. Los frecuenta y agasaja para captar su simpatía. Los saluda con abrazos estruendosos y con risas y carcajadas, procurando inspirarles amistad. Cuando la oportunidad se presenta, les prodiga favores a base de múltiples promesas. Ofrece su intervención ante ellos, a los abogados que patrocinan los negocios judiciales de los que pretende obtener alguna ganancia econó-

mica. Se finge “influyente” en base a la amistad que dice le brindan los funcionarios judiciales. Es tenaz en inspirar simpatía. Todas estas actitudes las asume para reemplazar su falta de capacidad de litigante, lo que le impide ser el patrono, por sí mismo, de los asuntos en que interviene colateralmente, ya que tiene la cautela de no asumir directa y personalmente la responsabilidad profesional en ellos. Sus relaciones con el personal de los juzgados y tribunales le permiten expeditar la tramitación de los negocios que ante ellos se ventilan, por lo que puede ser un hábil gestor judicial cuyo éxito depende de sus relaciones amistosas”<sup>21</sup>.

Consecuentemente el abogado defensor en materia penal debe contar con una sólida formación profesional y sobre todo contar con una serie de principios como lo son: honradez, honestidad y ética, ya que sin estos principios difícilmente podrá ejercer su noble tarea de defensor penal.

Hay que reconocer que cuando el defensor disfruta de su ejercicio profesional difícilmente se le hará pesada la carga laboral, es bien sabido que cuando un profesionista ama y respeta su profesión la desarrolla en forma adecuada, ya que la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el derecho de defensa, sin embargo, dicha defensa no debe ser aparente, sino eficaz y adecuada.

#### **A) RESPONSABILIDAD PENAL**

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone una serie de obligaciones para el defensor en materia penal, dentro de los que resaltan los siguientes:

- a) Estar presente en el acto en que el procesado rinda su declaración preparatoria.
- b) Solicitar, cuando proceda, inmediatamente la libertad bajo caución y realizar los tramites necesarios para su excarcelación.
- c) Promover las pruebas idóneas que resulten necesarias a favor de su defenso, durante el término constitucional de 72 horas y

---

<sup>21</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “El Juicio de Amparo”, 33ª ed., México, Porrúa, 1997.

estar presente durante el desahogo de las mismas.

d) En caso de que se dicte un auto de formal prisión en el que se observen violaciones procesales o constitucionales, promover el recurso de apelación en contra de dicho acto o al juicio de amparo en caso de ser procedente.

e) Promover todas las diligencias y pruebas que resulten ser necesarias durante el periodo de la instrucción.

f) Asistir a las diligencias en las que la ley considere obligatorio su asistencia, debiendo realizar los interrogatorios necesarios a efecto de defender adecuadamente a su cliente.

g) Interponer los recursos que para cada caso señale la Ley.

h) Desahogar las vistas de las que se le corra traslado y en general estar presente en todos y cada uno de los actos procesales donde resulte necesaria su presencia.

El Código Penal Federal en su capítulo relativo a los delitos cometidos por abogados, patronos y litigantes, dispone lo siguiente:

Artículo 231.- Se impondrá de dos a seis años de prisión, de cien a trescientos días multa y suspensión e inhabilitación hasta por un término igual al de la pena señalada anteriormente para ejercer la profesión, a los abogados, a los patronos, o a los litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados, cuando cometan algunos de los delitos siguientes:

I.- Alegar a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas; y

II.- Pedir términos para probar lo que notoriamente no puede probarse o no ha de aprovechar su parte; promover artículos o incidentes que motiven la suspensión del juicio o recursos manifiestamente improcedentes o de cualquiera otra manera procurar dilaciones que sean notoriamente ilegales.

III.- A sabiendas y fundándose en documentos falsos o sin valor o en testigos falsos ejercite acción u oponga excepciones en contra de otro, ante las autoridades judiciales o administrativas; y

IV.- Simule un acto jurídico o un acto o escrito judicial, o altere elementos de prueba y los presente en juicio, con el fin de obtener

sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

Artículo 232.- Además de las penas mencionadas, se podrán imponer de tres meses a tres años de prisión.

I.- Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepta el patrocinio de alguno y se admite después el de la parte contraria;

II.- Por abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño, y

III.- Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad condicional que menciona la fracción I del artículo 20 de la Constitución, sin promover, más pruebas ni dirigirlo en su defensa.

Artículo 233.- Los defensores de oficio que sin fundamento no promuevan las pruebas conducentes en defensa de los reos que los designen, serán destituidos de su empleo. Para este efecto, los jueces comunicarán al Jefe de Defensores las faltas respectivas.

Del análisis de las fracciones del artículo ya señalado, se desprende en forma por de más clara que el abogado defensor que no ejerza todos y cada unos de los actos jurídicos procesales tendientes a demostrar la inculpabilidad de su defendido, serán sujetos a un procedimiento penal por omisiones graves en perjuicio de su defendido.

## **B) EL SECRETO PROFESIONAL**

El secreto profesional es sin lugar a dudas una de las más importantes obligaciones que tiene el defensor particular para con su cliente. Esto es así, en virtud de que debe existir la plena confianza entre la persona sujeta a un procedimiento penal y el defensor, de que este último por ningún motivo deberá revelar a persona o autoridad alguna lo que su cliente le informó con motivo de los hechos que le imputan.

El secreto profesional, no es sólo un deber jurídico, sino también de carácter moral. En el ámbito penal, la persona que se encuentra sujeta a un procedimiento penal deposita su confianza en

el defensor, con la plena convicción de que éste no revelará todo lo confiado.

Por lo tanto, la revelación del secreto profesional, puede validamente considerarse como una traición del abogado en perjuicio de su defendido, ya que lo que se confía al abogado, muchas veces trasciende en el honor y la tranquilidad de la familia.

El abogado defensor conocerá de los intereses, los errores, pasiones íntimas, de la flaqueza humana, de los egoísmos, de la avaricia y muchas veces de las más bajas debilidades humanas. Por lo tanto el abogado debe ser considerado como un confesor el cual está impedido moral y legalmente para revelar los secretos que le son confiados.

Es de reconocerse, que por casos de extrema necesidad pudiera suscitarse la necesidad de revelar el secreto profesional, como atinadamente lo dice el licenciado Guillermo Colín Sánchez:

“La revelación del secreto profesional, en principio es inviolable, y como lo hice notar, es un deber jurídico y moral; sin embargo, en algunos casos excepcionales, en los que existen valores en pugna, debe preferirse el más trascendente y en esas condiciones el defensor debe hacer saber parte o todo lo que le ha sido confiado, v.gr.: cuando se trata de la patria o cuando el simple silencio, se lesionara la situación de un inocente”<sup>22</sup>.

Por su parte, el licenciado José Campillo Sáinz, al respecto comenta lo siguiente:

“El abogado tiene el deber de guardar el secreto profesional. Es para él, al mismo tiempo, un deber y un derecho. Es deber que obliga aun en el caso de que el abogado no haya aceptado patrocinar el negocio y aun para aquellos hechos que le hubiesen sido informados por terceros o de los que se hubiere enterado con motivo del asunto en que hubiere intervenido. Cubre así mismo, las confidencias de los colegas. Cuando sea objeto de una ataque grave e injustificado de su cliente, estará dispensado de la obligación

---

<sup>22</sup> COLÍN SÁNCHEZ, G. Op. cit. supra, nota 2, p.256.

de guardar el secreto y podrá revelar lo indispensable para su defensa”<sup>23</sup>.

El Código Penal Federal en el artículo 211 dispone lo siguiente:

Artículo 210.- Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Artículo 211.- La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

Para finalizar resulta necesario reflexionar que la función de defensor penal es una actividad de mucha responsabilidad, en atención de que muchas veces lo que esta de por medio es la libertad personal y en algunas ocasiones el patrimonio. Consecuentemente, la persona que se haga cargo de la defensa de un procesado debe ser ante todo una persona honesta a la cual se le puede confiar datos de suma delicadeza. Es por esto que el secreto profesional es una de las grandes prerrogativas de que goza el defensor para el debido ejercicio de la defensa adecuada en beneficio de su defendido.

## CONCLUSIONES

PRIMERA: El derecho a la defensa es una garantía que todo gobernado puede ejercer ante las autoridades, cuando le sean imputados comportamientos ilícitos. En el entendido de que en materia penal, la defensa que se despliegue a su favor deberá ser adecuada.

SEGUNDA: La naturaleza jurídica del defensor penal, consiste en considerarlo como un representante del inculcado sui géneris,

---

<sup>23</sup> CAMPILLO SÁINZ, José. Dignidad del Abogado. 9ª edición, México, Porrúa, 1999, p 29.

ya que si bien auxilia al juzgador obtener la verdad histórica, también lo es que por ética y disposición legal está impedido para revelar los secretos que su defendido le haya confiado.

TERCERA: De las características que distinguen a la defensa penal adecuada, resalta la obligación que tiene el defensor de ofrecer, dentro de una averiguación previa o proceso penal, las pruebas notoriamente idóneas que resulten ser necesarias para la defensa de su patrocinado. En el entendido de que el ofrecimiento de las pruebas notoriamente idóneas dependerá esencialmente del tipo de delito que se persiga.

CUARTA: La reforma al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto a que la defensa penal sólo podrá ser llevada por medio de un abogado, se quedó corta. Esto es así en virtud de que para que pueda considerarse que un abogado cuenta con un mínimo de conocimientos en materia penal, deberá contar con una especialización en defensa penal.

QUINTA: El defensor siempre deberá respetar la obligación de guardar el secreto profesional a favor de su defendido, en el entendido de que si viola dicha obligación deberá ser severamente sancionado por revelar los hechos que haya tenido conocimiento con motivo de su función de defensor penal.

## La retroactividad de la jurisprudencia en materia penal. Situación de elemental justicia en el corpus juris del derecho internacional de derechos humanos

*José de Jesús Esqueda Díaz\**

Ante todo, debo reconocer que éste es un tema muy explorado en general, pero menospreciado particularmente en la materia penal y en relación con el objeto y fin de la protección internacional de los derechos humanos.

Vaya por delante el relato del asunto que motivó la inquietud de escribir estas líneas.

Al inculpado Octavio Villalobos Valadez se le condenó en el proceso penal número 78/2002, ante el Juzgado Tercero de Distrito en Aguascalientes, por haberlo considerado plenamente responsable en la comisión del delito Contra la Salud en la modalidad de Suministro de Marihuana en Grado de Tentativa, previsto y sancionado por el artículo 194 fracción I, 196 fracción IV, en relación con el 13 fracción II, del Código Penal Federal, con la agravante de haber sido realizado en el interior de un centro penitenciario; habiéndole impuesto las siguientes sanciones: Quince años de prisión, multa y amonestación, entre otras.

En el momento procesal oportuno se interpuso recurso de apelación en contra de dicha sentencia, y le correspondió conocer de tal inconformidad al Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito con residencia en Zacatecas capital, con el número de toca 613/

---

\* Defensor Público Federal.



2003-III, mismo que, seguidos los trámites de rigor, resolvió en definitiva confirmando la resolución de primer grado, por lo que respecta a Villalobos Valadez.

Contra esa sentencia definitiva se promovió amparo directo número 231/2004, ante el entonces Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, también con residencia en Zacatecas, hoy Tribunal Colegiado solamente, en donde, entre otras cosas, siguiendo la estrategia de defensa de primera y segunda instancia, se alegó, vía conceptos de violación, que las penas impuestas eran inequitativas, debido a que se estaba haciendo una incorrecta interpretación del artículo 63, tercer párrafo, del Código Penal Federal que dice:

“En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.”

Como fundamento de nuestra petición se invocó una jurisprudencia firme de un Tribunal Colegiado, que se solicitó se obligara a la autoridad responsable a que acatara en términos del artículo 193 de la Ley de Amparo, que reza lo siguiente<sup>1</sup>:

Rubro: DELITO GRAVE EN GRADO DE TENTATIVA. PENAS APLICABLES.

Texto: “Para la imposición de la pena, en tratándose de delitos graves, así considerados por la legislación penal aplicable, cuyo grado de ejecución quedó en tentativa, primero debe individualizarse el delito como consumado y después, imponer al acusado hasta las dos terceras partes de esas penas, según el grado de ejecución que se hubiese llegado a consumir en la comisión del delito, atendiendo en el caso, además, al grado de culpabilidad que se haya considerado al acusado; pero si la pena a imponer resulta ser inferior a la mínima señalada para el ilícito de que se trate, necesariamente debe aplicarse la regla a que se refiere el artículo 63, párrafo tercero, del

---

<sup>1</sup> Tesis: I.3o.P. J/12, Registro IUS No. 186610, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, julio de 2002, página: 1100, jurisprudencia, materia(s): penal.

Código Penal para el Distrito Federal, es decir, imponer exactamente la pena mínima señalada, por tratarse de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley.”

Pero resulta que el Tribunal Colegiado de Zacatecas resolvió, el 15 de octubre de 2004, que esa jurisprudencia era inaplicable, que porque había sido interrumpida, óiganlo bien: por la tesis emitida por otro Tribunal Colegiado<sup>2</sup>, incluso de diferente Circuito, y que es la que se transcribe a continuación<sup>3</sup>:

Rubro: SANCIÓN EN DELITOS GRAVES ASÍ CALIFICADOS POR LA LEY EN GRADO DE TENTATIVA. DEBE OBSERVARSE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 63, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, RESPECTO DEL DELITO BÁSICO Y EL PÁRRAFO PRIMERO EN CUANTO A LA AGRAVANTE.

Texto: “Si el delito básico tentado es grave por sí solo, y no tiene esa calidad específica por haberse actualizado en la comisión del mismo una agravante que origina considerarlo como tal, debe sancionarse en términos del párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal, no así la calificativa, pues ésta debe punirse de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del mismo precepto, porque de otra manera se estaría imponiendo una pena por analogía, en contravención del artículo 14, párrafo tercero, constitucional, ya que el referido párrafo tercero no establece que también la calificativa deba sancionarse en esos términos; por tanto, debe estarse a lo más favorable al reo.”

Obviamente, el amparo directo fue negado.

Posteriormente, fue emitida una jurisprudencia por contradicción de tesis, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que nos daba la razón, y que es del tenor siguiente<sup>4</sup>:

<sup>2</sup> Procedimiento que no está contemplado por el artículo 194 de la Ley de Amparo para la interrupción de la jurisprudencia.

<sup>3</sup> Tesis: I.5o.P.22 P, registro IUS No. 186122, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, agosto de 2002, página: 1384, Tesis Aislada, que formó parte en la contradicción de tesis 28/2003, que dio origen a la jurisprudencia 123/2004.

<sup>4</sup> Tesis: 1a./J. 123/2004, registro IUS No. 179294, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, febrero de 2005, página: 143, jurisprudencia, materia(s): penal.

Rubro: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITOS QUE LA LEY PREVÉ COMO GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA, CUANDO EN SU COMISIÓN SE ACTUALIZA UNA AGRAVANTE.

Texto: “De una armónica interpretación de los artículos 63, párrafos primero y tercero, en relación con lo previsto en el párrafo segundo del numeral 51, ambos del Código Penal para el Distrito Federal abrogado, y partiendo del principio de culpabilidad que rige el sistema penal mexicano para la individualización de las penas, se obtiene que para la imposición de las sanciones en el caso de delitos cometidos en grado de tentativa, calificados como graves por la ley, debe atenderse, en primer término, a la regla general contenida en el artículo 63, párrafo primero, del código punitivo en cita, pues es ahí donde se establece la punibilidad para los casos de tentativa, esto es, disminuir hasta las dos terceras partes en su mínimo y máximo el rango de punibilidad previsto en la norma aplicable, tanto para el delito básico como para las agravantes. Satisfecho lo anterior, debe realizarse la individualización de las penas que corresponde imponer al sentenciado, conforme al grado de culpabilidad que le fue apreciado, y sólo en caso de que la punición determinada resultara inferior a la mínima prevista para el delito consumado con sus modalidades, con fundamento en el artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal, debe imponerse al sentenciado precisamente la pena de prisión mínima, puesto que en este último párrafo sólo se señala una regla de excepción para el caso de que de la operación matemática el resultado sea una pena menor a la mínima que corresponda al delito consumado<sup>5</sup>.”

Resulta que coincidimos el lic. José Guadalupe Arias Ortega<sup>6</sup> y yo en que debíamos hacer algo a favor del sentenciado Octavio

---

<sup>5</sup> Dicha tesis fue sostenida incluso en la jurisprudencia número Tesis: 1a./J. 20/2007, localizable en la Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Marzo de 2007, Página: 96

<sup>6</sup> Defensor público federal adscrito al Juzgado Tercero de Distrito en Aguascalientes.

Villalobos Valadez, a quien consideramos que injustamente se le aplicaron cinco años de prisión de más, pues le impusieron quince, cuando lo adecuado eran diez, por la comisión de un delito contra la salud en la modalidad de Suministro de Marihuana en Grado de Tentativa, con la agravante de haber sido realizado en un centro de reclusión<sup>7</sup>.

Entonces, se tramitó incidente no especificado ante el Juzgado Tercero de Distrito en Aguascalientes, solicitando la aplicación retroactiva de esa jurisprudencia de la Primera Sala. Tal trámite se declaró infundado, con el argumento medular de que para la jurisprudencia no aplica el principio de retroactividad en beneficio de la persona, por no ser ley, en términos del artículo 14 constitucional.

Esa resolución incidental fue recurrida en apelación, de la que conoció el Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito, con el número de toca 573/2005-III, y resolvió confirmando en todos sus términos, con un argumento muy similar al del Juzgado de origen.

Ese fallo de alzada fue recurrido en amparo indirecto ante el Tribunal Unitario del Noveno Circuito, con residencia en San Luis Potosí, en donde le correspondió el número 60/2005-E, que concluyó negando el amparo sosteniendo los mismos argumentos, agregando que impedía la aplicación retroactiva de la jurisprudencia el hecho de que se tratara de cosa juzgada. Señaló en lo conducente este Tribunal de amparo indirecto en su sentencia<sup>8</sup>:

“...más aun porque, se insiste, a pesar de que se trate de una cuestión de índole penal y de que ello tenga relación con la libertad personal del enjuiciado, se tiene en cuenta que la individualización de la pena que correspondía al sentenciado, ahora quejoso, correcta o incorrecta, ya fue materia de decisión en un anterior juicio de garantías, promovido por el mismo quejoso y en relación al mismo proceso penal; por ende, tal aspecto debe considerarse *irremediabilmente juzgado*, es decir, constituye cosa juzgada que no puede ser examinado en un nuevo juicio...”

<sup>7</sup> Artículos 193, 194, fracción I, y 196, fracción IV, del Código Penal Federal.

<sup>8</sup> 22 de noviembre de 2005, páginas 69 y 72.

...De manera que es jurídicamente correcto que en el fallo reclamado se hubiere estimado, además de que la Jurisprudencia no es ley, que la pretensión del sentenciado pugna contra la cosa juzgada; principio este que, adverso a lo que se afirma en los conceptos de violación, en tanto no se esté en el caso de excepción contemplado por el referido ordinal 56, sí puede estar *por encima de la interpretación jurídica que los tribunales federales hacen de la ley, así como que la misma tenga relación con el ‘derecho supremo de la libertad personal del reo’*, pues *aun partiendo de la hipótesis que la jurisprudencia llegue a determinar que un hecho no es constitutivo de delito, de todas formas sería legal y constitucionalmente válido mantener en prisión a quien fue condenado por una norma penal mal interpretada; aunque dicha interpretación provenga del Congreso, hasta en tanto no constituya una ley formalmente válida*, porque como ya se destacó en el curso de esta ejecutoria, es incierto que Jurisprudencia y Ley estén revestidos de la misma connotación jurídica, conforme a lo ya determinado por el Pleno de la Suprema Corte en la ejecutoria transcrita con antelación.”

Una vez recurrida esa sentencia de amparo biinstancial, conoció de la revisión el Tercer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, con residencia en San Luis Potosí, con el número 101/2006, en donde se resolvió enviar el asunto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a quien consideró legalmente competente para conocer de ese asunto que, efectivamente, constituía un asunto de relevancia eminentemente constitucional.

Con motivo de lo anterior, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el número de amparo en revisión 1180/2006, en fecha 16 de agosto de dos mil seis resolvió, por mayoría de votos, en lo conducente:

“Expuesto lo anterior, se arriba a la conclusión de que el quejoso en su demanda de garantías no plantea propiamente la interpretación directa de un precepto constitucional, sino la violación a cuestiones de legalidad que atribuye a la sentencia reclamada, ya que lo que pretendió en tales motivos de inconformidad, es que el

órgano de control constitucional realizara una interpretación de los artículos 14, 16, 17, 21, primera parte, 39, 41 y 105 penúltimo párrafo y 107, fracción XIII, último párrafo de la Constitución Federal, porque en su concepto, la autoridad responsable, no admite que proceda la aplicación retroactiva de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo que a su juicio debe ser aplicada en materia penal en donde rigen los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, en cuyo caso, debe aplicarse siempre de manera retroactiva la ley que le favorezca o la interpretación legal de ésta, mediante jurisprudencia que tiene las mismas características de la ley.

Que en este sentido, insiste, que la aplicación de la jurisprudencia debe ser retroactiva en forma favorable al reo, pues la certeza jurídica en materia penal está por encima de la cosa juzgada y, concluye, que tiene derecho a la impartición de justicia con la aplicación correcta de la ley penal de conformidad con los artículos 14 y 17 constitucionales.

Es decir, que de acuerdo con lo anterior, lo que realmente atribuye a la sentencia reclamada son vicios de legalidad, por cuanto no considera que deba aplicarse retroactivamente la jurisprudencia en materia penal.

En esta virtud, cabe destacar que la circunstancia de que en el presente recurso de revisión se insista sobre la procedencia o no de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, ello no implica que se trate de una cuestión de constitucionalidad, sino que siendo la jurisprudencia la interpretación de la ley, es indudable que se trata de una cuestión de mera legalidad, referida a la aplicación de la jurisprudencia.

Lo anterior encuentra apoyo analógicamente en la jurisprudencia 88/2004 sustentada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, cuyos datos de identificación y texto enseguida se transcriben.

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XX, Julio de 2004

Tesis: 2a./J. 88/2004

Página: 427

‘REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. NO PROCEDE CUANDO SE RECLAMA LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE UNA LEY, POR TRATARSE DE UNA CUESTIÓN DE LEGALIDAD. Conforme a los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 83, fracción V, de la Ley de Amparo, el recurso de revisión procede en contra de sentencias dictadas en amparo directo, cuando el Tribunal Colegiado de Circuito se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de una ley o la interpretación directa de un precepto de la Constitución. Por tanto, si en una sentencia de esa naturaleza se resuelve que la autoridad responsable, al aplicar una disposición de observancia general desconoció las prerrogativas que una norma de anterior vigencia confirió al gobernado, resulta evidente que no se reúnen los requisitos de procedencia del mencionado recurso, pues no se decidió sobre la constitucionalidad de la disposición, ni en las consideraciones conducentes se fijó el alcance del primer párrafo del artículo 14 constitucional acudiendo a algún método de interpretación jurídica, sino que el órgano de control se limitó a determinar el ámbito temporal de validez de la norma y a verificar la situación concreta de la quejosa, para determinar si la respectiva autoridad realizó su aplicación correctamente, respetando las situaciones jurídicas concretas o los derechos adquiridos que un gobernado, antes de la entrada en vigor de aquélla, había incorporado a su esfera jurídica, lo que únicamente se traduce en precisar cuáles son tales situaciones o prerrogativas y en qué medida las afecta el acto reclamado’.

Pero además, de las consideraciones en que se apoya el órgano de control constitucional para declarar infundados los conceptos de violación, tampoco hace pronunciamiento en torno a la interpretación directa de algún precepto constitucional, porque aun cuando cita algunos para examinar los motivos de inconformidad

de que se trata, no precisa su alcance, desentrañando el verdadero sentido que quiso darle el constituyente, tal y como lo ha considerado este Alto Tribunal, en asuntos relacionados con la procedencia del recurso de revisión en amparo directo que también resultan aplicables por igualdad de razón, tratándose de la revisión en amparo indirecto.

...En mérito de lo anterior, no actualizándose en el caso los supuestos de competencia establecidos en los artículos 107, fracciones, VIII de la Constitución Federal, 84, fracción I, inciso a), de la Ley de Amparo y 21, fracción II, inciso a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, para que esta Primera Sala conozca del recurso de revisión, en virtud de que en la sentencia recurrida no se efectuó la interpretación directa de un precepto constitucional, debe remitirse dicho medio de impugnación al Tribunal Colegiado que previno en su conocimiento, por ser el competente para resolverlo.”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no tomó en consideración en ese juicio de amparo en revisión 1180/2006, que precisamente para establecer si la jurisprudencia, en materia penal, debe aplicarse retroactivamente a favor de la persona, tenía que desentrañarse el sentido del primer párrafo del artículo 14 constitucional, tal como se solicitó desde la demanda de garantías, para determinar, no sólo si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lo permite, sino si lo exige inclusive.

Cabe decir desde ahora que claro está que toda interpretación constitucional debe tener una aplicación, es decir, un objetivo práctico, pero no por ese solo hecho ya no debe considerarse de interés eminentemente constitucional. Es cierto que se pidió la aplicación retroactiva de la jurisprudencia en materia penal; pero ello requería previamente de la interpretación constitucional, ya que es obvio que ningún tribunal federal se atrevería a hacer tal aplicación si no hubiera primero un mandato supremo bien definido. No debió soslayarse que la aplicación retroactiva y favorable de la ley penal, nació de una interpretación jurisdiccional lógica, a contra-



rio, de la Carta Magna, por parte de la Suprema Corte. Lo mismo se buscaba conseguir respecto de la jurisprudencia, debido a los nuevos tiempos en que los derechos humanos han cobrado especial relevancia.

En la resolución de ese amparo en revisión 1180/2006, el Ministro José Ramón Cossío hizo un interesante voto particular, como se transcribe ahora:

“En el presente asunto se sostiene que la aplicación de la jurisprudencia no viola la garantía de retroactividad de la ley, aplicándose la jurisprudencia P./J. 145/2000 del tribunal pleno con la cual no estoy de acuerdo. En primer término, tengo que aclarar que cuando se resolvió la contradicción de tesis 5/97, que dio lugar a la tesis citada, yo aún no integraba este tribunal, por lo que no he tenido oportunidad de pronunciarme sobre el criterio referido.

En las consideraciones de esa contradicción, especialmente el quinto, se hacen varias afirmaciones sobre la naturaleza de la jurisprudencia y sus diferencias con la ley con las que no concuerdo. En el considerando mencionado, en síntesis, encontramos las siguientes:

a) La jurisprudencia no es una norma nueva, sólo interpreta la existente.

b) La jurisprudencia obliga al momento de resolver la controversia, no obstante que al momento de realizarse los hechos del caso concreto exista otro criterio.

c) La jurisprudencia, por ser interpretación de la ley, no puede dar lugar a la aplicación retroactiva de ésta.

En cuanto a sus diferencias con la ley:

a) La jurisprudencia es obra de los órganos jurisdiccionales y la ley del órgano legislativo.

b) La jurisprudencia no es una norma general. Ya que sólo se aplica a los casos particulares, mediante la vía del proceso.

c) La jurisprudencia sólo es obligatoria respecto de los órganos jurisdiccionales que deben aplicarla.

d) La jurisprudencia es la interpretación que hacen los tribunales de la ley.

Desde mi punto de vista, las afirmaciones anteriores no son sostenibles.

Desde nuestro punto de vista, contrariamente a lo sostenido en la contradicción 5/97, la jurisprudencia sí constituye un sistema de normas que efectivamente son abstractas y generales, obligatorias para todos los tribunales del país hasta que no sean interrumpidas o modificadas y, por tanto, materialmente resultado de una función legislativa del más alto tribunal de nuestro país.

Para proceder de un modo sistemático, el primer problema con el que nos enfrentaremos, es el de inducir del conjunto de normas que regulan el juicio de amparo criterios que distingan la jurisprudencia de las normas individualizadas resultado del proceso de amparo.

#### A) Jurisprudencia y sentencia.

En primer término, hay que distinguir la jurisprudencia de las sentencias emitidas por los tribunales y, en particular por la Suprema Corte de Justicia; la jurisprudencia se aplica a sujetos distintos de aquellos a los que se aplica la resolución, mientras que las resoluciones son obligatorias solamente para las partes que intervienen en el juicio, la jurisprudencia es obligatoria para todos los demás tribunales inferiores a aquel que la emitió. Además, la creación de la jurisprudencia requiere de mayorías distintas a las necesarias para la sentencia (mayoría calificada de 8 votos y absoluta respectivamente).

#### B) Jurisprudencia y sistema de fuentes.

Un segundo problema se refiere a la posición de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho mexicano. En este sentido, pueden adoptarse al menos dos puntos de vista: primero, podemos posicionar a la jurisprudencia dependiendo solamente de categorías formales, normativas u orgánicas. Normativamente, la jurisprudencia siempre se encuentra jerárquicamente subordinada a la ley, específicamente a los artículos 192 a 197-B de la Ley de Amparo; orgánicamente, dependerá de cuál sea el órgano que las emite, en este caso, la jurisprudencia de Pleno es superior a todas

las emitidas por las salas y los tribunales colegiados, la de las salas es superior a la emitida por los tribunales colegiados; la de los colegiados, siendo la de inferior jerarquía, obliga al resto de los tribunales.

Por otro lado, podemos adoptar el punto de vista que no atienda a su jerarquía, ya sea por categorías formales orgánicas o normativas, sino a categorías funcionales, en donde la jurisprudencia se identifica funcionalmente con la norma que interpreta. En un proceso de interpretación jurídica no cabe la distinción en el establecimiento de jerarquías entre la norma interpretada y la “norma interpretadora”, refiriéndose ésta última a la primera con el propósito de establecer su significación respecto de ese orden jurídico, necesariamente ha de encontrarse en la misma posición jerárquica; esto es así porque la interpretación es la determinación hecha por el órgano facultado del sentido válido de la disposición resultante del proceso. El sentido de esa norma no puede ser sino idéntico al precepto que está interpretando. Esto puede comprobarse si consideramos el único medio distinto a la interrupción de la jurisprudencia de amparo por el mismo Pleno de la Corte: la modificación directa de la Constitución. El caso concreto es la jurisprudencia acerca de la posibilidad de concesión de facultades extraordinarias para legislar al ejecutivo por parte del Congreso de la Unión, que se estableció como práctica reiterada desde la Constitución de 1957 y que fue avalada por la jurisprudencia de la Suprema Corte, por lo que se requirió de una reforma constitucional el 10 de diciembre de 1947, durante la presidencia de Cárdenas, para que la misma dejara de tener efectos.

### C) La formulación del contenido.

El tercer problema que analizaré con relación a la jurisprudencia en amparo, es el de la formulación de su contenido y su expresión formal en tesis. En este sentido, el acuerdo de la Suprema Corte de Justicia del 18 de noviembre de 1996, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación define a las tesis de juris-

prudencia en los siguientes términos: “La tesis es la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto”. Esta definición comprueba la distinción entre la tesis jurisprudencial y la resolución, pero además toca un punto importante en cuanto la formulación de la misma, esta debe ser abstracta, la formulación de las tesis se acerca más a la formulación canónica de una regla más que a la formulación de un criterio específico de resolución de un caso concreto. La tesis entonces, nos sigue diciendo el acuerdo en cuestión “no es un extracto, una síntesis o un resumen de la resolución”, ni debe contener datos concretos de “carácter eventual o contingente, sino exclusivamente los de naturaleza general y abstracta”, cualquier referencia al caso concreto es entendida por el acuerdo en cita como “ejemplificación” y no como contextualización de los criterios elaborados, la jurisprudencia es entonces un conjunto de abstracciones de los elementos generales de casos concretos.

La jurisprudencia es entonces un sistema de reglas abstractas que como lo hemos mencionado tomando en cuenta categorías funcionales, “integra o complementa” el sistema de reglas al que interpreta. El modo de aplicar las tesis es muy similar al de aplicación de normas generales ya que el juzgador se referirá, no a los hechos del caso donde surge la tesis a aplicar en el caso futuro, sino a la aplicabilidad genérica de la misma. No se establece un criterio de caracterización, asimilación o distinción por casos, sino un sistema de aplicación de normas generales a casos concretos. Podemos tomar como referencia dos tesis de la misma Corte que confirman lo anterior. La primera es la tesis sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación PXVI/94, donde se cita un acuerdo del mismo Pleno: “en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede establecer jurisprudencia referida a temas o criterios genéricos sin que sea necesario que en los cinco precedentes respectivos aparezcan las mismas autoridades, ni que se hayan reclamado el mismo precepto legal o la misma ley”. La segunda se refiere al modo

como la jurisprudencia es aplicada en casos futuros, lo cual no difiere de la aplicación de reglas generales con su necesidad de fundamentación y motivación, la tesis de Pleno P./J. 88/2000 surgida de la contradicción de tesis 17/98 en donde se establece que: “como el artículo 16 constitucional obliga a toda autoridad a fundar y motivar sus resoluciones debe estimarse que la sola transcripción de las tesis jurisprudenciales no es suficiente para cumplir con la exigencia constitucional, sino que es necesario que el órgano jurisdiccional asiente las consideraciones lógicas que demuestren, cuando menos, su aplicabilidad al caso concreto independientemente de que, de ser necesario, el juzgador complemente la aplicación de los criterios jurisprudenciales en que se apoye, con razonamientos adicionales que aseguren el cumplimiento de la referida garantía constitucional”.

Finalmente, según el artículo 192 de la Ley de Amparo, estas normas abstractas son obligatorias para la totalidad de los tribunales en el país, sean éstos federales o locales. El modo en el cual el artículo 192 se dirige a los sujetos obligados a acatar la jurisprudencia, es claramente general. Aun cuando la jurisprudencia tenga como finalidad ser aplicada a un caso concreto, esto no la convierte en una norma individualizada. Ya hemos hecho la distinción con las sentencias, asimismo, hemos establecido la naturaleza abstracta de sus contenidos, ahora se puede establecer la naturaleza general de sus destinatarios. Los destinatarios de la jurisprudencia claramente no son las partes dentro de una controversia determinada, sino los tribunales que encuentran un criterio obligatorio para la resolución de la controversia en cuestión. Para las partes, en la mayoría de los supuestos, la jurisprudencia es solamente uno de los sentidos posibles de las normas interpretadas, el cual puede ser tomado en cuenta o argumentado en contra, dependiendo de sus intereses. Los tribunales, sin embargo, se encuentran obligados a aplicarla como ya lo hemos establecido cuando analizamos su jerarquía orgánica en términos del primer párrafo del artículo 192 de la Ley de Amparo, por lo que son los destinatarios de la obligación

establecida por la misma. La jurisprudencia no es menos general por ser la norma que aplica y desarrolla la ley, especialmente la Ley de Amparo, la cual le otorga validez; el ser aplicación o concretización de una norma general no impide que la norma que aplica o concretiza no sea a su vez general, como sucede en el caso de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo establecida en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. No es óbice a lo anterior que la obligatoriedad de la jurisprudencia se encuentre restringida a los tribunales federales o locales, no se debe confundir generalidad con universalidad, existen una infinidad de normas generales dentro del orden jurídico mexicano que sólo se refieren a un poder o sector del mismo. Como ejemplo más conspicuo de lo anterior tenemos las normas generales administrativas de la Administración Pública, en donde no podemos considerar que, por razón de la especificidad de su destinatario, sean normas menos generales que las normas de jerarquía superior que las mismas concretizan. Asimismo encontramos normas constitucionales que se refieren a grupos determinados de personas, como por ejemplo el artículo segundo constitucional que se refiere en específico a los pueblos indígenas y sus miembros individuales, sin que por ello puedan ser clasificadas como normas individualizadas, concretas o normas de caso único.

La jurisprudencia es, por tanto, una norma general, abstracta e impersonal, producto de una función materialmente legislativa desarrollada por los tribunales establecidos en el primer párrafo del artículo 192 de la Ley de Amparo y obligatoria para todos los demás tribunales inferiores a aquellos que la emiten. Que las normas en cuestión sean emitidas por un órgano distinto al poder legislativo no puede ser objeción para considerarlas producto de una función de carácter legislativo, ya que existen una gran variedad de normas que tiene ese carácter emitidas por órganos distintos al poder legislativo, que comparten sus características y limitaciones.

Siendo consistentes con las consideraciones anteriores, hay que analizar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia bajo este punto

de vista y no desestimarlos considerando que la jurisprudencia no es una norma general, por todas las razones que se han elaborado en este voto. Por todo lo anterior, estoy en contra de la determinación tomada por la mayoría.”

Finalmente, al regresar el amparo en revisión al Tercer Tribunal Colegiado en San Luis Potosí, éste resolvió confirmando la negativa de concesión del amparo impetrado, el 16 de febrero de 2007.

Cabe destacar que en ningún momento los órganos jurisdiccionales se ocuparon de los tratados internacionales materia de derechos humanos, ni menos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fueron invocados como fundamento.

Alguien se preguntará por qué incidir en una cuestión que ha sido agotada al haber jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (aparentemente, desde mi punto de vista) y es de aceptación casi unánime entre los juzgadores federales.

Pero yo me pregunto cuántas veces ha sido modificada, interrumpida o superada la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional. La respuesta es: muchas. Y no podría ser de otra manera, dado el desarrollo o evolución que exigen el sistema social, el conocimiento y la conciencia.

Tiene aplicación la siguiente tesis<sup>9</sup>:

Rubro: JURISPRUDENCIA. ALCANCES DE LA FACULTAD DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA MODIFICARLA.

Texto: “Los artículos 194 y 197 de la Ley de Amparo, facultan al Tribunal Pleno y a las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para modificar su jurisprudencia, para lo cual, como requisitos formales, se requiere solicitud de parte legítima, que previamente se haya resuelto el caso concreto y que se expresen las argumentaciones jurídicas en que se apoya la pretensión de modificación. Ahora bien, la palabra “modificación” contenida en el

<sup>9</sup> PXIII/2004, Registro IUS No. 181535, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, mayo de 2004, tesis aislada, página 142, materia común.

indicado artículo 194, no está constreñida a su significado literal, conforme al cual sólo podrían cambiarse los elementos accidentales de la jurisprudencia sin alterar su esencia, sino que permite el cambio total de lo anteriormente sostenido, esto es, se trata no sólo de interrumpir un criterio jurídico, sino sustituirlo por otro que puede ser, inclusive, en sentido contrario, de manera que acorde con la intención del legislador, “modificar la jurisprudencia” significa cambiar de criterio, interrumpir la obligatoriedad de una tesis y emitir una nueva que la sustituya. Asimismo, es importante señalar que la jurisprudencia tiene, como primer efecto, la interpretación de las leyes que regulan el marco de actuación de las autoridades y las relaciones entre particulares, así como entre éstos y los órganos del Estado y, como segunda consecuencia, de igual trascendencia, dar certeza jurídica a través del establecimiento de un criterio obligatorio que vincule de manera general, de lo que se sigue que frente a lo estático de las disposiciones normativas y ante la necesidad de actualizar su interpretación la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con facultades amplísimas para transformar el criterio jurisprudencial respecto del cual se solicita su modificación.”

Pasemos ahora a nuestro análisis.

El artículo 14 constitucional señala respeto de la retroactividad de la ley:

*“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”*

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado<sup>10</sup>:

Rubro: JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

Texto: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo

---

<sup>10</sup> Tesis:P/J.145/2000, Registro IUS No. 190663, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XII, diciembre de 2000, página 16, jurisprudencia, materia(s): constitucional, común.



interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta “conformación o integración judicial” no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del Juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución Federal, así como en los numerales 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional.”

Asimismo, en la ejecutoria que dio origen a esta jurisprudencia se estableció que:

“SEXTO. Con base en los elementos antes destacados, y como se anticipó en el considerando anterior, debe prevalecer la tesis sustentada por este Tribunal Pleno, pues la jurisprudencia no se rige por la garantía de irretroactividad de la ley prevista en el artículo 14 constitucional.

En efecto la jurisprudencia no es ley, en sentido formal, ya que no nace del órgano legislativo. La jurisprudencia no es una norma general, ya que se aplica a los casos particulares mediante la vía del proceso.

La obligatoriedad de la jurisprudencia es limitada, toda vez que sólo tienen la obligación de acatarla los órganos jurisdiccionales a quienes corresponde aplicarla.

La jurisprudencia es la interpretación que los tribunales hacen de la ley.

La integración de la ley se encuentra limitada por la norma constitucional, por lo tanto, la jurisprudencia en cuanto a su contenido, forma de creación y aplicación, también se encuentra restringida por la propia ley.

Por tales motivos, la jurisprudencia no puede transgredir el contenido de la garantía de irretroactividad, previsto en el artículo 14 constitucional, ya que la jurisprudencia no constituye legislación, sigue a la legislación, fija en la mayoría de los casos el contenido de una ley y, en casos excepcionales, la integra; y esta integración tiene que ser conforme a la voluntad del legislador.”

Acaso la Suprema Corte de Justicia de la Nación con esa sentencia cortó con el mismo rasero a todas las materias del derecho, soslayando lo que representa particularmente la materia penal, y singularmente cuando está de por medio una sanción corporal.

Tal vez sobra decir que el bien jurídico consistente en la libertad personal es de la mayor trascendencia, es un derecho sustantivo que, por su importancia, sólo se encuentra, constitucionalmente, debajo de la propia vida, pero no debemos olvidarlo jamás en este análisis. Esa libertad es un presupuesto del efectivo ejercicio de las demás garantías individuales. Así lo ha considerado en su obra Juventino V. Castro<sup>11</sup>:

“Una primera observación es evidente: quienes promueven esos derechos, que actualmente conocemos como garantías constitucionales, siempre mencionan como basamento la libertad.

Es verdad que un estudio cuidadoso de las disposiciones fundamentales a este respecto, nos permite encontrar no únicamente el reconocimiento de esta libertad, sino también una serie de procedimientos que permiten que la misma se respete y aun se aliente, y un conjunto de normas que tienen en cuenta un orden público, que permita la vivencia dentro de un orden social. Pero el núcleo —el punto de partida—, es siempre la libertad, que por lo demás se da por

<sup>11</sup> Garantías y Amparo, novena edición, México, D.F., Editorial Porrúa, 1996, página 16 y siguientes.

establecido y demostrado que pertenece a la naturaleza humana.

...Por ello el autor que venimos citando considera que el Derecho constitucional es esencialmente la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del Estado, agregando que con mayor claridad debería mencionar esa conciliación ‘en el marco del Estado-Nación’, porque es en éste en donde se hace totalmente explícito el antagonismo entre Poder y Libertad.

...Estamos totalmente de acuerdo con el maestro Noriega, en sus planteamientos y conclusiones, siempre y cuando permanezca el asentimiento en el campo de las garantías-libertad.

...debe prevalecer una posición que establezca que las libertades – no así las normas de orden público y las reprocedimientos, que sí pueden apreciarse como creaciones estatales- están por encima y preceden al Estado mismo, sin que por ello tengamos que recurrir forzosamente a una posición jusnaturalista, cuya definición tantos conflictos provoca al confrontarlo con el derecho positivo promulgado, que se maneja en el campo de la realidad y no de las ideologías.

En síntesis, frente a una fundamentación extrema de la esencia de las garantías constitucionales –ya sea jusnaturalista o positivista –, nosotros adoptamos una posición y una tesis humanista.”

A continuación, debemos tener muy en cuenta que la Constitución Federal de la República no está compuesta sólo de una serie de normas frías, sino que es el sentir de una nación, y en ella se espera de sus jueces la última palabra de la justicia. Así lo señala el Magistrado de Circuito Guillermo Alberto Hernández Segura<sup>12</sup>:

“Es lo menos que el pueblo espera de los jueces, pues a éstos confió la última palabra de la justicia...”

...La Constitución es mucho más que un conjunto de normas, es la manera de sentir de una nación, materializada a través de sus preceptos, más aún cuando su creación fue el resultado de una lucha armada y obligada está a restaurar el orden, a fijar nuevas reglas que sí permitan la convivencia pacífica.”

---

<sup>12</sup> Averiguación Previa, ¿Sigilo o Apertura?, Zacatecas, Zac., edición propia del autor, páginas 125 y 135.

Además, las garantías individuales previstas a lo largo y ancho de la Carta Magna forman parte del Corpus Juris del Derecho Internacional de Derechos Humanos, atento lo que dispone el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica:

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

Lo anterior se robustece cuando analizamos lo que exige el artículo 2 de la misma Convención:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, 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.”

Sin soslayar lo que establece al efecto el artículo 29 de ese tratado internacional:

“Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno...”

Por consiguiente, las garantías individuales que consagra la Constitución sólo deben ser interpretadas de conformidad con el objeto y fin de la protección internacional de derechos humanos,

es decir, por persona. Para interpretar debidamente los preceptos que protegen derechos humanos internacionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia o sistema de precedentes, que para el caso es lo mismo, pues de la misma forma obliga a los Estados partes, en su sentencia de cinco de julio de 2004, en el Caso 19 Comerciantes Versus Colombia:

“172. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que

*[...]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

173. En el presente caso el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al *objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona.*”

Desde luego, esa interpretación *pro persona* no es extraña a lo que regularmente llamamos nuestro Estado de Derecho, ya que la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aun vista en su texto expreso y aislado del contexto internacional, sublima los derechos humanos, y exige la educación en ese sentido con solidaridad universal, según se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 1, 3°, segundo párrafo y fracción II, inciso a), 6°, 14, 15, 16, 17, 29, 39, 40, 41, 89, fracciones X y XII, 97, 102 “B”, 103, 113, 128, 130, noveno párrafo, y 133 constitucionales, en donde en conjunto se establece la solidaridad internacional (que incluye el sometimiento soberano a la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en materia de esos derechos, y la necesidad de que todos nos eduquemos en ese sentido, para dar vida plena a la democracia; la manera en que debe ejercerse el poder, que no es otra forma que en beneficio del ser humano que compone al pueblo soberano, precisamente dentro de una forma de vida democrática; así como la obligación de todo funcionario público (especialmente el Poder Judicial de la Federación) de guardar y hacer guardar la Constitución (que implica

la obligación de declarar siempre inválido lo inconstitucional, violatorio de derechos humanos, por ilícito), ya que por eso se precisa la protesta solemne al respecto (protesta que no debe verse como mero requisito para acceder al cargo). Amén de la obligación de proporcionar información adecuada y el derecho de conocer la verdad a través de esa información, que establece el artículo 6° constitucional, que excluye al doble discurso oficial.

Así sea que el propio artículo 135 constitucional limita incluso al Poder Constituyente, a quien le da facultades para reformar, pero no para abrogar las garantías individuales (pilar de la Democracia y la misma Constitución), máxime que, como ya se ha dicho, forman parte del Corpus Juris de la Protección Universal de Derechos Humanos en general, y de la Interamericana en particular.

Además, tan importantes e imprescindibles son los Derechos Humanos en la Carta Magna, que no puede concebirse a ésta sin una exigencia de protección efectiva y promoción de los mismos, y por eso es que en su artículo 102, apartado “B”, establece la creación de organismos protectores de Derechos Humanos; que, aunque hasta el momento ha sido buena su existencia, en cuanto ha habido avances significativos, lamentablemente no ha sido suficiente ni menos efectiva, pues sus opiniones no son vinculantes y cada vez menos las obedecen las autoridades (debiera la Suprema Corte respaldar lo realizado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, utilizándola como uno de esos “comisionados especiales” a que se refiere el artículo 97, segundo párrafo, constitucional, pues como funcionan actualmente ambos órganos más bien se restan crédito mutuamente). También establece la Constitución Federal la posibilidad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de violaciones “graves” a los Derechos Humanos, en su artículo 97 segundo párrafo, que no puede desvincularse de lo previsto en los últimos párrafos de es último numeral y del arábigo 128 de la misma Constitución, y el Primero Transitorio de la Constitución de 1917, que obligan a la protesta de guardar y *hacer guardar* esa Ley Suprema. Por lo que sin duda, la Constitución desea que

en nuestra Democracia el Poder Judicial Federal sea garante efectivo del goce y promoción de esos Derechos Fundamentales, ya que hace jurar en forma reiterada (y establece que debe ser muy solemne) a sus funcionarios que guardarán y harán guardar la Constitución.

Así, resulta incorrecto que en el discurso oficial se hable del respeto a los derechos humanos, base de la democracia y de la Constitución, cuando no se hace lo necesario por salvaguardar en forma suficiente, sencilla y adecuada al segundo de los más preciados: La libertad personal o deambulatoria. Y más aún, resulta inaceptable, en el contexto de la democracia y la solidaridad internacional en el respeto de esos derechos supremos, que se convalide por los tribunales federales una condena injusta, sobre la base de meros tecnicismos o formalismos, como la “cosa juzgada” o la distinción entre ley y jurisprudencia.

Ahora bien, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló en la ejecutoria de la Contradicción de tesis 5/97, fojas 21 y siguiente:

“Como corolario de todo lo anterior, se pueden establecer de manera precisa las diferencias entre jurisprudencia y ley:

a) La jurisprudencia es obra de los órganos jurisdiccionales, y la ley del órgano legislativo.

b) La jurisprudencia no es una norma general, ya que sólo se aplica a los casos particulares, mediante la vía del proceso.

c) La jurisprudencia sólo es obligatoria respecto de los órganos jurisdiccionales que deben aplicarla.

d) La jurisprudencia es la interpretación que los tribunales hacen de la ley.

La Primera Sala de este Alto Tribunal sostuvo, en las dos tesis que adelante se invocan, que la jurisprudencia no es ley, sino interpretación de la ley:

‘JURISPRUDENCIA, NO ES LEY SINO INTERPRETACIÓN DE LA LEY. 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 al través

de cinco decisiones ininterrumpidas y pronunciadas en casos concretos con relación a sujetos de derecho determinados, integrada así la nueva jurisprudencia; pero si razonamientos posteriores sustentan otro nuevo criterio de interpretación de la ley, descartan la anterior jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 194 de la Ley de Amparo, ello no implica retroactividad de nueva jurisprudencia y por lo tanto no conculca garantías.’ (Semana Judicial de la Federación, Sexta Época, tomo LII, Segunda Parte, Primera Sala, página 53).

‘JURISPRUDENCIA. La jurisprudencia no es una ley, sino la interpretación de ella, judicialmente adoptada.’ (Semana Judicial de la Federación, Sexta Época, tomo XLIX, Segunda Parte, Primera Sala, página 60).

e) La ley es estática, requiere de su modificación o derogación mediante el proceso legislativo. La jurisprudencia es dinámica, ya que puede cambiar la interpretación respecto de una misma ley con determinados requisitos, pero sin las formalidades que la propia ley requiere.

f) La jurisprudencia encuentra sustento en decisiones jurisdiccionales que han sido dictadas en casos específicos anteriores, la ley no, ya que es única y rige para el futuro.

g) La interpretación e integración que realiza el Juez tiene su apoyo en la propia ley (artículo 14 constitucional, último párrafo).

h) La creación de normas individuales para colmar las lagunas de la ley mediante principios generales de derecho, es un caso de excepción previsto en el referido artículo 14 constitucional y, por lo tanto, la labor del órgano jurisdiccional se encuentra constreñida en la mayoría de los casos al derecho positivo.”

Como puede apreciarse con facilidad, esa diferenciación entre ley y jurisprudencia, ni hablar, es muy técnica; pero resulta insostenible en el contexto del Corpus Juris del Derecho Internacional de Derechos Humanos, en tratándose de la materia penal en general, y particularmente cuando está en juego la libertad corporal, pues al efecto debe atenderse a una interpretación eminentemente humanista, por persona.



La Suprema Corte reconoce la trascendencia de la libertad personal, pero en la aplicación retroactiva de la jurisprudencia en materia penal no le contempló en su justa dimensión.

Y si no, observemos lo que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho respecto de la materia penal en una de sus tesis<sup>13</sup>:

Rubro: RECURSO DE REVISIÓN. DEBE TENERSE POR INTERPUESTO EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL, AUN ANTE LA FALTA DE EXHIBICIÓN TOTAL O PARCIAL DE LAS COPIAS DEL ESCRITO DE AGRAVIOS, CUANDO EL RECURRENTE ES EL QUEJOSO, DEFENSOR O AUTORIZADO Y EL ACTO RECLAMADO IMPLICA AFECTACIÓN A LA *LIBERTAD PERSONAL*.

Texto: “De una interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 88 de la Ley de Amparo, a la luz del principio garantista de acceso efectivo a la justicia contenido en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es procedente establecer que tratándose de la interposición del recurso de revisión durante la tramitación de un juicio de amparo en materia penal, cuando dicho medio de impugnación lo hace valer el propio quejoso, su defensor o autorizado, y el acto reclamado se hizo consistir en aquellos de los que afectan la libertad personal, no debe aplicarse la regla general contenida en el precepto legal de referencia, que impone la obligación al recurrente de exhibir las copias necesarias para el expediente y cada una de las partes de su escrito de agravios, y en caso de incumplimiento total o parcial de dicha obligación, se le requiera para que exhiba las copias omitidas en el término de tres días, con el apercibimiento que de no hacerlo, se tendrá por no interpuesto el recurso, sino que las mismas deberán expedirse oficiosamente por la autoridad que conozca del juicio de amparo. *Ello*

---

<sup>13</sup> Tesis: 1a./J. 68/2004, registro IUS No. 180274, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, octubre de 2004, página: 203, Jurisprudencia, Materia(s): Penal.

*es así, pues tratándose de la materia penal y bajo los supuestos precisados, debe prevalecer la garantía de acceso efectivo a la justicia, la cual se vería violentada al hacer nugatorio el derecho del quejoso a que se resuelva en definitiva la cuestión planteada, ante la exigencia de requisitos excesivos, lo anterior en atención a los valores fundamentales que se encuentran en juego, con independencia de que el recurso pudiera desecharse por alguna causa diversa.”*

Ahora, fijémonos en que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para el Estado Mexicano, en términos de los artículos 1, 2, 62, 63 y 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, pues soberanamente se sometió a su jurisdicción.

Por lo cual, debemos atender antes que nada lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto.

Por eso, no debió olvidar la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuál es el fin del Estado de Derecho en la democracia, según lo resuelve ese Tribunal Interamericano<sup>14</sup>:

“33. La Declaración de México ha afirmado que el “ fin del Estado es la felicidad del hombre dentro de la sociedad. Deben armonizarse los intereses de la colectividad con los derechos del individuo. El (sic) hombre americano no concibe vivir sin justicia. Tampoco concibe vivir sin libertad (Declaración de México “del 6 de marzo de 1945, inciso 12. Conferencias Internacionales Americanas, Segundo Suplemento, 1945-1954. Washington, D.C.: Unión Panamericana, Departamento Jurídico, 1956, pág. 25 )”.

De donde se obtiene que ningún Estado pueda jactarse de ser democrático, mientras mantenga en prisión a quien no debe tener, o lo retenga en la cárcel por más tiempo del que le corresponde. No vale ningún tecnicismo o formalismo jurídico en contrario, porque sólo la vida es más sagrada que la libertad personal.

Al respecto, señala Jesús Zamora Pierce<sup>15</sup>:

*“La ciencia del proceso penal es, todavía hoy, cuarenta años después de*

<sup>14</sup> Opinión Consultiva OC-6/1986, de 9 de mayo de 1986.

<sup>15</sup> Garantías y Proceso Penal, octava edición, México, D.F., editorial Porrúa, pág. 381 y siguientes.

*que Carnelutti le aplicó ese calificativo, la Cenicienta que se viste con las galas usadas de su hermana más rica, la ciencia del proceso civil.*

*Esas instituciones que la ciencia del proceso penal toma prestadas no se ajustan a los fenómenos que, mediante ellas, desea explicar y que, faltos de un ropaje propio, se ven ridículos, forzados dentro de marcos explicativos que ignoran su peculiar naturaleza.*

*...Ya en el siglo pasado, Rabasa afirmaba:*

*‘El objeto enteramente distinto que se proponen el Derecho Civil y el penal, dan a uno y otro índoles muy diversas y fundamentos que no pueden confundirse sin graves errores. Las relaciones civiles, enteramente normales y siempre premeditadas, pueden y aun deben someterse a fórmulas establecidas y más o menos convencionales...*

*...En lo penal, las circunstancias son enteramente opuestas. La premeditación, la posibilidad de precaverse y ajustarse a las reglas de la prueba, no existen más que a favor del criminal, las reglas del juicio, tienen que cambiar por esta sola consideración...*

*...El Derecho Penal para ser perfecto, necesita llegar a este resultado: castigar siempre al culpable; no oprimir, ni vejar, ni ofender nunca al inocente. La verdad legal no puede dejar tranquila a la sociedad ni satisfecha la justicia, si un inocente sube a un patíbulo o se pudre en una celda. Por estas razones, aplicar el principio de cosa juzgada en materia penal, como se aplica en lo civil, sería un absurdo tanto más grave, cuanto que consagraría en muchos casos el respeto a la iniquidad más espantosa.’*

*...El procesado en cambio, conserva la posibilidad, casi ilimitada – dentro de ciertos presupuesto– de solicitar la revisión de su condena, precisamente porque no es tanto una garantía procesal como una garantía política con la que se quiere proteger, más que la estabilidad de la sentencia, la libertad de los ciudadanos.”*

También es importante lo que al respecto señala el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria de la acción de inconstitucionalidad 31/2006<sup>16</sup>:

---

<sup>16</sup> Sesión de 19 de febrero de 2008, pág.9, versión Internet.

“Para los efectos que interesan en este caso concreto, debe subrayarse que el principio de legalidad penal:

a) Exige que sólo puedan ser impuestas las penas establecidas por el legislador democrático, como garantía de certeza y seguridad, en función de los derechos de libertad personal y propiedad de los gobernados;

b) Prohíbe que en los juicios del orden criminal se imponga, 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.

c) Impide que se sancionen conductas con base en leyes que no se encontraban vigentes al momento en que se generaron.

Esas tres normas constitucionales inciden, desde luego, en la labor interpretativa del Juez penal, que no puede crear tipos criminales y/o penas novedosas a partir de sus sentencias, sin contravenir cada uno de tales principios.”

Como puede observarse, la Suprema Corte resalta con meridiana claridad lo que es el principio de legalidad en materia penal; sin embargo, no hace extensivas las normas que lo componen a todo caso en que esté de por medio la restricción o pérdida de la libertad corporal o se imponga una sanción en un procedimiento del orden penal.

Debió atender nuestra Corte Suprema que el Sistema Democrático, que auspicia el Corpus Juris del Derecho Internacional de Derechos Humanos, le exige no condenar injustamente en un proceso penal a nadie, ni menos mantenerlo indebidamente en prisión, y para ello hay mecanismos para lograrlo con facilidad, como lo es, por ejemplo, la interpretación lógica a contrario del artículo 14, primer párrafo, constitucional.

Como lo apuntó nuestro Máximo Tribunal Nacional en la parte última pretranscrita, el principio de legalidad penal “exige que sólo puedan ser impuestas penas establecidas por el legislador democrático, como garantías de certeza y seguridad, en función de los derechos de libertad personal y propiedad de los gobernados”.

Ello debe implicar que solamente es aceptable en la democracia el que se sostenga una condena penal, máxime si está de por medio la libertad corporal, cuando no hay ninguna ley (entendida en sentido amplísimo que exige el sistema democrático) que beneficie al reo, porque si la hay, debe aplicarse ineludiblemente.

Asimismo, si en el principio de legalidad penal se prohíbe que “se imponga, 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”, debe aceptarse, a contrario sensu, que se exige constitucionalmente que debe desimponerse cualquier pena por analogía y aun por mayoría de razón, al haber una norma mediante la cual el Estado Mexicano reconoce expresa o implícitamente que una condena fue injusta, o que no es más delito lo que antes lo era.

Del mismo modo, si el mismo principio de legalidad penal requiere que no se sancionen “conductas con base en leyes que no se encontraban vigentes al momento en que se generaron”, debe obtenerse, en interpretación a contrario, que sí es dable el dejar sin efecto sanciones, o modificarlas, con base en leyes que lleguen a estar vigentes mientras se ejecutan.

Por tanto, si como lo dice la misma Suprema Corte: “Esas tres normas constitucionales inciden, desde luego, en la labor interpretativa del Juez penal, que no puede crear tipos criminales y/o penas novedosas a partir de sus sentencias, sin contravenir cada uno de tales principios”, no cabe duda que el Juez sí puede válidamente, de acuerdo con tales principios, interpretados a contrario, a partir de su sentencia, nulificar o rectificar las condenas mientras se estén ejecutando, virtud de los bienes en juego y del tipo de proceso en que se ven afectados.

Ahora bien, para reafirmar lo anterior, y con el fin de obtener un adecuado concepto de lo que debe entenderse por “ley” o “leyes” en el contexto de la protección universal de derechos humanos, en donde está inmersa la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por disposición de ella misma, y para su propia

protección y de sus instituciones, debemos atender lo que en su jurisprudencia ha definido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de paso, distinguir las leyes que tienden a restringir derechos humanos o garantías individuales de las leyes que las amplían o perfeccionan, pues en ese sistema no es lo mismo en uno y otro caso, como se verá adelante.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado respecto de las leyes que tengan como finalidad restringir derechos humanos<sup>17</sup>:

“34. No es posible desvincular el significado de la expresión leyes en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención ‘de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre’ ( Convención Americana, Preámbulo, párr. 1 ). La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos ( art. 23 ), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema.

35. En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

36. Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad

---

<sup>17</sup> *Ibíd.*

de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

37. La necesaria existencia de los elementos propios del concepto de ley en el artículo 30 de la Convención, permite concluir que los conceptos de legalidad y legitimidad coinciden a los efectos de la interpretación de esta norma, ya que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.”

En otros términos, en el Corpus Juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un Estado puede emitir leyes para restringir esos derechos (no todos, según artículo 27 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica); pero esas leyes limitativas deben ser exclusivamente leyes formales que, de cualquier manera, no pueden ser arbitrarias ni discrecionales, según lo ordena la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>18</sup>, según se aprecia de la jurisprudencia de ese Tribunal:

“29. El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (art. 32.2 ), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad’ (‘Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre’ (en adelante ‘Declaración Americana’), Considerandos, párr. 1 ).

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*

30. ‘Bien común’ y ‘orden público’ en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos ‘requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa’ (Carta de la OEA, art. 3.d ); y los derechos del hombre, que ‘tienen como fundamento los atributos de la persona humana’, deben ser objeto de protección internacional ( Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2 ).

31. La Corte expresó al respecto en anterior ocasión que:

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real ( ver el art. 29.a de la Convención ). Esos conceptos, en cuanto se invocan como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención ( La colegiación obligatoria de periodistas ( arts. 13 y 29 Convención Americana sobre



Derechos Humanos ), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67 ).”

Por otra parte, cuando se trata de ampliar, simplificar o perfeccionar los derechos humanos protegidos internacionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado<sup>19</sup>:

“14. La respuesta a la primera pregunta no admite duda: siempre que un convenio internacional se refiera a “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y *para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza*, incluyendo disposiciones constitucionales.

...23. Esto significa necesariamente que el ‘sentido corriente’ de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado. La Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas [Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1950, pág. 8] precisó que la función del intérprete está enderezada ‘a dar eficacia a las disposiciones [de un tratado] en su sentido natural u ordinario en el contexto en el cual ocurren’, el que, naturalmente, incluye el objeto y fin, de alguna manera expresado en el contexto.

24. Esta Corte opinó [Restricciones a la Pena de Muerte, supra 19, párr. no. 47], en relación con las reservas, pero con criterios válidos respecto del conjunto de la Convención, que la interpretación hay que hacerla en forma tal que no conduzca ‘de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención’ y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma ‘son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’ [Corte I.D.H., El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (arts. 74 y 75),

---

<sup>19</sup> Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de septiembre de 1984.

Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. no. 29].

25. En este sentido la Corte entiende que su función consultiva, enclavada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es tan amplia cuanto lo requiera la salvaguardia de tales derechos, pero ceñida a los límites naturales que la misma Convención le señala. Con esto lo que se quiere decir es que, de la misma manera como el artículo 2 de la Convención crea para los Estados Partes la obligación de ‘adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (los) derechos y libertades’ de la persona humana, la función consultiva hay que entenderla con criterio amplio, encaminado también a hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Ese criterio interpretativo fue confirmado y robustecido posteriormente por la misma Corte Interamericana<sup>20</sup>:

“31. La Corte pasa ahora a considerar la tercera pregunta contenida en la solicitud de Costa Rica. En ella se pide su opinión sobre el sentido de la expresión ‘ley’ tal como se utiliza en el artículo 14.1.

... 32. La Corte ha resuelto ya que el artículo 14.1 establece el derecho de rectificación o respuesta y que la frase ‘en las condiciones que establezca la ley’ se refiere a diversas condiciones relacionadas con el ejercicio de ese derecho. Por consiguiente, *esa frase atañe a la efectividad de ese derecho en el orden interno*, mas no a su creación, existencia o exigibilidad internacional. Siendo éste el caso, cabe referirse a las estipulaciones del artículo 2, puesto que tratan sobre el deber de los Estados Partes de ‘adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades’. Si se leen conjuntamente los artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención, todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, *está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su*

---

<sup>20</sup> Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986.

*ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin. Este criterio justifica la conclusión de que el concepto de 'ley', tal como lo utiliza el artículo 14.1, comprende todas las medidas dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Pero si se tratara de restringir el derecho de rectificación o respuesta u otro cualquiera, sería siempre necesaria la existencia de una ley formal, que cumpliera con todos los extremos señalados en el artículo 30 de la Convención (La expresión 'leyes', supra 18).*

33. En todo caso, al regular tales condiciones, *los Estados Partes están obligados a asegurar el goce de las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades, incluidos los derechos a la protección judicial y a los recursos legales (arts. 8 y 25 de la Convención).*"

Luego, se itera, si se trata de ampliar, simplificar o perfeccionar derechos humanos, como hacer efectivo su goce y garantía, basta la existencia de cualquier disposición del Estado Mexicano que tienda a ello, sin que se exija, como para su restricción, de una ley formal.

Con tal amplitud tutelar debe interpretarse, a la par de los preceptos estrictamente constitucionales, las últimas dos partes del artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que dice:

*"Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad*

*...Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."*

A mi defenso se le violó ese derecho supremo, ya que se le impuso una pena más grave (quince años de prisión) que la que jurisprudencialmente se reconoció que era la adecuada (diez años); y a pesar de ello, se encontró resistencia a la aplicación retroactiva de la jurisprudencia a favor del reo. Se itera, ni siquiera se hizo jurisdiccionalmente un análisis de ese derecho humano consagrado

internacionalmente; seguramente, debido al menosprecio casi generalizado que sigue prevaleciendo en la mayoría de los tribunales federales respecto del Corpus Juris del Derecho Internacional de Derechos Humanos, a pesar de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos forma parte de él, más aún si está de por medio la situación de un detenido inculpado de delito.

Por eso, y por muchos casos similares, urge poner a ese sistema de protección internacional de derechos humanos en el lugar que le corresponde, como lo es el mismo nivel de la Carta Magna, ya que aquéllos, ésta y la democracia forman un solo ser indisoluble<sup>21</sup>.

A propósito de esto, la obligación del Estado Mexicano de garantizar el goce de las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades protegidos internacionalmente, se desprende también de la exigencia del artículo 97 constitucional, en la medida en que obliga jurar a jueces, magistrados y ministros, no sólo a guardar la Constitución, sino también a “hacer guardar” la Constitución, que tiene como base a la democracia y como pilares a los derechos humanos. Y siendo la libertad personal de los derechos supremos más relevantes, sólo por debajo de la vida, obligado está el Estado Mexicano a hacer todo lo necesario, mediante cualquier ley, medida, norma o resolución, remediar su restricción o privación injustos.

Por consiguiente, si el artículo 14, primer párrafo, constitucional, señala que “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, y si su interpretación lógica a contrario, implica que debe aplicarse retroactivamente en beneficio del inculpado de delito toda ley; la interpretación de ese derecho humano para definir lo que debe entenderse por “ley” no debe hacerse de manera restrictiva, sino amplia, pro persona, tal cual es el objeto y fin del Corpus Juris del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

---

<sup>21</sup> Ver artículo elaborado por el suscrito, publicado en esta misma Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, en su número 3, junio de 2007, páginas 201 y siguientes.

Es necesario recordar lo que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado, al referir los antecedentes históricos de la garantía de retroactividad favorable de la ley en cita<sup>22</sup>:

“En el artículo 4° de la Constitución de 1857, antecedente del referido artículo 14 constitucional, que no sufrió cambio alguno respecto del tema que nos ocupa, cuando se presentó por Venustiano Carranza en el Congreso de 1916, en la sesión de quince de julio de mil ochocientos cincuenta y seis, el congresista Guzmán contestó que el artículo 4° contenía todo lo que debe contener:

‘La comisión ha empleado las palabras retroactivo y ex post facto no como una repetición inútil, ni para hablar en latín o en castellano, sino para *hacer el artículo extensivo a toda clase de leyes.*”

De ello obtengo que también históricamente no fue la intención del Constituyente Originario el restringir ese derecho humano en la forma en que lo han hecho los tribunales federales hasta el momento, es decir, versus persona.

Entonces, como la jurisprudencia es una norma obligatoria, aunque sea sólo para los órganos jurisdiccionales (lo cual es suficiente para hacer efectivo un derecho humano mediante el juicio de amparo), no escapa del concepto “ley” que señala el primer párrafo del artículo 14 constitucional, si con ella se hace posible el acceso o respeto de un derecho humano internacionalmente protegido, y debe ser aplicada en forma retroactiva a favor de todo inculcado de delito o sentenciado en materia penal.

Además, ese precepto no debe analizarse en forma aislada, sino en forma estrecha y armónica con el segundo y tercer párrafos de ese mismo arábigo:

*“Nadie puede 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.*

---

<sup>22</sup> Sentencia de la Contradicción de Tesis 5/97, versión Internet, página 20.

*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.”*

De tal norma se desprende que para ser privado válidamente de sus derechos, especialmente de la libertad corporal, debe haber una condena judicial “conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Ahora, la jurisprudencia es la interpretación correcta y exacta de las leyes, es decir, en ella se señala cómo deben entenderse esas “leyes expedidas con anterioridad al hecho”, para que el juicio sea “exactamente” “conforme” a esas leyes; lo cual no se conoce sino hasta que se establece legalmente aquélla; por lo que no puede sostenerse válidamente que hubo un juicio justo si no se juzgó de esa manera. Asimismo, implícitamente en una jurisprudencia, al definirse el sentido preciso de la ley, se reconoce en nombre del Estado Mexicano que lo sentenciado en contravención de ese criterio es erróneo e injusto; luego, no debe subsistir.

Ello no es del todo inédito, ya que la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala expresamente casos en que la jurisprudencia sí debe ser aplicada en forma retroactiva, como en la hipótesis de las acciones de inconstitucionalidad, en que el artículo 105, penúltimo párrafo (que no debe verse aisladamente, por ser parte de un mismo sistema), señala:

*“La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones aplicables a esta materia.”*

Así sea que el juicio de amparo es de mayor relevancia en la democracia que ningún otro medio de control constitucional, por ser el recurso judicial de que dispone la persona contra la violación o restricción de sus derechos humanos internacionalmente protegidos.

Ahora, pensemos de nuevo, detenidamente, en el objeto y fin de la protección internacional de los derechos humanos, que

comprenden también las garantías individuales que establece la propia Carta Magna, para concluir que esa normatividad exige la aplicación retroactiva favorable de la jurisprudencia en materia penal, ya que tal disposición, sin duda alguna, es una garantía individual indispensable para el logro de aquéllos.

Por lo tanto, si esa interpretación autorizada de las leyes no se conoce con precisión sino hasta después de una condena penal, cuando aún está en ejecución ésta, debe aplicarse, pro persona, retroactivamente la jurisprudencia respectiva, pues debe reconocerse que la sentencia definitiva no fue “conforme a esas leyes” y, en consecuencia, no hubo una sentencia justa, que como tal no debe sobrevivir.

Sergio García Ramírez así lo ha considerado<sup>23</sup>:

“9. El artículo 8, con el epígrafe ‘Garantías judiciales’, contempla una serie de derechos que corresponden, sustancialmente, al ‘debido proceso legal’. Ahí, al igual que en el artículo 25, sobre ‘Protección judicial’, se asegura el acceso a la justicia y se establecen las condiciones para que ese acceso no se reduzca a su dimensión formal (posibilidad de petición, prueba y alegato ante tribunal competente, independiente e imparcial), sino se extienda igualmente a su dimensión material (posibilidad de obtener una sentencia justa). En este sentido, las disposiciones de ambos preceptos constituyen un precioso instrumento para la protección del ser humano y la defensa ante la acción o la omisión del Estado que vulneren o pretendan vulnerar cualquiera de los derechos consagrados en la Convención Americana.”

Del mismo modo, si el artículo 113 constitucional establece la responsabilidad objetiva del Estado por los daños que: “con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”, sería absurdo que se

---

<sup>23</sup> Voto concurrente, Caso Maritza Urrutia, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

pretendiera hacer creer que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sólo desea que se resarza el daño mediante indemnización meramente económica, y nunca mediante la revocación o adecuación de una condena penal, a pesar de que llegue a estar de por medio la libertad personal o corporal, por el error cometido por los órganos jurisdiccionales.

No cabe duda que la Constitución Federal, dentro del marco del sistema de protección internacional de derechos humanos, no desea que ningún individuo sea condenado injustamente, y que, mientras sea posible, se le repare el daño causado por los órganos del Estado.

Si hubo un daño a una persona, por violación de un derecho humano internacionalmente protegido, por parte de una autoridad del Estado, debe ser reparado por éste.

Así lo ha dispuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>24</sup>:

#### “APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1

141. De acuerdo con lo expuesto en los capítulos anteriores, la Corte ha encontrado que los hechos de este caso violaron los artículos 5, 7, 8, y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 de la misma, y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio de Maritza Urrutia. Este Tribunal ha establecido, en su jurisprudencia constante, que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño genera una nueva obligación: reparar adecuadamente el daño causado. A tales efectos, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, según el cual, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situa-

---

<sup>24</sup> Caso Maritza Urrutia Vs. Colombia, sentencia de 27 de noviembre de 2003.



ción que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

El Ministro Sergio A. Valls Hernández también así lo entiende<sup>25</sup>:

“Un *Estado de Derecho* tiene como uno de sus postulados principales lograr la certeza jurídica, lo cual implica en primer término el respeto al derecho de los gobernados. En este sentido, donde existe un *Estado de Derecho* debiera estar presente la responsabilidad estatal por los daños que pudiera causar como consecuencia de su actividad. Un sistema jurídico no es completo si los gobernados carecen del medio de obtener la reparación por los daños o perjuicios que el Estado pueda ocasionarle.

El ideal para cualquier individuo es que el Estado cubra mediante indemnización la totalidad de los daños no previsibles que la actuación administrativa genere, pero también que para ello exista un procedimiento efectivo, rápido y objetivo.”

Obviamente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la cual forma parte el ministro Valls Hernández (ponente inclusive en ese amparo concreto), en el multicitado amparo en revisión 1180/2006, no atendió que esa Suprema Corte ha resuelto que en ciertos casos no deben aplicarse ciertas sanciones por estar viciado el procedimiento, en aras del orden constitucional (justicia pura, digo yo) o por existir de por medio recursos del erario público; por lo cual no veo por qué ahora en este asunto concreto, no se pronunció favorablemente, cuando está de por medio el valor fundamental de la libertad personal.

Al respecto, es atendible lo expuesto en la tesis siguiente<sup>26</sup>:

Rubro: SENTENCIAS DE AMPARO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN SUSTITUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN ORIGINAL. SI SE DETERMINÓ MEDIANTE PROCEDIMIENTO

---

<sup>25</sup> Conferencias de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F., SCJN, 2007, folleto número 4434, página 25.

<sup>26</sup> Tesis: P. XXVI/2004, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIX, Mayo de 2004, página: 147, tesis aislada, materia(s): común.

NOTORIAMENTE VICIADO, NO DEBE APLICARSE A LA RESPONSABLE LA FRACCIÓN XVI DEL ARTÍCULO 107 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CUYO OBJETO ES, PRECISAMENTE, RESGUARDAR EL ESTADO DE DERECHO.

Texto: “La aplicación de este dispositivo permite remover al titular del órgano que con su actitud contumaz se niega a pagar la indemnización que sustituyó a la obligación original que impuso la sentencia de amparo, con la finalidad de que, quien lo sustituya en el cargo, acate la resolución, so pena que de no hacerlo, también será sujeto de sanción en los mismos términos que su predecesor; pero cuando el incumplimiento no es imputable al titular responsable, sino que deriva de vicios notorios del procedimiento incidental o de la interlocutoria, no debe aplicarse la sanción constitucional, porque el ejercicio de esta atribución está vinculado con la función básica de la Suprema Corte de Justicia que juzga los actos de los demás Poderes para que se ajusten a la Constitución y al Estado de Derecho, en aras no sólo del interés particular y relativo del particular que obtuvo el amparo, sino también del respeto y prevalencia del orden constitucional.”

Dicho esto, es necesario no perder de vista también que internacionalmente se concibe al juicio de amparo como ese recurso sencillo, rápido y eficaz a que se refiere el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y que exige todo Estado de Derecho como pilar de la Democracia.

Internacionalmente se ha hecho todo lo necesario para que el juicio de amparo sea ese recurso con esas cualidades, sin menospreciar al Corpus Juris del Derecho Internacional de Derechos Humanos, en donde está inmersa la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En México, estamos muy lejos de ello.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver la Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, con el título “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia”, en lo conducente dijo:

“23. Como ya lo ha señalado la Corte, *el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales* (El habeas corpus bajo suspensión de garantías, supra 16, párr. 32). Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, *que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención o por la ley*. De donde se concluye, a fortiori, que el régimen de protección judicial dispuesto por el artículo 25 de la convención es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia.

24... Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, *para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla*. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

...27. El artículo 8 de la Convención en su párrafo 1 señala que:...

...Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención ‘Garantías Judiciales’, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.

...29. *El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma.*

30. *Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales.* Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión.

...32. En cuanto al amparo, contenido en el artículo 25.1 de la Convención, la Corte expresó en la mencionada opinión consultiva:

El texto citado (art. 25.1) es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención. *Puesto que todos los derechos son susceptibles de amparo*, lo son también los que están señalados de manera expresa por el artículo 27.2 como susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia (ibid, párr. 32)

...37. Así, las ‘garantías...que se derivan de la forma democrática de gobierno’, a que se refiere el artículo 29.c), no implican solamente una determinada organización política contra la cual es

ilegítimo atentar (Ibid, párr. 20), sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho.

38. La Corte concluye que *las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquellas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de suspensión de garantías.*"

También ha establecido al efecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el Caso del Tribunal Constitucional Versus Perú, en sentencia de 31 de enero de 2001:

"89. Como ha sido establecido por este Tribunal, *la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos.* En este sentido, la inexistencia de los recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión. El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

90. Bajo esta perspectiva, este Tribunal ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, *debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención.* Esta Corte ha establecido reiteradamente que la existencia de este tipo de garantías 'constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del

*propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.*

91. En el marco de los recursos sencillos, rápidos y efectivos que contempla la disposición en estudio, *esta Corte ha sostenido que la institución procesal del amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve.*”

Entonces, corresponde a todo poder del Estado, máxime si es el Poder Judicial de la Federación, fungiendo como Tribunal Constitucional, hacer realidad el juicio de amparo en esos términos: sencillo, breve y eficaz, y en donde se procure siempre la interpretación pro persona.

Destaca al respecto, lo resuelto por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver la Opinión Consultiva número OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, y con el título “CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS”, en donde en lo conducente se estableció:

“171...Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que *es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones acorde con el derecho internacional aplicable.*

172. La Corte considera que los Estados *no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas*, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquiera actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Y ES DE OPINIÓN

Por unanimidad,

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.”

Ahora, respecto de la relevancia de los tribunales de amparo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el Caso del Tribunal Constitucional Versus Perú, en sentencia de 31 de enero de 2001, ha señalado:

“112... Como se ha demostrado, el Tribunal Constitucional quedó desarticulado e incapacitado para ejercer adecuadamente su jurisdicción, sobre todo cuanto se refiere al control de constitucionalidad, ya que el artículo 4 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal exige el voto conforme de seis de los siete magistrados que lo integran para la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes. *El Tribunal Constitucional es una de las instituciones democráticas que garantizan el Estado de Derecho.* La destitución de los magistrados y la omisión por parte del Congreso de designar a los sustitutos conculcó erga omnes la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad y el consecuente examen de la adecuación de la conducta del Estado a la Constitución.”

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el 9 de diciembre de 1994 la Opinión Consultiva OC-14/94, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el título “RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCIÓN (ARTS. 1 Y 2 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS), que señala en lo conducente:

“35. Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas,

aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de nacionales Polacos de Donzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

36. Es indudable que, como se dijo, *la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.*"

Luego, el juicio de amparo, para poder llegar a ser ese recurso descubierto y venerado internacionalmente, y no dar lugar a injusticias como la sufrida por Octavio Villalobos Valadez, debe tramitarse, antes que nada, conforme con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

En consecuencia, una vez que se ponga al Corpus Juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el lugar que le corresponde en nuestro Estado de Derecho, en nuestra democracia, no debieran suceder casos como el que aquí se ha señalado, en que más bien se pone de relieve lo complicado, tardado e ineficaz que resulta el juicio de amparo en muchos casos en México, por la actitud jurisdiccional, a pesar de que nuestro país se jacta de ser el precursor de tan glorioso recurso legal protector de derechos humanos por excelencia.





## La ejecución de Medellín y la resolución de 19 de enero de 2009

Arturo Alberto González Ferreiro\*

*“Lamento que mis acciones les hayan  
causado dolor. Espero que esto  
les traiga el final que buscaban.  
Nunca alberguen odio.”<sup>1</sup>*

El cinco de agosto de dos mil ocho, a las nueve horas con cincuenta minutos, fue ejecutado José Ernesto Medellín en Huntsville, Texas, Estados Unidos de América.

Quince años antes, Ernesto Medellín, de origen tamaulipeco, participó en la violación y muerte de dos adolescentes en Houston, Texas, como parte de un rito de iniciación de la pandilla conocida como “Black & Whites”.

La gravedad de sus actos no es justificada en este artículo, ni se pretende minimizar el sentimiento albergado por los familiares de las víctimas, simplemente constituye un esfuerzo por dilucidar un punto de derecho que definió la situación jurídica actual de los mexicanos condenados a pena de muerte en los Estados Unidos.

La ejecución de Ernesto Medellín fue, a nuestro juicio, un caso muy publicitado en los Estados Unidos, pero poco difundido en nuestro país, fuera del amarillismo clásico de los medios masivos de comunicación.

---

\* Jefe de Departamento.

<sup>1</sup> Palabras pronunciadas por José Ernesto Medellín Rojas antes de ser ejecutado.

No obstante ello, el trasfondo de dicha ejecución tiene implicaciones que se prorrogarán por años, y seguramente justificarán la condena a muerte, y su ejecución, para los mexicanos sentenciados en el vecino país.

Para entender mejor el caso, debemos remontarnos al 31 de marzo de 2004, pues en esa fecha la Corte Internacional de Justicia dictó sentencia en el litigio iniciado por México en contra de los Estados Unidos de América por violación a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en algunos casos relacionados con mexicanos sentenciados a la pena de muerte.

Precisamente, la Corte determinó que de acuerdo al artículo 36, párrafo primero, de la Convención de Viena, debe informarse a los detenidos de nacionalidad diversa, sobre el derecho a la protección y asistencia consulares de su país de origen.

Este caso, mejor conocido como *Avena*<sup>2</sup> y *otros connacionales vs. Estados Unidos de América*, la Corte Internacional de Justicia condenó a Estados Unidos a ordenar la revisión y reconsideración de al menos cincuenta procesos relacionados con mexicanos sentenciados a la pena capital.

Al parecer, el hecho de ser informados sobre la prerrogativa de ser asistidos y representados por agencias consulares, no parece una violación procesal mayor.

Sin embargo, para destacar la importancia de ese punto, consideramos conveniente referirnos al caso de Gerardo Valdez Maltos<sup>3</sup>, mexicano que a tres meses de ser ejecutado, contó con la intervención de la representación consular mexicana, y mediante la intervención de abogados especialistas, investigadores, psiquiatras y neuropsicólogos, *logró la anulación de la pena de muerte* por la Corte de Apelaciones Criminales de Oklahoma, Estados Unidos de América.

He ahí un ejemplo de una adecuada defensa ante tribunales

---

<sup>2</sup> Carlos Avena Guillén, primero en la lista, fue detenido en 1980 y cuya situación conoció México en 1992, 12 años después.

<sup>3</sup> <http://asiapacific.amnesty.org/library/Index/ESLAMR511262001?open&of=ESL-392>

extranjeros y como determinó la diferencia entre la vida y la muerte para Gerardo Valdez Maltos.

Por ello, la decisión de la Corte Internacional de Justicia de marzo de dos mil cuatro, significó un triunfo para el derecho internacional, pues implicó la anulación y revisión de casos tan especiales, como son los relacionados con la pena de muerte, reactivando los derechos de decenas de mexicanos a contar con la representación de su país.

Ahora bien, si para Gerardo Valdez Maltos la intervención, apresurada pero oportuna, de la representación mexicana significó una esperanza de vida, no ocurrió lo mismo en el caso de José Ernesto Medellín Rojas.

Según palabras del propio Carlos González Margallón, Cónsul de México en Houston, Texas, cuando se dio vista del caso a la representación mexicana, “ya habían pasado cuatro años en donde una defensa mal fundada perjudicó al señor Medellín”<sup>4</sup>; baste con señalar que mientras se realizaba el trámite de la petición de indulto formulada por Medellín, su abogado, designado por el Estado, fue suspendido durante seis meses de la práctica profesional por actuar de manera poco ética en otro asunto. “Mientras estaba suspendido siguió representando a José Medellín. Antes del juicio, el tribunal lo declaró en desacato y lo detuvo por violar la suspensión. El tiempo que el abogado debería haber invertido en preparar la defensa de su cliente lo dedicó a preparar y presentar un recurso de hábeas corpus para salir él mismo de la cárcel”<sup>5</sup>.

Con la resolución dictada por la Corte Internacional de Justicia en el Caso Avena, se obligó a los Estados Unidos de América a someter el proceso de Ernesto Medellín a revisión y reconsideración.

Específicamente, en el párrafo 153 (9), de la resolución del Caso Avena, se establece:

*“...la apropiada reparación en este caso consiste en la obligación de los Estados Unidos de América de proveer, por los medios de su elección, revisión y reconsideración de las sentencias de los nacionales mexica-*

<sup>4</sup> <http://www.el-universal.com.mx/notas/527516.html>

<sup>5</sup> Idem.

*nos... por violación a los derechos establecidos en el artículo 36 de la Convención de Viena...”*<sup>6</sup>.

Dentro de los nacionales mexicanos demandantes, se encuentra el nombre de José Ernesto Medellín Rojas, y no obstante la medida reparatoria ordenada por la Corte Internacional de Justicia, Medellín fue ejecutado el cinco de agosto de dos mil ocho.

La representación de nuestro país presentó ante la Corte Internacional de Justicia una solicitud de interpretación de la sentencia dictada en el Caso Avena.

Resulta interesante destacar que la solicitud se presentó el cinco de junio de dos mil ocho, *dos meses antes de la ejecución de José Ernesto Medellín*.

En dicha petición, México solicitó la aplicación de medidas provisionales para “preservar los derechos de los nacionales”, durante el trámite de la solicitud de interpretación presentada.

Estados Unidos de América buscó que la Corte desestimaré la petición de México, lo cual fue rechazado por la Corte Internacional de Justicia, mediante resolución dictada el dieciséis de julio de dos mil ocho, determinando fijar las medidas provisionales solicitadas por México, destacándose la señalada en el párrafo 80, fracción II, inciso a) de dicho documento, la cual señala:

“(a) Los Estados Unidos de América deberán tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los señores José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García y Roberto Moreno Ramos no sean ejecutados mientras se esté tramitando la solicitud de interpretación remitida por los Estados Unidos Mexicanos, al menos y hasta que esos cinco nacionales mexicanos reciban la revisión y reconsideración... señalada en la sentencia de 31 de marzo de 2004, relativa al caso *Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos de América)*”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Resolución de 19 de enero de 2009: <http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14939.pdf?PHPSESSID=86500735b772161b84fce8275dfcbe2>

Traducción efectuada por el autor de este artículo.

<sup>7</sup> Resolución de la Corte de 19 de enero de 2009: <http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14939.pdf?PHPSESSID=86500735b772161b84fce8275dfcbe2>

Traducción realizada por el autor de este artículo.

Por comunicado de 28 de agosto de 2008, México informó a la Corte Internacional de Justicia que José Ernesto Medellín Rojas fue ejecutado en una prisión de Texas, Estados Unidos de América.

A continuación se analizará el contenido de la resolución de la Corte Internacional de Justicia, dictada el 19 de enero de 2009, con motivo de la solicitud de interpretación ya referida, y posteriormente motivada por la ejecución de José Ernesto Medellín. De las consideraciones ahí expuestas se desprende en gran parte el futuro de los mexicanos sentenciados a pena de muerte en los Estados Unidos.

Primeramente, es necesario establecer que el artículo 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, textualmente reza:

“...el juicio es definitivo e inapelable. En el caso de disputa, respecto al significado o alcance del juicio, la Corte deberá resolverla a solicitud de cualquiera de las partes...”

En ese sentido, sólo puede plantearse una solicitud de interpretación cuando existe una disputa o diferencia entre las partes respecto al significado y alcance de la sentencia.

Partiendo de esa base tenemos que México, ante la inminente ejecución de José Ernesto Medellín, se fundó en el referido artículo 60 del Estatuto para plantear la disputa ante la Corte Internacional de Justicia, específicamente, sobre el contenido y alcance del párrafo 153 (9) de la sentencia dictada en el Caso Avena.

Como ya se mencionó, en el párrafo 153 (9) de la sentencia relativa al Caso Avena, se estableció que:

*“La apropiada reparación en este caso consiste en la obligación de los Estados Unidos de América de proveer, por los medios de su elección, revisión y reconsideración de la sentencias de los nacionales mexicanos... por violación a los derechos establecidos en el artículo 36 de la Convención de Viena...”*

Para México, la disputa consistía en que el contenido del párrafo 153 (9) de la sentencia dictada en el Caso Avena constituye una *obligación de resultado*<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> *Obligation of result*: una obligación que requiere un resultado específico, como textualmente lo señala la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 19 de enero de 2009.

Con motivo de la ejecución de José Ernesto Medellín, México aportó nuevos argumentos y realizó solicitudes adicionales a la Corte Internacional, siendo las siguientes:

La declaración de incumplimiento de la medida provisional contenida en el párrafo 80, fracción II, inciso a), de la resolución de 16 de julio de 2008, en el cual se ordenó a Estados Unidos de América no ejecutar a ningún mexicano de los mencionados en el Caso Avena hasta en tanto se resolviera la solicitud de interpretación planteada por México.

Se exigía a Estados Unidos de América otorgar garantías de no repetición, para evitar la muerte de más mexicanos.

Al respecto, Estados Unidos de América manifestó coincidir con México en el sentido de que el contenido del párrafo 153 (9) constituía una obligación de resultado; sin embargo, destaco que dicho párrafo también establece que Estados Unidos cumpliría la misma *por los medios de su elección*.

Así pues, el entonces Presidente de los Estados Unidos, el 28 de febrero de 2005 decidió emitir un memorando al Procurador General de ese país, notificándole la resolución de la Corte Internacional de Justicia respecto al Caso Avena, y su obligatoriedad.

La interpretación de esa disposición correspondió a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, la cual resolvió que al auspicio del artículo 94 (1) de la Carta de las Naciones Unidas, las determinaciones de la Corte Internacional de Justicia sólo obligaban a la rama política de los estados, no así a las judiciales, pues dicho numeral señala que las decisiones de la Corte Internacional se cumplirán por los países miembros a través de acciones de su rama ejecutiva, sin vincular a los órganos judiciales.

Con ese fallo, se desvinculó al Poder Judicial norteamericano de la decisión de la Corte Internacional de Justicia, posibilitando la ejecución de José Ernesto Medellín Rojas.

Al respecto, México arguyó ante la Corte Internacional de Justicia que la interpretación efectuada por la Suprema Corte norteamericana estaba equivocada, pues tratándose de casos judiciales,

la rama del poder más adecuada para cumplir las decisiones internacionales es, precisamente, el Poder Judicial, sin que debiera distinguirse entre el género de las autoridades, entre judiciales y políticas, o entre locales y federales.

En respuesta, los Estados Unidos de América manifestaron que el punto argüido por México, no podía ser considerado para una controversia ante la Corte Internacional de Justicia, pues las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, correspondían a su derecho doméstico, y no podían ventilarse ante la Corte Internacional.

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia determinó que la obligación establecida en el artículo 153 (9) de la resolución recaída en el Caso Avena, realmente constituye una obligación de resultado, que debe cumplirse incondicionalmente; pues lo contrario constituiría una conducta internacionalmente incorrecta. Sin embargo, reconoció que la sentencia dictada en el Caso Avena dejó a los Estados Unidos de América la posibilidad de elegir los medios para su cumplimiento, sin excluir la posibilidad de legislar al respecto de ser necesario a la luz del derecho interno.

Ahora bien, para la Corte Internacional de Justicia, México no planteó una disputa relativa al Caso Avena, sino que se refirió a un tema muy general: “la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en el derecho doméstico”, pues, el argumento toral de México (la interpretación del párrafo 153 (9) como obligación de resultado) fue aceptado por Estados Unidos de América.

Con base en ello, la Corte Internacional de Justicia decidió desechar la solicitud de interpretación planteada por México, pues no había materia de interpretación derivada del Caso Avena.

No obstante lo anterior, se reconoce la obligación de Estados Unidos de tomar medios alternativos para el cumplimiento de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia.

Ahora bien, con motivo de la ejecución de José Ernesto Medellín Rojas, México, como ya se dijo, solicitó la aplicación de otras medidas, como era la declaración de que Estados Unidos ha-



bía incumplido la medida provisional adoptada de no ejecutar a ningún mexicano hasta la resolución de la solicitud de interpretación planteada; se alegó que la ejecución de Ernesto Medellín constituía *per se* un incumplimiento de lo dispuesto en el Caso Avena; y, se solicitaron garantías de no repetición.

Al respecto la Corte declaró que la ejecución de José Ernesto Medellín constituyó una violación a la medida provisional ordenada; sin embargo, declaró que a la luz del artículo 60 del Estatuto de la Corte no le era posible considerar violaciones de la sentencia, pues ese numeral se refiere sólo a disputas sobre el sentido y alcance de la misma, las cuales no fueron planteadas debidamente por México. Asimismo, desestimó la solicitud de garantías de no repetición, bastándole señalar que las disposiciones del Caso Avena continuaban siendo vinculantes y Estados Unidos de América seguía obligado a implementarlas.

En síntesis, la resolución dictada por la Corte Internacional de Justicia el 19 de enero de 2009, desestimó la solicitud de interpretación planteada por México, pues no resultaba aplicable el artículo 60 del Estatuto de la misma, pues planteaba cuestiones generales (obligatoriedad de las sentencias de la Corte Internacional respecto al derecho interno), pero no se refería al sentido y alcance de las disposiciones emitidas en el Caso Avena. No obstante, declaró que la ejecución de José Ernesto Medellín constituyó una violación a las medidas provisionales dictadas el 16 de julio de 2008, con motivo de la solicitud de interpretación presentada por nuestro país. Asimismo, reafirma el carácter vinculante de la sentencia dictada en el Caso Avena, pero respeta los términos del párrafo 153 (9) respecto a la libertad de los Estados Unidos de América para elegir los medios de cumplimiento; y niega condenar a Estados Unidos a otorgar garantías de no repetición<sup>9</sup>.

Como hemos visto hasta este punto, el Caso Avena marcó un antes y un después en la defensa de nuestros connacionales en

---

<sup>9</sup> Resolución de 19 de enero de 2009: <http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14937.pdf>

Estados Unidos de América, significó un verdadero triunfo para el derecho internacional, pues implicó que al no respetarse los compromisos internacionales, específicamente, la Convención de Viena, se podía someter un caso virtualmente terminado a una nueva revisión y reconsideración por parte de las autoridades judiciales del Estado obligado.

Lo anterior, resultó trascendental, pues la experiencia anteriormente adquirida nos demostró como a través de una defensa especializada, como en el caso de Gerardo Valdez Maltos, se podría lograr la anulación de una condena tan delicada, como la pena de muerte.

Durante algún tiempo, llegamos a pensar que Estados Unidos de América cumpliría en sus términos las obligaciones contraídas con motivo de la sentencia dictada en el Caso Avena.

Para la Corte Internacional de Justicia la argumentación jurídica por parte de México no fue la ideal, se confundió un punto de derecho por otro, motivando un fallo desfavorable.

Ello otorgó la libertad a Estados Unidos, de auspiciarse en un tecnicismo jurídico para avalar la ejecución de José Ernesto Medellín Rojas, paradójicamente, bajo la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas.

Desde nuestro punto de vista, la argumentación de México no fue equivocada y sí existía materia para definir una disputa entre México y Estados Unidos de América sobre la sentencia dictada en el Caso Avena, a la luz de lo dispuesto en el artículo 60 del Estatuto de la Corte.

Lo anterior es así, pues en la especie México solicitó inicialmente una interpretación del Caso Avena para determinar que el contenido del párrafo 153 (9) de la sentencia dictada en ese asunto, constituía una *obligación de resultado*, que como bien lo definió la Corte en la resolución de 19 de enero de 2009, constituye una obligación que requiere un resultado específico.

En el particular, el resultado específico requerido por la sentencia dictada en el Caso Avena consistía en revisar y reconsiderar

los procesos instruidos a los mexicanos condenados a pena de muerte, y no ejecutarlos hasta concluir dicha revisión y reconsideración.

Por su parte, Estados Unidos de América argumentó coincidir con México sobre la naturaleza del párrafo 153 (9) de la sentencia dictada en el Caso Avena, entendiéndola como una obligación de resultado; sin embargo, se encontraba en libertad de elegir los medios para su cumplimiento.

Ahora bien, esa sola aseveración no desvirtúa la contienda entre México y Estados Unidos de América, pues aunque éste último coincide en la naturaleza de la obligación, de manera fáctica la interpreta de una manera diferente, baste con señalar la ejecución de José Ernesto Medellín Rojas.

Debemos señalar que la obligación de Estados Unidos de América no consistía en implementar los medios de su elección para cumplir con la sentencia dictada en el Caso Avena, sino en alcanzar un resultado específico (revisar y reconsiderar los asuntos sin ejecutar a los sentenciados), por lo cual, al no hacerlo así, obviamente, existe una diferencia de sentido y alcance de la obligación prescrita en el artículo 153(9) de la resolución del Caso Avena.

Al desechar la solicitud de interpretación planteada por México, se avaló la violación a una sentencia de carácter internacional, lo cual desvirtúa el carácter de la misma y su obligatoriedad.

La consecuencia de la resolución de 19 de enero de 2009, fue la siguiente: mientras los Estados Unidos de América, no reformen su legislación para adoptar como obligatorias todas las sentencias dictadas por la Corte Internacional de Justicia, dicho país siempre encontrará un escape para cumplir con sus compromisos internacionales.

Sobre ese punto, debemos destacar que la Corte Internacional de Justicia sólo se refirió a la implementación de medios alternos (incluida legislación) en un breve término, pero sin definir específicamente en cuánto tiempo, lo cual resulta subjetivo y fatal.

Ahora bien, no debemos perder de vista que el argumento toral de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos se fundó en

la interpretación del artículo 94 (I) de la Carta de las Naciones Unidas, específicamente, en el punto en donde se establece que las sentencias de la Corte Internacional serán cumplidas por las ramas política del poder público, sin especificar mayores obligaciones para la rama judicial, y sin especificar a la competencia federal o local.

Ello implica que ante la muy improbable reforma de la legislación norteamericana, para adoptar como vinculantes las determinaciones de la Corte Internacional, los esfuerzos de los demás países miembros deben dirigirse a la modificación de la Carta de las Naciones Unidas, a efecto de incluir a todas las ramas del poder público como obligadas al cumplimiento de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia.

Obviamente, el esfuerzo diplomático para lograr la adopción de dicha enmienda por parte de los Estados Unidos de América sería enorme, por las grandes implicaciones de dicha reforma.

Mientras tanto, otros cuatro mexicanos: César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García y Roberto Moreno Ramos, esperan no ser ejecutados en los Estados Unidos de América y lograr la efectiva revisión y reconsideración de sus casos.

Sirva pues este artículo para despertar ligeramente la inquietud del lector sobre el otro México, el que está encarcelado fuera de nuestro país y cómo un punto de derecho puede decidir la vida de un hombre, su libertad, o su muerte.



## Reforma constitucional y jueces de control: nueva vertiente de la garantía de defensa

*Honorio Hernández Escamilla\**

### EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

El término procede del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión “*due process of law*” (traducible aproximadamente como “debido proceso legal”). Su nacimiento tiene origen en la “Magna Carta Libertatum” (Carta Magna), texto sancionado en Londres el 15 de junio de 1215 por el rey Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra.

### EL CONCEPTO TRADICIONAL DE DEBIDO PROCESO

El concepto de debido proceso siguió en su desarrollo las innovaciones que introdujeron las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América.

El debido proceso responde en el constitucionalismo moderno al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, ha desarrollado un alcance no sólo procesal, sino inclusive, informador de todo el ordenamiento jurídico.

---

\* Defensor Público Federal.

En sus comienzos el *due process of law* tuvo un valor fundamental que fue señalado en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al Rey “Juan Sin Tierra” a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal.

*“Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación”.*

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas.

Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la Ley, e inclusive sin tener mención expresa, se consagró en las constituciones de los estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referido a los casos de defensa en procesos penales.

En rigor, la idea pilar originaria que tuvo el “debido proceso” fue de limitación al poder, porque el mentado principio de legalidad que se constituyó por el desarrollo constitucional del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX, le otorgaba una autoridad soberana a las Cámaras legislativas, que se valieron del “imperio de la ley” para subordinar las acciones del gobierno y de los jueces.

Los tribunales constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances del debido proceso constitucional como representante del derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva.

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de pactos y convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo.

El adverbio “debido” no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del “debido proceso”. El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso* (Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 2000).

El contenido original de la carta –se explica– era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de juicio, sino más bien la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión e ilegalidad que el Rey Juan había cometido o tolerado. Pero con el tiempo las apelaciones a otras libertades fueron, o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el que la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. No en vano recibió más de 30 confirmaciones de otros monarcas ingleses; las más importantes, de Enrique III, en 1225; de Eduardo I, en 1297, y de Eduardo III, en 1354 (Zagrebelky, *op. cit.*, pág. 79 y ss.).

Por eso las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieren para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material),



como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología Constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

La tradición inglesa y el criterio manifiesto del juego real de las libertades recorta el perfil de esa clara distinción que potencia el plafón del ciudadano, que al seguir la línea de sentido americana, también vio el desarrollo que asumió desde Francia, mediante la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 27 de agosto de 1789 (Morello, Augusto Mario, *Del Debido Proceso y la Defensa en Juicio al Proceso Justo Constitucional*, en Rev. La Ley, 2003-D (Diario del 13/06/2003)).

## RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso.

La Constitución constituye la ley fundamental de nuestro derecho, de donde emanan las leyes reglamentarias, lo que hace que sea la fuente principal del derecho, no solamente en el ámbito del proceso penal, esta ley máxima fija los principios fundamentales

sobre el procedimiento, contenidos en los artículos 13, 14, 16 y 17, de donde se desprenden las garantías de igualdad ante la ley, tribunales especiales, fueros y emolumentos, tribunales militares, formalidades del procedimiento y retroactividad de la ley, legalidad en el ámbito penal, la legalidad de los actos de la autoridad, privación de la libertad por causa penal, intervención de comunicaciones privadas, visitas domiciliarias, inviolabilidad de domicilio, jurisprudencia y precedentes, legalidad de los actos de autoridad, fundamentación y motivación de los actos de autoridad, prisión por deudas civiles, etc.

Dado el sistema constitucional que nos rige, ninguna autoridad puede dictar disposición alguna que no encuentre apoyo en un precepto de la ley, así lo determina el artículo 16 de la Carta Magna.

En todos los casos una persona inculpada por mandato constitucional tiene derecho a ser oído y a presentar sus medios de defensa, de tal manera que no se puede iniciar ningún procedimiento sin cumplir las formalidades establecidas en el mismo, y a grosso modo, se le pone en conocimiento de la iniciación del procedimiento, se le otorga un término para que comparezca el mismo, haciendo valer sus defensas y presente pruebas y alegatos, posteriormente se dictará la resolución correspondiente, imponiendo o no una sanción, lo anterior queda establecido en los artículos 14 y 16 constitucionales.

También se asegura para el inculpado la asistencia efectiva de un abogado, mismo que el particular puede elegir en el exterior, o bien en caso de no tener medios para pagar uno, el Estado a través del Instituto Federal de Defensoría Pública le proporcionará la asistencia legal requerida a través de un Defensor Público Federal, pero en ningún caso se permite que el particular se quede sin asesoramiento.

Respecto de la prueba, se garantiza que el inculpado presente pruebas de descargo, igualmente el que acceda a los datos guardados por el titular del poder disciplinario, de acuerdo a la recientemente promulgada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la

Información Pública Gubernamental; el inculpado tiene derecho a interrogar a los testigos de acusación y a carearse con ellos.

Las decisiones de toda autoridad, por mandato Constitucional deberán de estar debidamente fundadas y motivadas, lo anterior las obliga a citar los preceptos legales en los que se basan y realicen las argumentaciones lógico-jurídicas para enlazar las normas con los hechos, de tal manera que toda resolución deberá estar ajustada a lo anterior. Las resoluciones son silogismos, ya que contienen los resultados de las actuaciones del proceso, las consideraciones legales y lógicas en las que se funde la misma y una parte propositiva o resolutive, tanto para aplicar una sanción o no hacerlo.

El particular siempre deberá ser notificado con las formalidades establecidas en el procedimiento, y las decisiones pueden ser publicitadas, salvo en los casos en que alguna de las partes se oponga a lo anterior.

La publicidad, se garantiza cuando particulares ajenos al procedimiento pueden obtener la información respecto de todas las resoluciones dictadas dentro del procedimiento.

En toda clase de resoluciones el inculpado tiene el derecho de hacer revisar la declaración de culpabilidad y la condena disciplinaria que se le impuso, a través de recursos como la revisión, apelación y posteriormente el Juicio de Garantías denominado Juicio de Amparo.

Pueden tomarse medidas provisionales, coercitivas y de conservación como pueden ser el sometimiento al procedimiento, la suspensión de funciones, la restricción de la libertad incluso para el caso de menores. El inculpado siempre tendrá el derecho a no ser obligado a declarar, su silencio no precisamente se hace para no verse sometido a una acusación de carácter penal, sino que se lleva a cabo por estrategia de la defensa, a fin de que se pruebe la causa por la cual se le esta sometiendo al proceso, correspondiendo la carga de la prueba al poder disciplinario.

Ésta es una garantía establecida en el artículo 20 Constitucional fracción II, la cual si bien esta contemplada para el proceso

penal, es aplicada también en el proceso disciplinario por mandato a fin de asegurar el equilibrio en el proceso y la legalidad del mismo.

## RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

El principio del debido proceso legal, se encuentra reconocido en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tal y como lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el criterio que a continuación se cita:

Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVI, Agosto de 2002 Tesis: P. XXXV/2002 Pagina: 1 4 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, *el principio del debido proceso legal* que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad

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

Amparo en revisión 1293/2000.15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

La Jurisprudencia al ser la interpretación de la ley por el máximo tribunal, constriñe los actos de autoridad a ceñirse a la misma, sin embargo existen criterios que no alcanzan dicha categoría, que posibilitan a los jueces a seguirlos o contradecirlos a través de lo que se conoce con el nombre de contradicción de tesis, contradicciones que son resueltas en el seno del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual en un momento dado, debe fijar el criterio a seguir, cabe destacar que tanto las tesis como sus contradicciones refieren a sentencias significativas, que pueden impactar principios procesales en los campos penales o disciplinarios en general.

## GARANTÍA DE AUDIENCIA

La frase garantía de audiencia se utiliza como sinónimo de juicio, según se consigna en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional:

*“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”.*

El Titular de esta garantía es todo sujeto gobernado. La garantía de audiencia consiste en la máxima oportunidad defensiva que tiene todo gobernado, antes de ser privado de sus bienes o de sus derechos por actos de autoridad.

Respecto al alcance de la garantía de audiencia nuestro Máximo Tribunal establece que existe la obligación por parte de las autoridades responsables de dar oportunidad al agraviado o quejoso de que exponga todo lo que considere conveniente para la defensa de sus intereses.

## ACTO DE PRIVACIÓN

La privación es la consecuencia de un acto de autoridad que se traduce en el menoscabo, en la esfera jurídica del gobernado, ocasionado por el egreso de algún bien material o inmaterial (por ejemplo, los derechos) Constitutivo (disposición o despojo), así como el impedimento para ejercer un derecho.

Además, no basta que un acto de autoridad produzca efectos en el ámbito jurídico de una persona, sino que es necesario que el menoscabo constituya un fin último por parte de la autoridad para que se considere como acto de privación, según establece el artículo 14 Constitucional, párrafo segundo.

La Suprema Corte sostiene que la disposición del artículo 14 Constitucional, respecto a que nadie puede ser privado de sus posesiones y derechos, implica la idea de privación definitiva de la propiedad de una cosa y no la privación transitoria. Es decir, la

privación de derechos o posesiones llevaría implícito el carácter definitivo del acto.

El espíritu de este precepto es muy amplio, ya que su finalidad es que los individuos sean amparados siempre que de manera arbitraria se les prive de sus propiedades, posesiones o derechos, cualesquiera que sean y sin limitación.

En consecuencia, todo acto de privación es también un acto de molestia, pero no a la inversa, ya que el acto de molestia consiste en perturbar la esfera jurídica del gobernado, y por acto de privación entendemos el egreso de algún bien material o inmaterial del patrimonio del gobernado.

En conclusión, los actos de molestia los regula el artículo 16 Constitucional, y los de privación, el 14 Constitucional.

En cuanto a los derechos del gobernado, la garantía de audiencia tiene un papel importante, pues incluye cualquier derecho subjetivo real o personal.

Existen cuatro subgarantías de la garantía de audiencia:

1.- Mediante juicio. Consiste en la oportunidad que tienen los gobernados para acudir a los tribunales en defensa de sus derechos.

2.- Tribunales previamente establecidos. Significa que los tribunales deben crearse para resolver un sinnúmero de casos y durante un lapso indeterminado, al contrario de lo que son los tribunales especiales, prohibidos por la Constitución en el artículo 13, ya que estos se crean a fin de conocer un número determinado de personas y un número reducido de casos. Actualmente se discute la naturaleza de los tribunales de arbitraje.

3.- Formalidades esenciales del procedimiento. Su antecedente se remonta al “debido proceso legal” (*due process official law*) inglés y estadounidense, que es el proceso mas eficaz y sencillo, es decir, el que se conozca y se adapte a las características y a la idiosincrasia de los habitantes del país.

4.- Conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Surge como reafirmación a la garantía de irretroactividad de las normas contenidas en el primer párrafo del artículo que se comenta.

Esta garantía es operante no sólo frente a las autoridades judiciales y administrativas, sino también frente a las legislativas, a fin de que exista un procedimiento por medio del cual los órganos del Estado, Encargados de aplicarlos, oigan la defensa de los acusados presentes y reciban las pruebas respectivas para la preservación de sus derechos, como sustenta la Suprema Corte.

## **GARANTÍA DE DEFENSA**

Se entiende por derecho de defensa a la garantía constitucional que le asiste a toda persona que posea un interés directo en la resolución jurídica del proceso penal para poder comparecer ante los órganos de persecución pertinentes, a lo largo de todo el proceso, a fin de poder resguardar con eficacia sus intereses en juego.

En esta perspectiva amplia, todos los sujetos participantes del proceso penal, sean imputados o no, poseen una garantía constitucional de defensa. El Ministerio Público posee un conjunto de facultades y armas para cumplir con su función persecutoria.

No obstante lo señalado, es respecto de la persona perseguida que el derecho constitucional a la defensa presenta su mayor capacidad de rendimiento e importancia, pues si bien los distintos sujetos procesales se enfrentan entre sí, con sus propios medios, el imputado se enfrenta al Estado y toda su maquinaria de persecución. Es por esta razón que en la doctrina se ha privilegiado la explicación del derecho a la defensa en sede penal, desde la perspectiva del imputado.

Se debe precisar que para el funcionamiento de esta garantía no es necesario, siquiera, que se haya instaurado un proceso penal formal, el derecho de Defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o detenida por la autoridad. Ello significa que surge con la mera determinación del imputado: no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que, de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito.”



## FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO

Uno de los imperativos del sistema constitucional mexicano, que rige en el ejercicio de la función legislativa, consiste en que toda ley ordinaria debe ser acorde con los postulados constitucionales.

De acuerdo con lo anterior, entre los principios que deben respetarse en la emisión de una norma que prevea un acto de carácter privativo, es el relativo al de la garantía de audiencia y a las formalidades esenciales del procedimiento que se derivan de la misma, los cuales constituyen una de las bases fundamentales del Estado de Derecho.

Al respecto, el segundo párrafo, del artículo 14 constitucional, establece:

*“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”.*

El artículo transcrito prevé lo que se conoce como garantía de audiencia, la cual consiste en que los gobernados no pueden ser privados de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; de ahí que dicha garantía constituya el principal instrumento de defensa que tiene el gobernado frente a actos de cualquier autoridad que pretendan privarlo de los bienes referidos y, en general, de todos sus derechos.

En relación con lo descrito, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que el punto medular de la garantía de audiencia se encuentra en las formalidades esenciales del procedimiento, las que han sido definidas en la jurisprudencia número 47/95, publicada en la página 59, tomo II, diciembre, de la Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que es del tenor siguiente:

“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*. Estas 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.”

Palacio Legislativo de Xicoténcatl, sede de la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, a los 15 días del mes de noviembre de dos mil cinco.

## LA GARANTÍA DE DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

De acuerdo con el Código Federal de Procedimientos Penales, la averiguación previa se subdivide en tres elementos o tres tiempos: el de la iniciación del procedimiento, el de la práctica de diligencias y levantamiento de actas y el de la consignación ante los tribunales. Un primer elemento obliga al Ministerio Público a actuar de oficio o a recibir y dar curso a las denuncias y querellas que se presenten, para lo cual realizará una serie de diligencias.

Un segundo elemento obliga al Ministerio Público a recabar toda la información necesaria de parte de las personas que por cualquier concepto hayan participado en los hechos que se averiguan o tengan datos sobre los mismos. Es evidente que los datos anteriores pueden ser de carácter pericial, lo que es parte de las pruebas,

así mismo periciales o de otra naturaleza, que tiene derecho a ofrecer el interesado.

Un tercer elemento es la consignación ante los tribunales, que equivale al ejercicio de la acción penal probados plenamente el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado.

Ya en el terreno de la acción penal es de tener en cuenta, por su enorme relevancia con repercusiones en el vasto mundo de la doctrina, el contenido de la fracción I del artículo 137, que a la letra dice: “El Ministerio Público no ejercitará la acción penal: cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal”. Lo anterior se repite de la siguiente manera en la primera parte del artículo 138: “El Ministerio Público promoverá el sobreseimiento (que es cesación, desistimiento) y la libertad absoluta del inculpado, cuando durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal... o que existe en favor del inculpado una causa excluyente de responsabilidad”.

El pliego de consignación del Ministerio Público contiene un “juicio de valor” similar al de una sentencia. Aquí tenemos a la vista dos juicios de valor: el de la averiguación previa y el de la sentencia en sí, el procedimiento de elaboración de este juicio de valor, tanto en la forma como en el fondo, es el de una sentencia; en rigor se trata de una valoración, de una resolución. Y no se puede resolver sin valorar, ni en el espacio del juez ni en el del Ministerio Público.

## MARCO DE REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL

De acuerdo con las tareas legislativas que dieron pie a las recientes reformas constitucionales en materia penal, se presentaron dos trabajos que destacan por su relevancia:

a).- La Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Presentada en sesión de la Comisión Permanente el 30 de mayo de 2007 por el senador Fernando Castro Trenti, integrante del Grupo Parlamentario del PRI y turnada a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos para su estudio y análisis correspondiente.

Esta iniciativa, al igual que las presentadas por el Ejecutivo Federal, el Congreso del Estado de Jalisco y por la senadora Sosa Govea, propuso incluir en la Carta Magna el principio de presunción de inocencia por ser un derecho fundamental para la adecuada práctica del derecho penal y su ejecución. La intención de esta iniciativa era incluirla expresamente en el texto constitucional como garantía del inculpado, en razón de que el mismo es jurídicamente aceptado tanto por la doctrina como por la comunidad internacional, en cuanto a que diversos tratados, en los cuales el Estado mexicano es signatario, la consagran expresamente.

Considera que la ubicación pertinente del citado principio de presunción de inocencia formaría parte y encabezaría el primer párrafo de la fracción I del apartado A del artículo 20 constitucional, ya que dicho principio es el primer eslabón en la cadena tanto de la indagatoria como de cualquier proceso de orden penal.

Para ello, estima conveniente adoptar el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, e iniciar el primer párrafo de la siguiente manera: *“A que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”*

La indicada propuesta quedó plasmada en el texto Constitucional publicada el 18 de junio de dos mil ocho, de la siguiente forma:

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

*B. De los derechos de toda persona imputada:*

*I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”;*

b).- Asimismo, destaca la Iniciativa con Proyecto de Decreto

que adiciona un párrafo al artículo 18, y reforma los artículos 94, 97, 100, 101, 104, 105 y 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Presentada el 11 de diciembre de 2007 por el Senador Alejandro González Yáñez, integrante del Grupo Parlamentario del PT y turnada a la Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Segunda; para su estudio y análisis correspondiente.

Esta iniciativa en su exposición de motivos señala que: "...uno de los problemas que más afectan a la sociedad mexicana son los que tienen que ver con la procuración de justicia y la readaptación social, considera que poco a poco el sistema mexicano de procuración e impartición de justicia se ha quedado obsoleto y ajeno a la realidad social que intenta regular.

Considera necesario cambiar el esquema jurídico actual, por un modelo que rescate los principios de certeza, seguridad y celeridad jurídica establecidos en nuestra Carta Magna, ya que entre otros vicios se encuentra la preponderancia excesiva del medio escrito, que parcializa los procesos en contra de los imputados, y los aleja de la inmediación del juez sean delegados a los subalternos, que converge en el retardo de los procesos y la saturación de los tribunales.

La solución entonces a nuestros problemas de seguridad no puede reducirse sólo al aumento de las penas y la profesionalización de los cuerpos policíacos. Es decir, no es suficiente con fortalecer a un "estado represor", sino que hay que establecer reformas que vean el problema de la delincuencia de forma social.

El autor de la iniciativa estima que en la Constitución Política se debe garantizar un procedimiento penal transparente, ágil, confiable, eficiente y con arreglo a las garantías que para toda persona establece nuestro máximo ordenamiento jurídico, lo cual se tiene que realizar a través de tribunales que cumplan con los principios de imparcialidad, publicidad, oralidad, eficiencia, concentración e inmediación.

Esta iniciativa pretende que se reconozca a nivel constitucional la existencia de estos tribunales y, en específico, los jueces especializados en la materia, a saber, los jueces de garantía y los jueces de juicio oral, ambos en materia penal.

Con la figura del juez de garantía se busca la imparcialidad en los procesos, tomando en cuenta que la imparcialidad objetiva exige que el tribunal de juicio o alguno de sus miembros no sólo no hayan prejuzgado sobre el objeto o parte del objeto del juicio, y que ni siquiera conozca anticipadamente el caso de una de las partes, esto es, los hechos y el contenido de la prueba a desahogarse en juicio. Es necesario separar en el juez sus competencias para resolver sobre la procedencia de la orden de aprehensión y el auto de formal prisión para resolver en definitiva el proceso.

Asimismo, con esta figura del juez de garantía se pretende que este emita las resoluciones preliminares como la orden de aprehensión o vinculación a proceso; para distinguirlo totalmente de los tribunales que conocerán del juicio, mismo que se pretende sea oral.

Por ello se intenta reconocer a nivel constitucional la oralidad de los juicios, a través de la figura de los jueces de juicio oral.

No se pretende cambiar por completo la estructura del Poder Judicial de la Federación, ya que los jueces de garantía y jueces de juicio oral, serán parte de los juzgados de Distrito. Así, haciendo uso de estas figuras ya existentes la carga presupuestaria sería la mínima posible.

A su vez, otra solución sería agregar un nuevo depositario del ejercicio del Poder Judicial de la Federación en la figura de Tribunales de Juicio Oral, integrados por los jueces de garantía y los jueces de juicio oral.

Ya que se trata de una reforma integral al sistema de justicia penal, cambiando del actual modelo mixto, preponderantemente inquisitivo, a uno garantista de corte acusatorio y oral, adaptado a las condiciones y la cultura jurídica mexicanas, y orientado por la urgente necesidad de abatir los índices de delincuencia y evitar la impunidad, garantizando el respeto por los derechos de todos.

Esta reforma permitirá mayor seguridad en los procesos penales, mayor protección de los derechos de las víctimas del delito, consolidación de un nuevo modelo de sistema de seguridad pública, mejor combate al crimen organizado y fortalecimiento del Estado de Derecho.

Significa un cambio de raíz en el sistema de justicia penal, es quizá la reforma más relevante realizada al sistema penal en mucho tiempo, y quizá sólo comparable con la transición del sistema puramente inquisitorial que rigió hasta principios del siglo pasado, al sistema mixto que operaba hasta ahora. Y gracias a esta reforma se podrá avanzar en la necesaria modernización de las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia.

Entre los beneficios más importantes de esta reforma se encuentran los siguientes:

Primero.- México adoptará un sistema de justicia penal acusatorio, con juicios orales y procesos simplificados. Este sistema se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A partir de ahora, los Poderes Judiciales de todo el país comenzarán un proceso de implementación y transición hacia este nuevo sistema de justicia.

Gracias a ello, por ejemplo, se espera que la etapa de investigación de los delitos sea mucho más ágil y mucho más profesional.

El juicio se desarrollará plenamente en audiencias orales y públicas, ante la presencia obligatoria de un juez, que también obligadamente presenciara el desahogo de las pruebas y los alegatos. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.

El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente.

Con este nuevo sistema de justicia se brinda a los ciudadanos un sistema de justicia más transparente, respetuoso de los derechos humanos y que proteja con mayor celeridad y eficacia sus derechos.

Segundo.- Los ciudadanos gozarán de un sistema eficaz y transparente de protección de sus derechos, tanto del imputado, como de las víctimas.

Con esta reforma queda atrás el sistema en el cual el indiciado prácticamente se consideraba culpable hasta que se demostrara lo contrario, y se reconoce expresamente el derecho a la presunción de inocencia.

El principio permite enmarcar el proceso como una práctica para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, y mientras no se satisfaga, ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. La culpa y no la inocencia debe ser demostrada.

También se prevé el derecho a declarar o a guardar silencio, así como dar a conocer al imputado el hecho que se le imputa desde el momento en que es detenido o en su primera comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, y se establece el derecho de ser juzgado en audiencia pública por un órgano jurisdiccional unitario o colegiado.

Uno de los presupuestos fundamentales de esta reforma constitucional es que la protección a los derechos humanos y las herramientas para una efectiva persecución penal son perfectamente compatibles.

Se establecen jueces federales y locales, denominados de control, que se abocarán fundamentalmente a resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución de la diligencia, así como conocer las impugnaciones de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, para controlar su legalidad y en todos los casos señalados resguardar los derechos de los imputados y las víctimas u ofendidos.

Este tipo de jueces podrán ser los que substancien las audiencias del proceso preliminares al juicio, las cuales desde luego que se regirán por los principios del proceso.



Estos jueces de control se responsabilizarán de la resolución rápida de las solicitudes ministeriales de cateos, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión, y las demás que requieran control judicial, asimismo, realizar las audiencias procesales preliminares al juicio conforme los principios del sistema acusatorio, de conformidad con las reglas de organización que al efecto se emita por cada poder judicial.”

## PROPUESTA

En el marco de reformas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia penal, de 18 de junio de dos mil ocho, en su artículo 16 párrafo décimo tercero, se establece la creación de jueces de control quienes deberán resolver en forma inmediata las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran de control judicial en los siguientes términos:

“Artículo 16. (...)

*Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.*

(...)”

Es en este contexto, donde para salvaguardar el ejercicio de la garantía de defensa adecuada, se propone que estos jueces de control conozcan además, las posibles violaciones al procedimiento en etapa de averiguación previa, para el efecto que de manera inmediata se atiendan las peticiones de la defensa de los indiciados, cuando el Ministerio Público de manera injustificada se abstenga de acordar de conformidad las pruebas que éste ofrezca legalmente, ya que por disposición del texto Constitucional ese nuevo órgano jurisdiccional tiene el cometido de: “...garantizar los derechos de los

*indiciados*". Lo anterior con el fin de obtener una efectiva impartición de justicia desde la averiguación previa, sin que se tenga que agotar el ejercicio de ese derecho a través del Juicio de garantías, donde frecuentemente opera el cambio de situación jurídica por ser un medio extraordinario de defensa de la constitucionalidad de los actos de autoridad, efectivo pero muy lento por la excesiva carga de trabajo con que cuentan los órganos jurisdiccionales, hasta en tanto entre en vigor el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, dentro del plazo de ocho años a partir de la publicación de las invocadas reformas constitucionales en materia penal de dieciocho de junio de dos mil ocho, de conformidad con el artículo segundo transitorio de las mismas.

Lo cual puede implementarse hasta en tanto entre en vigor el sistema procesal penal acusatorio con motivo de las reformas Constitucionales en materia penal, debido a que el estado que guarda nuestro marco legal seguirá siendo mixto con mayores rasgos inquisitivos que dispositivos, y en este contexto, no son pocas las ocasiones en que la institución de buena fe, que legalmente se denomina Ministerio Público del Fuero Común, Federal o Militar, bajo la premisa de investigar delitos que le confiere nuestra Constitución al ejercer sus atribuciones, allana garantías individuales en perjuicio de los particulares, lo que se corrobora fácilmente cuando en ejercicio de su garantía de defensa en esta etapa del procedimiento sin detenido, se ofrecen pruebas y ésta omite su admisión y desahogo, vulnerando con ello la garantía de defensa en perjuicio de los gobernados, ya que de la revisión de algunos casos a los que se ha tenido acceso por el ejercicio de la profesión, se ha visto que con frecuencia, en esa tarea la actuación de la autoridad investigadora no siempre se apega a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y leyes secundarias, produciendo en etapa de averiguación previa actos de ejecución de imposible reparación.

A ello obedece la importancia de conocer los alcances y limita-

ciones de las garantías individuales que confiere a favor de los indiciados en etapa de averiguación previa, el actual marco de reformas Constitucionales en materia penal.

## MULTIMEDIA

*[www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2003-3-page-1029.htm](http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2003-3-page-1029.htm)*

*[www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministrocossio/INTEPON/MTRO/...D.../8VOTO%20DEFENSA%20ADECUADA%20808-2005.pd](http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministrocossio/INTEPON/MTRO/...D.../8VOTO%20DEFENSA%20ADECUADA%20808-2005.pd)*

*[www.cem.itesm.mx/derecho/verbauris/articulos/020206.html](http://www.cem.itesm.mx/derecho/verbauris/articulos/020206.html) - 39k*  
*[esp.mexico.org/lapalabra/una/37033/la-garantia-de-audiencia](http://esp.mexico.org/lapalabra/una/37033/la-garantia-de-audiencia) - 23k* -  
*[www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2008/12/11/1&documento=48](http://www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2008/12/11/1&documento=48) - 91k* -

## LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

IUS 2008.

Compila XVI.



## L a prisión y sus alternativas

*Claudia Montiel Barrios\**

“No hay otro momento comparable donde la razón humana se exhiba tan débil frente a la irracionalidad absoluta, como en aquél en que un hombre investido de autoridad decide un monto de dolor y privación, porque se cree que resulta un bien para alguien o para la sociedad. Pero nunca el fracaso de la razón resulta tan aberrante como en los casos donde estas creencias fallan, cuando aquella finalidad pierde todo sentido y el uso del dolor se convierte en sacrificio ritual para que la población crea lo que de otro modo jamás creería.”<sup>1</sup>

Entre la mayoría de los filósofos y teóricos del derecho existe una voz generalizada respecto de la moderación de las penas, la extinción del castigo y de los suplicios, por lo cual se ha establecido que la imposición de las sanciones corporales por parte del Estado resultan ser un deterioro a la vida humana que no tiene reparación alguna.

Ya Michael Foucault, en su obra *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, establecía la necesidad de castigar las acciones de los hombres que trascienden al ámbito de lo penal de otro modo, que no fuera la aflicción por medio de la pena corporal, traducido esto

---

\* Defensora Pública Federal.

<sup>1</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª. Edición, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 2006, p. 761.

como una llana venganza por parte de la autoridad, y que a su vez, era desencadenada por la cólera de un pueblo hastiado de corrupción, quebrantamientos y trasgresiones a su sociedad.

En tal sentido, tenemos que aun cuando la amenaza del castigo mantiene a la sociedad bajo cierto orden dentro del Estado, no menos cierto resulta que ese orden únicamente se encuentra momentáneamente organizado y vigilado por el poder que el propio Estado ejerce sobre éste, y que, latente vive la violencia contra la población más vulnerable, que se ejerce a través de los castigos, y que en muy reiteradas ocasiones hemos escuchado por parte de los gobernantes, en el sentido de endurecer esas penas de prisión para que los enemigos del buen orden permanezcan bajo reclusión por largo, muy largo tiempo.

Y a este respecto vienen a la mente las etapas “evolutivas” de la pena; resultando la primitiva la primera de éstas, que coincide con la concepción de la venganza privada como pena; misma que, seguida de una segunda etapa con carácter religioso en la que el poder de castigar se reconoce a los sacerdotes o representantes del culto; la tercera, que reconoce a la pena un fundamento ético para castigar y a la vez moralizar al delincuente; encontramos que la cuarta etapa es la ético-jurídica, que además de sus aspectos éticos tiene limitaciones y estructura jurídica y finalmente nos habla de una quinta etapa a la que le atribuye un carácter social por considerar al delincuente como un enfermo social al que la sociedad misma debe atender para curar mediante un adecuado tratamiento.

Y si hemos de verlas con acuciosidad, observaremos que las cosas no han cambiado mucho y que a la par de la propia historia del hombre, han transitado las penas.

De este primer análisis, podemos perdernos entre las diversas teorías de la pena; la retribucionista o abolicionista atribuida a Kant, que se derivaba del hecho de que, entre mayor era la pena impuesta, y más cruelmente era ejecutada, mayor era el efecto ejemplificador de la misma; la relativa, que partía de la prevención general, o del terror penal, como Claus Roxin, Mir Puig o Muñoz

Conde actualmente la llaman; y terminaba en la llamada prevención especial, que iba directamente dirigida al autor del hecho, según la concepción de Von Liszt; hasta la más moderna, como la denominada de intervención mínima, que simula la adhesión de otros principios como la igualdad, la humanidad, proporcionalidad, certeza, entre otros.

Sin embargo, una constante surge de estas teorías, y que ha sido indefectiblemente la peor parte del Derecho Penal durante su evolución, y es precisamente la etapa de ejecución de las sentencias y su añejo sistema carcelario, que influye negativamente sobre la totalidad de sus funciones y ámbitos: desde la salud de los condenados, pasando por la alimentación, la seguridad, hasta llegar a lo que se considera el peor de los lances que ha sufrido, sufre y muy probablemente sufrirá la sociedad entera: la sobrepoblación o hacinamiento de las personas privadas de su libertad.

Y es la prisión, la que al inicio de la historia fue concebida únicamente como un lugar en el que se mantenía sometidos a los sentenciados a muerte, hasta en tanto se cumpliera con la cruel condena, amén de que en ese tránsito se les atormentaba de las formas mas brutales, por lo que en la antigüedad no era considerada como una pena; ello toma sentido en el hecho de que los antiguos pobladores tenían la creencia de que una persona corrompida no podía obtener la “readaptación” de su conducta, y la muerte terminaba rápidamente con ese ser indeseable, para con ello dar un ejemplo a la comunidad de la fuerza de coerción estatal y así “prevenir conductas delictivas futuras semejantes”.

Don Manuel de Lardizábal y Uribe, mexicano nacido en 1739, se ocupa de la problemática del castigo en nuestro país; quien establece que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador. Toda facultad de los jueces debe reducirse únicamente a examinar si el acusado ha contravenido o no la ley; para absolverlo o condenarlo en la pena señalada por ella”<sup>2</sup>. Con esta idea, enfila lo que hoy conocemos

---

<sup>2</sup> Álvarez Ramos, Jaime, *Justicia Penal y Administración de Prisiones*, México, Porrúa, 2007, p. 97.

como principio de legalidad, presente también en Beccaria. En el mismo sentido, las ideas de Bentham en torno al castigo, desembocan en el diseño del edificio Panóptico, que tiene como finalidad custodiar un gran número de gente con muy pocos individuos y que sugiere, puede ser utilizado como escuela, manicomio o cárcel.

Por su parte John Howard, quien sufriera en carne propia los horrores de la prisión, se da cuenta que los custodios no percibían salario alguno, sino que vivían abusando de las personas que aun cuando habían terminado sus condenas penales, no podían salir de prisión por carecer de medios para pagar las multas impuestas; y que asimismo las cárceles se encontraban ya sobrepobladas, y que carecían de disciplina e higiene.

Aun cuando al visitar las prisiones de Europa, encontró algunas de ellas aptas para la vida en prisión, e intentó dentro de su “Informe sobre el estado de las Prisiones en Inglaterra y Gales” que se difundiera la situación de ambas clases de cárceles para así poder emular las que constituían un avance en la humanización de las penas.

En su introducción comenta lo siguiente: “Aquí se ven niños de doce a catorce años escuchando con ávida atención las historias referidas por hombres de costumbres abyectas, ejercitados en el crimen, aprendiendo de ellos [...]. De este modo el contagio del vicio se esparce en las prisiones y se convierte en un hogar de maldad que se difunde bien pronto al exterior. Los locos y los idiotas son encerrados con los demás criminales, sin separación alguna, pues no se sabe dónde meterlos. Sirven de cruel diversión a los presos.”<sup>3</sup>

Continuando con lo expuesto, es dable señalar que la cárcel nació con el único objeto de mantener en cautiverio al sentenciado para someterlo a las penas más bárbaras, y en el mejor de los casos a la de muerte, como medio de obtener la redención del penado, purificando su alma desde la tierra; posteriormente pasó a

---

<sup>3</sup> Mendoza Bremauntz, Emma, *Derecho Penitenciario*, México, Mc Graw Hill, 2007, p. 63.

considerarse un local en el que se mantuviera trabajando al reo, y con ello originar mano de obra barata a favor del Estado y de sí mismo, sin ninguna reeducación o rehabilitación para su conducta; ahora bien, con toda esa experiencia que a través del tiempo ha otorgado la figura de la cárcel o prisión, pareciera claro establecer que en nada ha ayudado el encierro de forma positiva a la humanidad, atendiendo al hecho de que en la época actual los crímenes se siguen cometiendo con mayor desenfado y menor vergüenza.

Misma situación que implica necesariamente aumentar el número de personas privadas de su libertad; lo anterior, aunado a la realidad económica, política y social que actualmente se vive en nuestro país, hace inútil cualquier otro esfuerzo que en materia penitenciaria se realice.

Se dice que en México se han abolido las penas crueles, inhumanas y degradantes; sin embargo, a nuestro juicio, y según lo que dispone la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la sobrepoblación posee precisamente esas características, lo que implica violar los derechos fundamentales de la población penitenciaria.

Y es que son realmente innumerables los motivos que dan al sistema carcelario su excelsa distinción al fracaso, entre los cuales se pueden señalar, el régimen de incomunicación de los reos, y que nació de la Institución Carcelaria en la Ciudad de México, que el vulgo llamó “El Palacio Negro de Lecumberri”, inaugurado el veintinueve de septiembre de 1900, supuestamente para conocer la sinceridad del arrepentimiento del penado y con ello les era reducida la condena o se les dejaba en libertad sin el temor de que cometieran algún otro delito al reintegrarse a la sociedad, situación que obviamente nunca aconteció, debido a que la delincuencia siempre va a la alza, y los espacios requeridos eran mayormente demandados, lo que ocasionó indefectiblemente que las poquísimas libertades ganadas hacia el exterior del penal fueron eliminadas, y el trabajo, que en un tiempo fue remunerado para el propio sostenimiento del reo fue abolido con la consecuencia necesaria de que



el reo salía sin dinero, y con hambre, lo que conllevaba a la comisión de nuevos delitos.

Por su parte, el centinela quien en otrora tiempo les proporcionaba cuidados y se preocupaba por el tratamiento de rehabilitación de los presos, al crecimiento de la población penitenciaria, las puertas, los muros y los candados eran ahora su único objeto de custodia, dejando de lado la rehabilitación del condenado y dedicándose única y exclusivamente a vigilar la ejecución de la sentencia, y por supuesto, a hacer de su cargo un negocio por medio del cual se aviva la corrupción y la arbitrariedad; núcleo principal de la decadencia penitenciaria.

Poco importa a nuestro juicio cual es la forma con la cual se le quiera llamar a la pena –punición, castigo, condena, sanción, expiación, etcétera–, pues lo importante se enfoca a los dos principales problemas que en nuestra realidad se originan: la inflicción de dolor en cualquiera de sus formas y acepciones y la inadecuación de los modelos de solución que se pretenden otorgar para justificar los efectos negativos en los individuos hacia quienes va dirigida.

A más de dos siglos de distancia de las ideas de Bentham, y a pesar de las visiones de Beccaria y Howard respecto de la vida dentro de la prisión, tenemos que las instituciones destinadas a las cárceles modernas no han variado en su estructura ni régimen interno; continúan siendo lugares de hacinamiento, sobrepoblación, corrupción, maltrato y aislamiento para sus infortunados internos.

Las prisiones en su mayoría se encuentran establecidas en edificios viejos y sin seguridad, conventos o cuarteles abandonados, obteniendo con ello un común denominador en su arquitectura: son lúgubres, húmedos, oscuros, densos y cargados de esa idea secular y mística de las penas, que no puede uno dejar de pensar que sólo los delincuentes pertenecen a dicho lugar y del cual no deberían emerger nunca más.

Otro de los problemas con los que los estados actuales se enfrentan es precisamente al hecho del constante cambio de ideologías acerca del fin de la pena, lo que conlleva al hecho de que al

término de la construcción de un edificio destinado para el sistema penitenciario, éste ya no cubre las expectativas primordiales del mismo, y se hace necesario adecuar los lugares ya erigidos para destinarlos a la sanción penal.

Lo anterior aunado al hecho de que, insistimos, parece ser que el principal obstáculo que imposibilita el mejor desarrollo del sistema penitenciario es la sobrepoblación de la cual adolecen casi todas las cárceles del país, lo que trae aparejado el hecho de que los Estados se preocupen más por crear establecimientos penitenciarios para albergar al mayor número de internos, sin que ello involucre implementar paralelamente un régimen carcelario o penitenciario integral adecuado a cada uno de los penados, careciendo, por ende de naturaleza humana y desde un punto de vista penitenciario que en verdad pretenda encaminarse a la prevención del delito y sobre todo de la reincidencia, tan recurrida actualmente.

Como consecuencia de ello, se crea la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados en el año de 1971, que –aunque de forma escueta y parca–, señala las pautas a seguir para el tratamiento de sentenciados a través del sistema progresivo y técnico que se requería; lo que lamentablemente no acontece de facto, al tener presente el tan mentado hacinamiento que cada día se hace más patente en nuestro país y que trata de eliminarse a través de la construcción de más cárceles, lo que únicamente aletarga su incosteabilidad.

Más aún que en la propia Ley sustantiva se establece en sus artículos 51 y 52 los lineamientos mediante los cuales el Juzgador, con una sana crítica disfruta de plenas facultades para imponer la sanción mas adecuada a cada sentenciado, sin embargo, tales consideraciones nunca se hacen valer por quien imparte justicia, quien continua aferrándose a los principios clásicos del Derecho Procesal como son los de la inmediatez, la peligrosidad del delincuente –tomada exclusivamente de los datos que obran en el proceso, proporcionados por el propio sentenciado o en su ficha signalética–, la vinculación de los actos procesales, y la unidad en los procedimientos,

sea por la carencia de normas instrumentales que las regulen con mayor eficacia, o por el hecho de que no se deben encontrar en el Código Penal, sino que son materia del Derecho Procesal o mejor aún, en materia del Derecho Penitenciario o Ejecutivo; ya que es de todos sabido que el sistema penitenciario adoptado desde principio del siglo pasado ha fracasado estridentemente desde todos sus niveles en tratar de readaptar y/o rehabilitar al delincuente.

Es por todo ello que en esta época es imperante el establecimiento de disposiciones en las Leyes de Ejecución de Sentencias en las que se prevea el adecuado estudio individualizado de los reos, y que asimismo esté en coordinación directa con el Código Sustantivo de la materia, debido al hecho de que esa disertación, a nuestro juicio, debe hacerse desde el momento de su ingreso a prisión y el correspondiente seguimiento del tratamiento interdisciplinario para el efecto de que el Órgano Jurisdiccional, a la par de estar en conocimiento de la instrucción de su proceso penal, conozca la personalidad, identidad e incluso idiosincrasia de quien pretende juzgar, y con ello estar en condiciones de aplicar la punición que más se ajuste a las condiciones de cada sentenciado y logrando, a juicio de quien esto escribe, una mayor certeza en la impartición de la justicia, y un mejoramiento notable en la ejecución de las sentencias y por consiguiente, en el fin resocializador de la pena; que si bien, nunca dejará de poseer el carácter retributivo, pugnamos por que se lleve a cabo de manera tal que exista una verdadera reivindicación del delincuente para con la sociedad en una correlación delito-punición-pena.

De lo anteriormente expuesto, resulta evidente establecer que en tinta quedaron las preocupaciones para con los sentenciados, y que después de treinta y ocho años de su creación, no existen mayores medios, reglamentos, convenios o manuales que conlleven a desarrollar las ideas plasmadas en la Ley de Normas Mínimas, quedando reducidas a simples itinerarios por los cuales debe pasar el sentenciado para acceder a una gris evaluación sin mayor ímpetu para lograr apenas su clasificación y con suerte, evaluación para el

trámite de algún beneficio preliberacional; por lo que la finalidad principal de este trabajo es el análisis de una nueva perspectiva penitenciaria, con grandes posibilidades y mejores resultados para que el sentenciado, viva una prisión decorosa, siendo útil a sus semejantes, a fin de que su libertad sea en semejantes condiciones.

Continuando con lo expuesto, y a consecuencia de la presión que la sociedad ejercía, en 1982 se instituye el Programa Nacional de Cárceles y Penitenciarías que buscaba el acatamiento íntegro del artículo 18 Constitucional que, como en todos los casos, no se cumplió.

Y cómo habría de cumplirse, si en el ordinario en cita se estableció principalmente la separación entre procesados y sentenciados –separación que continuamos esperando se realice algún día–, la invocación de que tanto la Federación como los estados deberían organizar su sistema penal por medio de penitenciarías, prisiones militares y colonias penales –dejando claro que efectivamente prevaleció el federalismo frente al centralismo– con base en el trabajo, para lograr la readaptación –y que al principio fue remunerado por parte del Estado–.

Lo que trae como conclusión el hecho de que algunos sistemas autodenominados liberalistas, bajo la apología de que los delitos que actualmente fustigan a la sociedad mexicana son mayormente violentos e irascibles, es menester endurecer las penas con puniciones que llegan a los sesenta años de prisión –lo que nos hace pensar en condenas que traen aparejadas penas en verdad insólitas y carentes de cualquier valoración humanitaria–, penas de prisión que se cumplen en complejos penitenciarios de características celulares, con sistemas de alta seguridad que aíslan a todos sus internos de sí mismos en aplicación del silencio como parte de su composición y vejando sus derechos humanos hasta convertirlos en personas totalmente inutilizadas para vivir en sociedad de retornar a la libertad –basta para ello contemplar la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada–; y hasta llegar a la posibilidad de la imposición de nueva cuenta de la pena de muerte –como más

frecuentemente se ve en los discursos partidistas en su constante afán para ganar adeptos, sin darse cuenta de la problemática social que conlleva—.

Desgraciadamente, los estados, lejos de haber optado por el desarrollo integral de los sistemas de prisiones abiertas, y atendiendo al alto índice de criminalidad que se ha venido originando por ilícitos tales como el terrorismo, el narcotráfico, los secuestros o los llamados “magnicidios”, se ha optado por la creación de instituciones de alta seguridad y de las que ya hemos hablado con anterioridad y que se encuentra planeada para lo que ellos llaman internos inadaptados a la sociedad, volviendo al mismo problema de la segregación poblacional, con un régimen disciplinario mucho más riguroso y un exagerado sistema de seguridad, que lejos de readaptar al condenado lo sumergen en el aislamiento total, neutralizándolo, sin ninguna esperanza de rehabilitarlo para la vida exterior. Y esto pretender fundarlo en el hecho de que se trata de individuos con rasgos de agresividad altísimos y una resistencia casi absoluta al tratamiento de recuperación, lo que conlleva a asistirllos con especialistas que consideran que las condiciones de seguridad en las que se encuentran son las mejores tanto para ellos como para la población en general.

El problema que vemos en este tipo de regímenes es el hecho de que si bien, podemos estar ante personas que más que tratamientos técnicos interdisciplinarios que intenten readaptarlos nuevamente a la convivencia social, cierto es también que existirán personas que no requieran tales tratos, o incluso, que se trate de personas con estados de salud graves o edad avanzada —seniles— que haga casi imposible la aplicación de tratamientos de esa índole, y que únicamente devendrán en la puesta en peligro de sus propias vidas al estar, de cierto modo, observando la implantación de la pena de muerte de forma lenta y sigilosa.

Del mismo modo se ha hablado en foros internacionales de los establecimientos destinados especialmente para los jóvenes delinquentes, aun cuando sean mayores de edad; en este rubro, al que

poco han hecho caso los Estados como el nuestro, debido –nuevamente– al alto índice delincriminal y la gran población penitenciaria que éstos constituyen, es probable que necesiten una mayor atención, tomando en consideración que se trata precisamente de los posibles reincidentes o habituales en la comisión de delitos.

Y siguiendo con este aspecto, por qué no pensar en establecimientos destinados especialmente para personas senectas, que por sus condiciones personales no requieren de un régimen de prisión tan rígido como el del resto de los condenados y en muchas de las ocasiones las penas a purgar hacen totalmente incompatible su condición humana cada vez más precaria ante el sistema penitenciario; sin celdas que los confinen al ocio aniquilador ni vigilancia acechante, con un mayor alto grado de asistencia psicológica y obviamente de salud, pasando por una alimentación que se adecue a sus enfermedades y padecimientos y con un sistema progresivo que establezca su reintegración a la sociedad de forma pronta y gradual, hasta llegar al grado de la sustitución de la pena de prisión por una medida cautelar que bien pueda evitar las graves consecuencias que resultan de una vida de encierro, aislamiento y privaciones en todos sus aspectos.

Tenemos entonces que la prisión actual no ha rendido los frutos deseados para la sociedad y el Estado, y tal vez pareciera que nos acercamos nuevamente a una nueva venganza privada en la que conociendo los principios rectores del sistema penal, ahora se retorne a los condenas sin proceso y a las cárceles de “muerte lenta”.

Es menester que la prisión actual reestructure su forma de ver al penado, y le otorgue la importancia necesaria para dejar de construir cárceles colosales, y mejor aún, con las actuales se adecuen las estructuras físicas y su régimen organizativo en bien, más que de los internos, de todos lo que en el exterior estamos a merced de los liberados y de su buen juicio para enmendar su conducta otrora delictuosa.

De tal manera que se pueda estar en posibilidad en un futuro no muy lejano de hacer una separación definitiva de las cárceles,

para lograr una efectiva prevención del delito, y aplicar el tratamiento conveniente a cada uno de los internos.

Ahora se habla de la “deslegitimación”, en la que se propone un programa de mínima intervención penal, al que también le han llamado “Derecho Penal mínimo”, lo que trae como consecuencia la reducción radical de la pena de prisión y un largo alcance para el resto de los sustitutivos penales, propuestas que han planteado muy recientemente los penalistas italianos Luigi Ferrajoli y Alessandro Baratta.

Para el primero de los citados se hace necesario antes que nada, distinguir entre los fines programáticos de la pena y la función que ésta actualmente cumple en la sociedad, y dice: “la deslegitimación del sistema penal no es lo que hemos venido entendiendo, esto es, *la irracionalidad de nuestros sistemas penales vigentes y operantes*, sino que entiende por tal *la radical imposibilidad de legitimar cualquier sistema penal, incluso futuro y por mínimo que fuere*. Esta radicalidad, que parece identificarla como propia del abolicionismo, la rechaza afirmando que en una sociedad, incluso mucho más democratizada e igualitaria, sería necesario un derecho penal mínimo como único medio para evitar males mayores –la venganza ilimitada–.”<sup>4</sup>

De lo anterior, tenemos pues, que las cárceles ya no se encuentran previstas dentro de las nuevas teorías penitenciarias, sino por el contrario, el derecho penal mínimo, como parte del abolicionismo de la intervención estatal, sin perder la trilogía que actualmente se presenta para definir las penas más adecuadas al delincuente por parte del Órgano Jurisdiccional, adoptando una función de prevención general, a la vez de una función de prevención a la reacción desproporcionada de la víctima contra el delincuente; en otras palabras, el hecho de optar por deslegitimizar las cárceles –entendido esto como la posibilidad de crear centros penitenciarios que sean realmente útiles a la función actual del derecho penal– va a depender de la reacción social, creando un equilibrio entre la imposición de la pena de prisión y la actitud de la víctima hacia esa punición.

<sup>4</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Argentina, Ediar, 2005, págs. 99 y 100.

Situación que abre la puerta definitivamente al hecho de poder acceder a los tan temidos sustitutivos penales, en lo que, como consecuencia de esa reacción penal, la imposición de un sustitutivo penal a una persona cuyas características mentales, físicas y sociales han de merecerla –como por ejemplo, podría ser en personas que cursan la senectud, primodelincuentes en ilícitos levísimos o de poca cuantía; jóvenes mayores de edad que así lo merezcan, según los estudios técnicos que se les practiquen, o de quienes sufran afectaciones graves en su salud–, tiende a asegurar la función estatal de la pena, despresurizando con ello las cárceles y otorgando la seguridad de la prevención general y especial del delito.

Ahora bien, todos estos avances deben tomarse en cuenta para el diseño y operación de un sistema penitenciario, aun de una prisión limitativamente considerada.

Dentro de esta misma línea Alessandro Baratta ha trazado los requisitos mínimos del respeto a los Derechos Humanos en la Ley Penal, conforme a los cuales el ejercicio del poder punitivo debe ser en todos casos racional, conforme a la situación de cada penado atrapado dentro del sistema represivo y las necesidades del Estado de limitar los elementos negativos del régimen penal, para estar en posibilidad de restaurarlo y de esta forma recuperar la imagen, ya de por sí deteriorada del sistema penitenciario frente a la sociedad.

De ahí, surge precisamente la idea de que la ejecución de la sentencia debe estar del lado del Órgano Jurisdiccional, y no ser una atribución propia de un poder diverso del Estado, situación que en nada agravia la función estatal en su conjunto, para legitimizar su control sobre el penado; sin embargo, se hace razonable ese hecho, partiendo de la premisa de que es precisamente el Poder Judicial quien posee las facultades de mantener cautiva o no a una persona que considera delincuente, y en ese sentido, es precisamente el Juzgador quien deberá decidir si a esa persona le corresponde continuar sujeto al régimen represivo por medio de su reclusión en un centro penitenciario; lo que legitimará de forma



más clara el desempeño de su función y convertirá al sistema penal en un verdadero baluarte para combatir los errores judiciales y garantizar la verdadera administración e imposición de la justicia al servicio de la sociedad.

Desgraciadamente hemos visto con decepción que nuestros sistemas penales no controlan ni a víctimas, ni a delincuentes, y por ende, mucho menos a las comunidades en las que formamos parte; por el lado de las víctimas, el hecho de que una persona soporte un tiempo más o menos largo dentro de un local penitenciario, no repara en su mayor parte el daño que se le ha causado, ello aunado al hecho de que la generalidad de la población tiene la creencia que los delitos son problemas que únicamente atañen al Estado y basta que los delincuentes sean sometidos a procesos que anulen su personalidad hasta inutilizarla para mantener el orden social, lo que crea un rompimiento entre víctima y penado, desembocando, por ende, en la creación de una brecha que día a día perpetua los ciclos del delito y su condena.

Y se señala que en las sociedades donde el delito se entiende como una ola de violencia de humanos socialmente desfavorecidos –vulnerables–, es inevitable que consignas como “la pena previene el delito, el castigo es la consecuencia de una infracción penal, el aumento de pena disuade la comisión de delito graves, al delito hay que combatirlo con dureza, se tomen por lo único real y posible”<sup>5</sup>.

Nos encontramos en una época en la cual parecen haber evolucionado la ciencia, la tecnología y las ideas, pero no las instituciones penitenciarias, de las cuales el hacinamiento, la corrupción, la insalubridad, las drogas, y la precaria asistencia médica dan la certeza de su agravado retraso.

Por lo que se ha estado adoptando el sistema de justicia restaurativa, mediante la cual se pretende transformar el enfoque de la justicia penal por medio de una simbiosis de las víctimas, los delincuentes y el Estado, en el que este último juega un papel de

---

<sup>5</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, y otros, op. Cit., nota 1, p. 762.

socio entre ambos, esto quiere decir que las personas que resienten directamente el impacto de la comisión de los hechos delictuosos son, en su mayoría de los delitos, precisamente las víctimas, quienes necesitan que se les repare el daño causado –lo cual no necesariamente involucra que el penado purgue una condena más o menos larga en prisión–, mientras que los delincuentes requieren de la reorientación de su conducta a través de programas educativos, técnicos y especializados que los involucren dentro de la sociedad para trabajar a favor de ésta, resultando el papel del Estado como mediador de ambas partes así como el que otorgará los medios –jurídicos y económicos– para que ambas partes “restauren” los daños ocasionados.

Sabemos de antemano a lo que nos estamos refiriendo cuando pretendemos involucrar a toda una sociedad dentro del sistema jurídico penal, sin embargo, estamos ciertos que es la única forma factible con la que contamos para poder crear el cambio que tanto se necesita para empezar a ver verdaderos resultados dentro de nuestra justicia penal, también estamos conscientes de que dicho cambio no se va a dar fácilmente, nuestra cultura y los patrones con los que actualmente contamos no nos permiten advertir la responsabilidad que compartimos para impedir el avance de la corrupción, la delincuencia y su impunidad.

Existen actualmente en algunos países desarrollados, sistemas alternativos de justicia puestos en funcionamiento, como la mediación, la negociación, el arbitraje y el litigio y que poseen como fin común buscar la posibilidad de solucionar los conflictos o los problemas a través de la colaboración de la sociedad.

Bajo este aspecto tenemos que la mediación se deriva de un proceso penal simplificado en la que se coloca de frente a los involucrados en el hecho delictuoso y se les expone la posibilidad de reparar el daño a cambio de que el delincuente ingrese a un programa de reeducación en externamiento –abolición de la cárcel–, sin importar que se trate de un delito perseguible de oficio o a petición de parte; esto quiere decir que a las víctimas se les otorgan

papeles de mayor responsabilidad dentro del proceso penal; lo que deriva en el hecho de que la sociedad tenga una verdadera participación en el tratamiento del delincuente, a través de interacciones interpersonales que desemboquen en el bienestar común.

La reconstrucción de la sociedad no debe venir de las cárceles, esperando que dentro de éstas se geste la rehabilitación, reformación o reeducación del delincuente; por el contrario, la sociedad es quien debiera vigilar el cumplimiento verdadero de la condena, hacia la restauración del orden social, para efectos, primero de disminuir la reincidencia, para luego anularla.

Dicho en otras palabras, el concepto de la justicia restaurativa se cimienta dentro de la posibilidad de reparar el daño causado, y no sólo económicamente, como en la mayor de las veces lo visualizamos; y como Mark Carey lo señala: “Un delito es un acto contra otro individuo o contra la comunidad, más que contra el Estado”.<sup>6</sup>

Por tal motivo es dentro del seno de la sociedad en la que debe restablecerse su orden, claro está, mediando la vigilancia del Estado y a través de los sistemas jurídicos apropiados que garanticen la adecuada impartición de la justicia, mientras que será a través de los Jueces de Ejecución de Sentencias con los que se aplique la imposición de la pena señalada.

En tal sentido, la justicia restaurativa es un modelo nuevo que propone la oportunidad de reconstruir el quebrantamiento del orden social a través de su reconstrucción por medio de la sociedad, y no aislando al delincuente de ésta, lo que se enfoca a solucionar el problema de la delincuencia a través de su control, no a cercarlo, creando en el delincuente una conciencia de reparación del orden, no de la vergüenza o la venganza.

Ahora bien, ello no implica que las penas que se apliquen sean flexibles; de hecho, a nuestro juicio, el delincuente debe enfrentar un proceso penal en el que se demuestre fehacientemente su

---

<sup>6</sup> Elías Carranza y Otros, *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria*, 2ª. Edición, México, Siglo XXI Editores, S.A. de C.V., 2007, p. 219.

responsabilidad en la comisión del hecho delictivo, y como tal debe asumir esa responsabilidad para ser sancionado en atención a su grado de culpabilidad.

Pero resulta imposible establecer que será justo imponer una pena de determinada cantidad de años a una persona de mediana edad cuya actividad laboral es apremiante, tanto para su sostenimiento como el de su familia, con un grado de instrucción moderado y en condiciones de obtener una adecuada reintegración a la sociedad mediante los adecuados sistemas técnicos y educativos; al hecho de asignar al mismo periodo de tiempo a una persona que cursa una edad avanzada, cuyas características propias le dificultan desplazarse, discurrir y hasta alimentarse por sí mismo, resultando incompatible su estancia dentro del centro penitenciario que día a día merma su dignidad y su existencia.

## CONCLUSIÓN

Con estas reflexiones queremos crear una especie de nuevo concepto de la aplicación de las penas; esto es, que no sólo deben adecuarse en torno al daño causado, a las características de la víctima y de la comisión del hecho delictuoso, sino a las particulares del propio delincuente, que si bien, ha sido procesado y sentenciado por un delito, cierto es también que la pena o sanción a imponer debe ser racionalmente factible para su debido cumplimiento—de otra forma entonces nos preguntaríamos cuál es la finalidad de la pena sino el restaurar el orden social, tanto para la víctima como para el propio penado— con base en los principios legales que nos rigen, y que le permitan llevar a cabo su observancia, soportando la privación de la libertad en prisión, dentro de los límites humanitarios y de dignidad que cada ser humano poseemos.

Luego entonces, desde la Constitución Política de la monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, que en su artículo 297 disponía que las cárceles deben instalarse de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos; lo que tenía como finalidad inmediata mantenerlos en buena

custodia; hasta la actual de 1917 con sus últimas reformas, las prisiones han adoptado diversos objetivos a saber; los de mantener la incomunicación con el exterior al preso, depósitos de perdidos, semilleros de vicios y lugares para atormentarlos; hasta sitios en los que se implementan la reeducación, rehabilitación, tratamiento de desintoxicación, el carácter científico y la interdisciplina recientemente considerada multidisciplina –como lo dispone el artículo 6º de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados de 1971–.

Sin embargo, debemos admitir que ninguno de los objetivos planteados se han podido cumplir, y eso, a nuestro juicio se debe principalmente a varios factores; primero, la deficiencia de los órganos ejecutivos en la aplicación de las leyes, incluido está el hecho de que esas pocas leyes que hablan sobre penitenciarismo no cuentan con los mecanismos adecuados para hacerlas verdaderamente eficaces; segundo, porque no se puede hablar de un sistema carcelario adecuado, cuando no existen los medios, servicios ni el personal idóneo que lo haga un lugar adecuado para cumplir con el objetivo; lo que conlleva a hacer obsoleto el sistema de prisión como institución y modo de castigo.

Es inconcuso que se debe pugnar y sobre todo lograr que las leyes respondan verdaderamente a la realidad y las necesidades sociales que las originan y más aún, evitar que las leyes penales sean redactadas en un cenáculo casi a escondidas por un grupo reducido de personas que, en algunos casos pueden ser muy versados en las disciplinas normativas, pero que por lo general carecen de la indispensable formación práctica en las ciencias penales. Además, la sociedad civil quien es en definitiva la destinataria de la legislación, no participa, por lo que consideramos que debe estar involucrada en el proceso de gestación de leyes penales.

Y aunando a ello, debemos tener en cuenta que siendo el hombre un ser que por naturaleza nace libre, la cárcel se convierte en un sitio donde pierde la posibilidad de vivir, o dicho de otro modo, acrecienta la posibilidad de morir. Y si ello es así en tratándose de

hombres y mujeres con facultades y capacidades más o menos regulares, las posibilidades de morir en prisión se elevan cuando el recluso es una persona que excede los sesenta años de edad, o que a causa de la propia prisión o de forma externa se encuentra gravemente afectado en su salud.

Se trata de personas que requieren de un especial trato que no únicamente involucra la atención médica –ya de por sí deficiente–, que en la mayoría de los casos debe actuarse de manera inmediata; sino alimentaria, de higiene, incluso, del servidor público.

Habrá que ligar una muy especial falta de sentimiento ético hacia la vida humana, la abrupta amnesia que no permite entender que los delincuentes son hombres y mujeres de igual carne y hueso que el resto de la población, y que desemboca en un ferocísimo abuso del poder institucional.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ RAMOS, JAIME, *Justicia Penal y Administración de Prisiones*, México, Porrúa, 2007.
2. BAIGÚN, DAVID Y OTROS, *De las Penas*, Buenos Aires, Argentina, De Palma, 1997.
3. CARRANCÁ Y RIVAS, RAÚL, *Derecho Penitenciario*, México, Porrúa, 4ª. Edición, 2005.
4. CARRANZA, ELÍAS Y OTROS, *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria*, México, Siglo XXI Editores, S.A. de C.V., 2ª. Edición, 2007.
5. CARRARA, FRANCESCO, *Derecho Penal*, Volumen 1, México, Oxford, 2005.
6. DE LARDIZÁBAL Y URIBE, MANUEL, *Discurso sobre las penas*, México, Porrúa, 2005.
7. FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, siglo XXI editores, 34ª. Edición, 2005.
8. GARCÍA ANDRADE, IRMA, *El actual sistema penitenciario mexicano*, México, Editorial SISTA, 2006.
9. GARCÍA GARCÍA, GUADALUPE LETICIA, *Derecho Eje-*

- cutivo Penal*, México, Porrúa, 2005.
10. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO (Coordinador), *Derecho Penal, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005.
  11. JAKOBS, GÜNTER Y OTROS, *Función de la Pena Estatal y Evolución de la Dogmática Post-Finalista*, México, Porrúa, 2006.
  12. MENDOZA BREMAUNTZ, EMMA, *Derecho Penitenciario*, México, McGraw-Hill, 2007.
  13. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2005.
  14. MIR PUIG, SANTIAGO, *Estado, Pena y Delito*, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2006.
  15. RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, *Penología*, México, Porrúa, 2004.
  16. SÁNCHEZ GALINDO, ANTONIO, *Cuestiones Penitenciarias*, México, Ediciones Delma, 2005.
  17. WELZEL, HANS, *Las Penas y las Medidas de Seguridad*, Bogotá, Colombia, Leyer, 2005.
  18. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En Busca de las penas perdidas*, Argentina, Ediar, 2005.
  19. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *En torno a la cuestión penal*, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2005.
  20. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Argentina, Temis, 2006.

# La protección de las garantías individuales contra actos de particulares

Carlos Alberto Morales Gutiérrez\*

*“...Para garantizar el acceso a la justicia del gobernado, la asesoría jurídica debe buscar nuevas vertientes en su aplicación...”*

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios generales de la instauración del juicio de garantías es la protección, defensa y tutela de las garantías individuales de los sujetos; partiendo de esta base y derivado del análisis que se realiza a la luz de la actividad jurídica actual, es que se presenta la siguiente disyuntiva: debe preponderarse la protección de las garantías individuales del sujeto que promueve el juicio de garantías en contra de cualquier acto y persona o únicamente limitarse a la protección del amparista en contra de los actos de las autoridades como acontece en la actualidad; discurro de la percepción actual del juicio de garantías y considero que existen ocasiones en las cuales es necesario ampliar los actos materia del juicio de garantías las cuales se estudiarán a continuación.

## 2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA DEFENSA EN CONTRA DE ACTOS DE PARTICULARES

Abordando el tema de la posibilidad de la aplicación de un medio de control constitucional en contra de actos de particulares que

---

\* Oficial Administrativo.



violenten las garantías individuales se parte de la base que la vía idónea es la interposición de un juicio de garantías en la vía indirecta, lo anterior tiene su fundamento en el artículo 103 constitucional el cual a la letra señala:

*Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:*

*I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales.*

Se debe, en primer término, reformar este artículo constitucional que sustenta un principio del juicio de amparo; ello con la finalidad de otorgarle una mayor protección al gobernado que requiera una pronta intervención de los jueces de garantías cuando otro gobernado lesione su esfera jurídica de garantías individuales y en su caso conceder las medidas precautorias pertinentes para evitar un mayor perjuicio para el mismo. Lo cual puede acontecer cuando el mismo desconoce los mecanismos jurídicos ordinarios y se esté verdaderamente en presencia de actos violatorios de sus garantías individuales.

Uno de los puntos de estudio necesario consiste en las limitaciones que podrían tener el derecho de jurisdicción del Estado *que se traduce en la posibilidad efectiva que tienen los gobernados de acudir a los órganos jurisdiccionales para dilucidar sus pretensiones*<sup>1</sup>, la cual se encuentra ubicada en el artículo 17 constitucional, el cual en la parte conducente señala:

*Artículo 17. ...*

*...Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*

Si bien es cierto que el esquema jurídico utilizado en nuestro país ha propiciado una desaceleración en la impartición de justicia

---

<sup>1</sup> Rojas Caballero, Ariel Alberto. *Las garantías individuales en México*, Edit. Porrúa 2002. 676 pp.

en los juicios naturales, ello es fundamentalmente por la preponderante carga de trabajo, la falta de presupuesto y la corrupción que soportan los tribunales del fuero común; en este orden de ideas, elevar la carga de trabajo de los tribunales federales es un tema delicado al crear una situación similar a la presentada con sus homólogos estatales.

Al ampliarse la esfera de competencia de los órganos jurisdiccionales en materia de amparo sugiere las siguientes cuestiones: ¿conllevaría a crear rezagos en los órganos jurisdiccionales?, o en su caso: ¿aumentaría el ya existente en los mismos?

Se desecha esta postura de conformidad con el informe anual de labores del Poder Judicial de la Federación<sup>2</sup>: los ingresos de los asuntos atendidos por los órganos jurisdiccionales durante 2005 fueron 664, 646; en el año de 2006, 670, 611; y durante el 2007, 707, 639. De esta forma, con un simple cálculo aritmético es manifiesto que las cargas de trabajo han aumentado en 2007 en relación con los años anteriores; sin embargo, considero que las mismas son discrepancias mínimas tomando en consideración que se ha aumentado el acceso de los órganos jurisdiccionales a los justiciables, como el aumento demográfico que se presenta año con año. Del mismo modo, esta propuesta es viable para darle una mayor certidumbre a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus funciones de Tribunal Constitucional al ampliar la gama de sus atribuciones.

### 3. MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL: EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO

Como punto de partida se establecen los alcances del juicio de garantías; para aclarar lo anterior citaremos la definición aplicada en el *Manual del Juicio de Amparo*, la cual señala: *El juicio de amparo es un medio de defensa del gobernado frente a las arbitrariedades del*

<sup>2</sup> Es viable ver las cargas de trabajo presentadas por los Órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación en los correspondientes informes de labores emitidos por la Dirección General de Estadística y Planeación judicial del Consejo de la Judicatura Federal.

Así se puede consultar la siguiente página web: [http://www.dgepj.cjf.gob.mx/docs/estadisticajudicial/2007/07\\_AN\\_GRAF\\_INST\\_TOTAL.pdf](http://www.dgepj.cjf.gob.mx/docs/estadisticajudicial/2007/07_AN_GRAF_INST_TOTAL.pdf)

gobernante.<sup>3</sup> La hipótesis enmarcada en este concepto es breve y concreta, lo cual ayuda a comprender la naturaleza jurídica del juicio de garantías cuya tendencia es marcada a delimitar la protección del gobernado únicamente frente a los actos emanados de autoridades del Estado por lo cual debemos profundizar en el concepto señalado.

Así mismo citando el concepto de Humberto Ruíz Torres tenemos: *El amparo indirecto es un proceso jurisdiccional autónomo, de doble instancia, que tiene por objeto anular, en los casos concretos, los actos de autoridad contrarios a la Constitución, realizados en perjuicio de los gobernados.*<sup>4</sup> De aquí se desprende como elemento principal del juicio de garantías la facultad del juzgador de amparo de anular los actos que vulneren la Constitución y como consecuencia las garantías individuales; lo cual considero es la premisa fundamental de protección que debe brindar el Estado en contra de los actos que afecten al quejoso que puedan ser emitido por los particulares.

#### 4. NATURALEZA Y COMPARACIÓN DEL ACTO RECLAMADO Y DEL ACTO EMITIDO POR EL PARTICULAR

Compendiando la naturaleza del juicio de garantías, ahora resulta procedente señalar qué características tiene el acto de autoridad, el cual debe ser unilateral, coercible e imperativo, como se manifiesta en la siguiente tesis jurisprudencial:

AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. NO LO SON LOS FUNCIONARIOS DE LAS DEPENDENCIAS GUBERNAMENTALES, CUANDO EL ACTO QUE DE ELLAS SE RECLAMA CONSISTE EN LA OMISIÓN DEL DESCUENTO A UNO DE SUS TRABAJADORES POR CONCEPTO DE PENSIÓN ALIMENTICIA. La omisión de efectuar el descuento por concepto de pensión alimenticia, derivado del cumplimiento

---

<sup>3</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Juicio de Amparo*, 2da. Edición, México, 2000, 589 pp.

<sup>4</sup> Ruíz Torres, Humberto Enrique. *Curso General de Amparo*, México, Editorial Oxford, 894 pp.

dictado por un órgano jurisdiccional en un juicio de alimentos cuya parte demandada es un trabajador de alguna dependencia gubernamental, no da a los funcionarios de ésta la calidad de autoridad para efectos del juicio de amparo cuando el acto reclamado es, precisamente, esa omisión, pues tal conducta es desplegada en su carácter de patrón y, por ende, su actuar no reviste las características de unilateralidad, coercibilidad e imperatividad necesarias para establecer el concepto de autoridad.

El subrayado es propio.

Ahora bien, debemos discernir si un particular puede realizar actos que revistan las características antes citadas; una vez enunciados los atributos esenciales del acto de autoridad, como lo apunta Chávez Castillo en su obra<sup>5</sup>, son los siguientes:

a) Emitido por un órgano del Estado provisto de facultades de decisión o de ejecución, ya de hecho, ya de derecho, que produzca afectación en la esfera jurídica del gobernado.

Esta característica del acto reclamado es la que se pretende ampliar ya que no solamente los actos emanados de órganos del Estado afectan garantías individuales. Verbigracia, tenemos los usos y costumbres bancarios, los cuales son fuente supletoria del derecho mercantil, en la praxis van mucho más allá de lo establecido por la legislación mercantil; los cuales deben cumplir los usuarios de la banca para realizar operaciones con las instituciones de crédito.

b) Imperativo, lo que implica tener la fuerza jurídica, realizada en ejercicio de la autoridad soberana del Estado, para ordenar que se realice su voluntad, dentro de la esfera jurídica del gobernado.

Al establecerse relaciones entre los particulares, aquel que detenta mayor imperio económico y social puede ejercer la presión moral necesaria sobre el individuo que desconoce supuestos jurídicos acepte obligarse bajo contratos que contenga cláusulas leoninas, lo cual es menester la intervención oportuna del juzgador de amparo que evite la lesión que se puede presentar al individuo.

---

<sup>5</sup> Chávez Castillo, Raúl (1994). *Juicio de amparo*. México. Editorial Harla. P. 4-7; 72-73; 75-83; 96-101.

c) Unilateral, es decir, para que sea dictado no se requiere un acuerdo de voluntades entre la entidad soberana –el Estado–, y el gobernado, sino que aquél lo realiza según su voluntad, sin tener en consideración el parecer del particular.

Se establece actualmente y sin duda algunos elementos unilaterales en las relaciones entre particulares; al no poder cambiar las tasas de intereses, las cláusulas penales para incumplimientos de contratos, o mediante los plazos forzosos por señalar un ejemplo.

d) Coercitivo, ya que la autoridad del Estado tiene la facultad de hacer valer sus determinaciones por medio de la fuerza, cuando estas no se cumplan o no se respeten de forma voluntaria por el gobernado.

Si bien es cierto los particulares deben recurrir a órganos del Estado para el caso de cumplir coercitivamente los acuerdos acordados entre ellos, se presenta esta situación de facto, ejemplificando lo anterior si un gremio de la industria establece cuotas para la prestación cualquier sujeto que requiera de dicho servicio debe sujetarse a las mismas al acapararse la oferta por parte de este gremio.

## 5. POSTURA CONTRARIA A LA INTERPOSICIÓN DE UN JUICIO ORDINARIO

Huelga señalar que en la actualidad realizar la tramitación de un juicio ordinario refiere un mayor tiempo en comparación de un juicio de garantías que tiene un tiempo aproximado de duración de seis meses y una naturaleza sumaria en su aplicación.

En este tenor es que muchos litigantes con base en la confianza que les representa la justicia federal han preferido utilizar como estrategias jurídicas la interposición de juicios de garantías como un instrumento de auxilio a sus representados no sólo para libertar sus garantías individuales, sino también con la finalidad de evitar un juicio del orden común el cual traería aparejada una *tramitología* que resulta ser distante de la necesidad de aplicar justicia pronta y expedita a los gobernados.

## 6. LA EXISTENCIA DE ACTIVIDADES SEMI-MONOPÓLICAS EN MÉXICO

La constitución de nuestro país en su artículo 28, señala:

*Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la (las, sic DOF 03-02-1983) prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las (las, sic DOF 03-02-1983) prohibiciones a título de protección a la industria.*

Sin embargo, es viable señalar que a pesar de esta reglamentación constitucional, la realidad de la sociedad mexicana es contraria a lo establecido en el mismo, para establecer un concepto más preciso de esta noción es menester transcribir la siguiente tesis jurisprudencial<sup>6</sup>:

*COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 7o., FRACCIONES II, IV Y V, DEL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER QUE DETERMINADAS CONDUCTAS DEBEN CONSIDERARSE COMO PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, VIOLA EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El principio de reserva de ley existe cuando la norma constitucional asigna la regulación de una materia determinada al órgano legislativo mediante una ley, entendida ésta como un acto material y formalmente legislativo, por lo que excluye la posibilidad de que pueda ser regulada por disposiciones de naturaleza distinta a ella; de esa manera, la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a todas las normas distintas a la ley, lo que se traduce en que el legislador ordinario debe establecer la regulación de dicha materia, sin que pueda remitirla a otras normas secundarias, en especial al reglamento. En ese sentido, si del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que es necesaria una ley formal para, entre otras cuestiones, prohibir monopolios, prácticas*

<sup>6</sup> No. Registro: 180,696 Tesis aislada Materia(s): Constitucional, Administrativa Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Septiembre de 2004 Tesis: P. LVI/2004 Página: 5.

monopólicas, estancos y exenciones de impuestos, así como para castigar y perseguir toda concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social, es indudable que el artículo 7o., fracciones II, IV y V, del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, al establecer que determinadas conductas deben considerarse como prácticas monopólicas de las comprendidas en la fracción VII del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, vulnera el referido principio de reserva de ley, toda vez que el Presidente de la República excede la atribución que le confiere el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal, al pretender normar aquellas materias a través del reglamento impugnado.

Si bien es cierto que se encuentran prohibidas las prácticas monopólicas en nuestro país, en el comercio existen empresas en manos de particulares que ostentan la mayor fuerza de distribución y producción de los servicios que se brindan a la ciudadanía.

Con ello se afecta la garantía de libertad, *la cual consiste en hacer todo lo que no dañe a otro*<sup>7</sup>; siendo la libertad social la tocante a este aspecto ya que al existir empresas que acaparan principalmente el mercado y propicien una competencia desleal ocasionando el cierre de micro y pequeñas empresas no sólo esta vedando su libertad de trabajo de las mismas sino también la libertad de elección por parte del consumidor respecto del lugar donde adquiere sus productos.

De igual manera se ve afectada la garantía de propiedad la cual, de conformidad con el artículo 27 constitucional, corresponde ori-

---

<sup>7</sup> Op cit. 1.

ginalmente a la nación; sin embargo en este aspecto nos referimos a la propiedad privada, toda vez que la misma se ve limitada por los actos de los particulares que puedan vulnerar esta garantía.

## 7. INTERVENCIÓN DE LA PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR

Una de las instituciones que regula relaciones entre particulares cuya naturaleza jurídica no es de carácter jurisdiccional es la Procuraduría Federal del Consumidor; la cual tiene como objeto:

*ARTÍCULO 1.- ...El objeto de esta ley es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.*

Así las cosas, la citada Procuraduría tiene como fin proteger al consumidor de actos de proveedores, siendo ambas partes particulares, y afectándose como consecuencia derechos de índole patrimonial susceptibles de restringir los derechos de propiedad que pueda llegar a tener el gobernado sobre la adquisición y uso de cualquier bien.

Dichas garantías son tuteladas por la Procuraduría Federal del Consumidor<sup>8</sup> mediante audiencias conciliatorias; por otra parte, mediante la instauración de los contratos de adhesión<sup>9</sup> registrados ante la misma, se pretende tener un control sobre las cláusulas exigidas por los proveedores de servicios a los consumidores finales; sin embargo, dichos esfuerzos por parte de esta dependencia no son suficiente para tener un adecuado control de las actividades de dichas empresas, toda vez que su naturaleza jurídica es tendiente a conciliar intereses entre las partes y no realmente a restituir las garantías individuales violadas.

---

<sup>8</sup> Para mayor abundancia, consultar la página web: <http://www.profeco.gob.mx>

<sup>9</sup> Los contratos de adhesión son documentos que contienen cláusulas elaboradas únicamente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o a la prestación de un servicio.

Los mismos se encuentran regulados en el artículo 85 y demás relativos de la Ley de Protección al consumidor.



## 8. LA PROTECCIÓN CONTRA ACTOS DE PARTICULARES EN OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS: LA ACCIÓN DE TUTELA

La idea de una vigilancia total por parte del Estado de las garantías individuales no es de reciente creación en la actividad jurídica actual, existen países como Alemania que han utilizado este sistema, así como los hispanoparlantes España y Colombia por citar un ejemplo<sup>10</sup> de los estados latinoamericanos que han aplicado este sistema.

De manera doctrinal podemos señalar el caso español, el cual mediante su Ley Orgánica otorga la facultad de conocer del Recurso de Amparo al Tribunal Constitucional; lo cual se complementa con lo que la doctrina jurisprudencial de España ha señalado:

*Suscita ciertamente el Ministerio Fiscal la cuestión de si, cuando las presuntas violaciones de los derechos fundamentales son debidas, como el presente caso, aun particular, cabe recurso de amparo para su protección. Entiende esta sala que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo el análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión. (Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de junio de 1983).*

De la interpretación de este precepto se entiende que es el juzgador el obligado a estudiar las violaciones a los derechos fundamentales; aun a pesar de que estos hayan sido derivado de actos de particulares, caso contrario la sentencia emitida vulneraría derechos fundamentales.

Por otro lado es menester hacer otro análisis de derecho comparado; lo anterior con base en el anexo 1, toda vez que en el mismo se transcribe el artículo 86 de la Constitución de Colombia el cual regula la acción de tutela; de esta manera Colombia protege al gobernado cuando considere que se afectaba directamente a un

---

<sup>10</sup> Para mayor abundamiento, se puede consultar una breve y rápida obra que se encuentra en la siguiente dirección electrónica: <http://www.monografias.com/trabajos10/tupa/tupa.shtml?relacionados>

interés colectivo o la prestación de un servicio público por parte de un particular en aras de una mayor defensa para el gobernado.

## 9. PUNTO DE PARTIDA: EL ILÍCITO CONSTITUCIONAL

Finalmente, se debe atender la existencia de un *ilícito constitucional*, concepto que oportunamente ha sido manejado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual señala: *"Los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los gobernados, toda vez que tanto unos como otros pueden ser sujetos activos en la comisión del ilícito constitucional con total independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente"*.<sup>11</sup>

De esta manera da pauta a la posibilidad de ser órganos del Estado como particulares los sujetos que puedan realizar las violaciones a la constitución, confirmando la tendencia la defensa y tutela de las garantías individuales de los gobernados.

## 10. CONCLUSIÓN

La constante desigualdad social que existe en nuestro país hace necesario que se ventilen instrumentos para obtener una mayor protección de los gobernados y de las clases marginadas.

Entre los particulares también existen relaciones desiguales, es por ello que en su actividad diaria realizan violaciones a las garantías individuales; siendo el juicio de amparo indirecto la vía idónea para restituir al quejoso en el goce de dichas garantías.

Aun a pesar de la prohibición de las prácticas monopólicas, grandes empresas que manejan la economía del país imponen sus condiciones a los particulares que tienen relaciones jurídicas con las mismas, con lo cual se llegan a presentar violaciones a sus garantías individuales.

La Procuraduría Federal del Consumidor estudia y analiza conciliatoriamente situaciones entre particulares en situaciones

<sup>11</sup> Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: *Inviolabilidad de las comunicaciones privadas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. 2005. 76 pp.

disímiles, aun a pesar de la existencia de los contratos de adhesión.

Haciendo un estudio de derecho comparado países como Alemania, España y Colombia han aplicado la *acción de tutela*; acción análoga, para proteger de las violaciones individuales cometidas por particulares.

Finalmente mediante el concepto de *ilícito constitucional* la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que particulares y órganos del Estado pueden cometer violaciones a las garantías individuales.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal. 2001 3411 pp.

CHÁVEZ Castillo, Raúl. *Juicio de amparo*. México. Editorial Harla. 1994. P. 75 – 83; 96 – 101.

CASTILLO VALLE, *Ley de Amparo comentada*, Ediciones jurídicas Alma, México, Distrito Federal. 2007 898 pp.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *El juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México 1989. 1077 pp

## LEGISLACIÓN FEDERAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

DVD Y CD: COMPILA XV Legislación Federal y del Distrito Federal; IUS 2008. Poder Judicial de la Federación.

## ANEXO 1

### Constitución de Colombia

ARTICULO 86. *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales*

*fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.*



# El Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca: un código garantista

Carlos Morales Sánchez\*

*Voy a crear un país donde el amor será rey  
donde el amor será ley:  
donde tú reinarás.*

*De “Ne me quitte pas”  
Jacques Brel*

## 1. GENERALIDADES

El 18 de junio de 2008 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional que con una *vacatio legis* de hasta ocho años instaurará en el ámbito federal el procedimiento acusatorio adversarial conocido comúnmente como de los juicios orales. Cambiaron los paradigmas: el proceso penal ya no tendrá como objeto la búsqueda de la elusiva verdad histórica: ahora sólo tendrá como finalidad esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. La reforma constitucional tiene como finalidad desterrar el sistema inquisitorial que rige desde los años treinta del siglo pasado y que a lo largo de su vigencia ha probado su ineficiencia e ineficacia. Es incuestionable que el proceso inquisitorial ya dio todo de sí. México es el único país de América Latina que mantiene el viejo proceso basado en la escrituralidad.

Dice Gerardo Laveaga que:

---

\*Defensor Público Federal.

“Hablo con jueces de Alemania; con abogados litigantes de Costa Rica; con personal de la administración pública de Inglaterra; con policías de Francia; con fiscales de Canadá... Nadie debate ya si el juicio oral es conveniente o no; prácticamente todos los países desarrollados –y muchos no lo son– lo han instrumentado y están disfrutando sus ventajas. Como mexicano, en más de una ocasión me he sentido avergonzado de contar con un sistema jurídico tan atrasado. ¿Quién tiene tanto miedo a la transparencia? ¿Por qué hemos cedido ante los intereses de algunos grupos cuyos argumentos son tan pobres como los de aquellos hombres de negocios que discutían los peligros que implicaba abolir la esclavitud en el siglo XIX?”<sup>1</sup>

El nuevo procedimiento penal se avizora en el horizonte jurídico. En contra se han alzado infinidad de voces. Muchas críticas, algunas sin fundamento, se han enderezado en contra de la nueva manera de juzgar. Para tener mayores elementos de juicio sobre el procedimiento acusatorio adversarial es necesario conocer las experiencias estatales: la experiencia oaxaqueña puede ser de utilidad.

Oaxaca fue el primer estado que instauró legislativamente el procedimiento acusatorio adversarial. Posteriormente Chihuahua y Nuevo León, siguieron el camino trazado en Oaxaca.

El Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca fue publicado en el Periódico Oficial del Estado el sábado nueve de septiembre de 2006. Este código que tendrá vigencia de manera sucesiva en las siete regiones del Estado empezó a aplicarse el nueve de septiembre de 2007 en el Istmo y desde el nueve de septiembre de 2008 se aplica en la Mixteca.

El procedimiento acusatorio adversarial instaurado en Oaxaca, según el artículo 1º de la codificación estatal, tiene como objeto establecer la verdad procesal, garantizar la justicia en la aplicación

---

<sup>1</sup> Laveaga, Gerardo, *El derecho Penal a Juicio, Diccionario crítico*, México, Inacipe y Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2008, p. 316.

del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas, en un marco de respecto irrestricto a los derechos de las personas reconocidos en las Constituciones Federal y Local, en los tratados internacionales ratificados por el Senado de la República y en las leyes.

## 2. BREVE DESCRIPCIÓN DEL PROCESO INQUISITORIAL

Dentro de cientos de años cuando los antropólogos estudien la historia jurídica de esta época de México, descubrirán que gran parte del sistema de procesamiento basado en la escrituralidad que rige aún en el ámbito federal y en la mayoría de las entidades federativas en materias del fuero común fue erigida sobre una perspectiva autoritaria y opaca<sup>2</sup>. Descubrirán que este tipo de procesamiento nulificó de manera estructural la presunción de inocencia, restringió el derecho de defensa e hizo nula la participación de la víctima.

Descubrirán los arqueólogos del porvenir que el proceso penal escrito estuvo edificado sobre los escombros de la dignidad del procesado al establecer como regla inexorable (con la excepción de los delitos con pena alternativa y el paliativo de la libertad provisional bajo caución) la severa carga de la prisión preventiva. Ahí, aprisionado en el edificio penitenciario, se le pidió al ciudadano que probara contra la prueba que el Ministerio Público con todos los recursos a su alcance había recabado a sus espaldas. Tarea casi imposible porque las consecuencias de su apriorística calidad de convicto eran (son) la pérdida del trabajo, de la capacidad económica, el desamparo de la familia.

Los arqueólogos descubrirán además, que la víctima, la gran olvidada en el proceso penal, no tuvo el derecho de hablar por sí

---

<sup>2</sup> Generalmente, el agente del Ministerio Público integraba la averiguación previa a espaldas del acusado. Durante mucho tiempo, la situación era más grave todavía: el inculpado no contaba con el derecho a la defensa en averiguación previa y toda la estructura de una sentencia condenatoria estaba basada en las actuaciones de la averiguación previa. En materia federal, el panorama cambió en 1998 cuando fue reformada la Ley Federal de Defensoría Pública que designó defensores públicos federales en averiguación previa.



misma: tuvo que utilizar un nuncio que en muchas ocasiones, no fue sensible a sus requerimientos<sup>3</sup>.

Apreciarán casos en los que el Ministerio Público sin autonomía técnica ni financiera, sometido al titular de unos de los poderes<sup>4</sup>, desde la opacidad permitida por la naturaleza de su función, construyó por encargo averiguaciones previas para neutralizar al enemigo, al opositor o para reprimir al inconforme<sup>5</sup>. Descubrirán que la igualdad de las partes sólo existió en la norma jurídica pero no en la realidad: el Ministerio Público tuvo, y la defensa no, una estructura organizativa inmensa, recursos materiales y humanos, servicios periciales y policía.

Descubrirán los investigadores futuros que, en el pasado que es hoy, nadie juzgó a los jueces. Avizorarán, además, que muchas sentencias estaban sustentadas en la extensa e innecesaria transcripción de constancias, en la repetición constante de fórmulas, en la valoración mecanizada de las pruebas tasadas. Que los expedientes se integraban al igual que en la Edad Media: se unían las constancias con hilo mediante una aguja.

Advertirán que algunos juzgadores desdeñaron la aplicación, en sus resoluciones, de normas del derecho internacional de los derechos humanos, porque fueron partidarios del dogma de la supremacía del derecho interno sobre el externo.

Descubrirán que la senda de la defensa estuvo obstaculizada por las piedras que la jurisprudencia puso en el camino, advertirán

---

<sup>3</sup> El artículo 133 del Código de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, promulgado por el general Elíseo Jiménez Ruiz, establece los escasos derechos que la víctima tuvo (tiene) en el proceso penal escrito.

<sup>4</sup> En Oaxaca, corresponde al gobernador del Estado nombrar al procurador general de Justicia, sometiendo su designación a la ratificación de la Legislatura y removerlo libremente. (Artículo 79, fracción X, de la Constitución Estatal).

<sup>5</sup> Katia Salazar Luzula en su artículo "El acceso a la justicia de los pueblos indígenas en Oaxaca: retos y posibilidades" sostiene que: "uno de los problemas más graves en la protección de los derechos humanos de las poblaciones indígenas no sólo en Oaxaca sino en toda la región, es la tendencia a utilizar las leyes y el sistema judicial para castigar y criminalizar las actividades de protesta social y las reivindicaciones de las organizaciones y movimientos de indígenas en defensa de sus derechos. Según algunos informes, estas tendencias adoptan dos formas: la aplicación de leyes de emergencia y el procesamiento de manifestantes como autores de delitos comunes para reprimir las protestas sociales." [http://www.dplf.org/index.php?c\\_ID=156](http://www.dplf.org/index.php?c_ID=156).

en ese pasado –que es hoy– que algunos criterios jurisprudenciales al tasar algunas pruebas anulaban algunas de las garantías constitucionales establecidas a favor del inculpado<sup>6</sup>:

Advertirán, por ejemplo, que las tesis relativas a la confesión calificada divisible nulificaron absolutamente el derecho a la presunción de inocencia; que aquellas que establecieron que las primeras declaraciones tienen valor preponderante sobre las iniciales hicieron nugatoria la garantía de la declaración preparatoria porque permitieron, en este aspecto, el sometimiento de la potestad del juez a la del Ministerio Público al otorgar indefectiblemente mayor valor a la declaración rendida en sede ministerial sobre la que se emite ante la autoridad judicial; descubrirán que las autoridades judiciales del procedimiento escrito (al darle mayor valor a las primeras declaraciones) mal entendieron el principio de inmediatez, que según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos significa que debe tener mayor credibilidad la declaración rendida en sede judicial, es decir, cuando el detenido comparece directamente ante el juez y tiene contacto inmediato con él.<sup>7</sup>

Descubrirán los antropólogos de los años que vendrán que en muchas ocasiones, con anterioridad a la reforma del sistema de defensa que tuvo lugar en 1998, el defensor de oficio desempeñó el papel de actor secundario en la tragedia del proceso penal, su papel consistió en hacer como que defendía. En ejercicio de ese papel aceptó, en muchas ocasiones, que lo tuvieran por presente en las audiencias sin haber estado; en otras convalidó con su presencia

---

<sup>6</sup> Es oportuno indicar que a partir de la Novena Época los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación están cambiando y tienden hacia el garantismo, como bien lo señalan Roberto Lara, Raúl Mejía y Francisca Pou: “En cualquier caso, de nuevo, es necesario subrayar que empiezan a emerger nuevos criterios que refrescan el árido panorama que, en el punto específico de los derechos del detenido, los autores denuncian. Por ejemplo: un criterio como el sentado en el amparo directo en revisión 1236/2004, según el cual el detenido en flagrancia, si así lo solicita a la autoridad ministerial, puede entrevistarse en privado con el defensor de oficio o persona de confianza, antes de rendir su declaración ministerial inicial, no puede sino interpretarse como un cambio claro de tendencia fundamentando en el garantismo penal.” En “¿De verdad deseamos una Corte redentora?” publicado en *Corte, Jueces y Política*, compilado por Vásquez, Rodolfo, Editorial Fontamara y Nexos, México, 2007, p. 146.

<sup>7</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México (24 de septiembre de 1988).

una actuación ministerial o judicial indebida y en otras más asistió pero no estuvo: se reservó su derecho para ejercerlo en una mejor oportunidad que no llegó.

Descubrirán los arqueólogos que el proceso penal sólo fue de utilidad para sancionar a un porcentaje mínimo de delincuentes<sup>8</sup>, que no cauterizó el tejido social, que la víctima no fue resarcida en el daño causado.

Ante este panorama que será revisado en el futuro, al analizar en los terrenos del presente el Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, quienes ejercemos cotidianamente el derecho a la defensa debemos congratularnos al saber que el nuevo ordenamiento procesal constituye un intento por modificar el anterior estado de cosas.

### 3. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL OAXAQUEÑO, SU INSPIRACIÓN GARANTISTA

El nuevo código procesal oaxaqueño constituye un auténtico *mea culpa*. Constituye el reconocimiento de que muchas cosas del procedimiento penal escrito están estructuralmente mal. El nuevo código que instaaura el sistema acusatorio adversarial se ha inspirado en el Garantismo.

Conviene tener presente que las críticas más recurrentes a la nueva manera de juzgar son: a) que se copia el sistema procesal de Estados Unidos y, b) que en los juicios orales va a ganar quien mejor cultive la oratoria<sup>9</sup>. Hay incluso voces que critican el sistema de la libre valoración de la prueba porque dicen otorga al juez la posibilidad de valorar las pruebas sin reglas tasadas, pero aún no he tenido oportunidad de escuchar que alguien manifieste su desacuerdo con los siguientes aspectos que están contemplados en el nuevo código procesal penal oaxaqueño.

<sup>8</sup> Según la Encuesta a nivel nacional del ICESI, “del total de víctimas en 2004 solo el 23% acudió al Ministerio Público. Es decir, tenemos actualmente un promedio de 77% de delitos que no se denuncian, mientras que el promedio de delitos no denunciados en América Latina es del 63%, lo que nos muestra un atraso significativo en la materia, aunado a que en México durante el 2003 el promedio fue de 75%”. Dato tomado de la página web: <http://www.coparmex.org.mx/upload/comisionesDocs/Posicionamiento%20Seguridad%20P%C3%BAblica%202006.doc>

<sup>9</sup> Véase por ejemplo el artículo periodístico “El Juicio Oral” de Rafael Ruiz Harrel publicado el 2 de julio de 2007 en el diario *Reforma*.

- a) El reconocimiento del principio *pro homine* (artículo 4).
  - b) El reconocimiento efectivo del principio de presunción de inocencia que se traduce en dos aspectos, el deber del estado de probar la existencia del delito y que la prisión preventiva deja de ser una regla de aplicación inexorable (artículos 5 y 170).
  - c) El reconocimiento expreso de los tratados internacionales y la posibilidad de su aplicación en el derecho interno (artículo 2).
  - d) La prohibición de las pruebas ilícitas, es decir, la aceptación de la teoría de los frutos del árbol envenenado (artículo 21),
  - e) La posibilidad de que el sentenciado o sujeto de proceso sea indemnizado (artículo 72), y
  - f) Los modos simplificados de terminación del proceso.
- Veamos brevemente en qué consisten cada uno de ellos:

#### A) EL PRINCIPIO PRO HOMINE

Tiene su génesis en la más avanzada doctrina del derecho internacional de los derechos humanos. En su sentido más amplio proclama que la norma jurídica sólo sirve si sirve al hombre<sup>10</sup>. Es incuestionable que algunos códigos penales y procesales de América Latina sirvieron para sostener la estructura dominante, para reprimir al adversario, para someter al disidente, pero el nuevo código procesal penal oaxaqueño, en seguimiento del principio *pro homine*, va en dirección contraria al autoritarismo y ordena que las normas deberán interpretarse restrictivamente cuando coarten o restrinjan, incluso cautelarmente, la libertad personal, limiten el ejercicio de un derecho conferido a los sujetos de proceso, establezcan sanciones procesales o exclusiones probatorias. Además, prohíbe la interpretación extensiva, como la analogía y la mayoría de ra-

<sup>10</sup> La jurisprudencia de los órganos del Poder Judicial de la Federación ha sostenido algunos criterios con relación a este principio, cito por ser ilustrativa el siguiente: "PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN. El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio." CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

zón, mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen. (Artículo 4) Así, se pretende que la norma sea útil al hombre.

#### B) LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Apenas el 15 de agosto de 2002 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 1293/2000 promovido por Raúl Salinas de Gortari derivado de un proceso que se le siguió por el delito de enriquecimiento ilícito, determinó que el principio de presunción de inocencia se encuentra implícito en diversas normas constitucionales. Con anterioridad a esa fecha no había tratamiento jurisprudencial que explicara la naturaleza y fundamento del principio. Invocado como principio de derecho penal fue escasamente aplicado, prueba de ello es que hasta 1984 el artículo 9º del Código Penal Federal establecía la presunción de intencionalidad que es la antípoda de la presunción de inocencia.<sup>11</sup>

Pero ahora, el artículo 5º del nuevo código procesal oaxaqueño establece sin regateos este principio que consiste en que el procesado no estará obligado a probar su inocencia porque es al Estado al que corresponde demostrar la existencia del delito y de quién lo cometió. Ya no cabe ahora la posibilidad de considerar como se hace comúnmente en el sistema escrito<sup>12</sup> que algún elemento del

---

<sup>11</sup> Esta norma fue derogada en la reforma penal de 1984. La interpretación de este artículo generó criterios violatorios del principio de presunción de inocencia, cito un ejemplo: "INTENCIONALIDAD, PRESUNCIÓN DE. La ley establece una presunción de intencionalidad en los delitos, y si el sujeto actúa voluntariamente en un terreno de ilicitud, el resultado que se produzca es reprochable a título de dolo, pues independientemente de la presunción legal, debe entenderse que la ley reprocha duramente a quien actuando en un terreno de antijuricidad produce un daño." Amparo directo 785/69. Jesús Ortiz Quintín. 4 de agosto de 1969. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebollo F.

<sup>12</sup> Un ejemplo de lo anterior, es que muchas autoridades judiciales tratándose de delitos contra la salud y de portación de armas de fuego consideran que el elemento normativo del tipo se acredita ante la falta de pruebas. Incluso sostienen que se acredita por exclusión. Cito como ejemplo el "Modelo Sugerible para Estructurar un Auto de Formal Prisión y sus Comentarios" en el que se aprecia claramente lo anterior: "c) El tercero de los componentes del tipo penal a examen, es decir "que la portación del arma se lleve a cabo sin tener la licencia correspondiente" debe darse por actualizado por exclusión, al no haber aducido el inculpaado contar con la referida licencia y, lógicamente, mucho menos haber aportado prueba en tal sentido." Ibarra, Fernández Pablo Antonio, *Guía para la Estructuración de Algunas Resoluciones Penales*, México, D.F. Consejo de la Judicatura Federal, 2002, p. c-25.

tipo se considere probado en ausencia de pruebas que demuestren lo contrario, por defecto o por exclusión.

Esta parte del principio ya estaba reconocida en algunos de los códigos procesales del país. Pero el nuevo código procesal oaxaqueño va mucho más allá: la presunción de inocencia es llevada al extremo al eliminar como regla general la prisión preventiva<sup>13</sup>. Bajo el sistema penal escrito todas las personas procesadas (con excepción de los que son juzgados con pena alternativa) deberían (deben) enfrentar el proceso penal desde la cárcel (esta circunstancia se atenúa por los delitos que permiten la libertad provisional bajo caución). Enfrentar el proceso en la cárcel cuando no se ha demostrado plenamente la culpabilidad es una injusticia: se impone una pena cierta a una persona cuya responsabilidad es incierta. El Código nuevo plantea otra perspectiva: para que una persona sea apresionada preventivamente el Ministerio Público debe demostrar además de los requisitos de fondo, el cuerpo del delito, la probable responsabilidad y que el delito tenga pena corporal, lo siguiente: a) que el imputado podría darse a la fuga, b) que obstaculizaría la averiguación de la verdad o c) que su conducta represente un riesgo para la víctima o para la sociedad (artículo 170)<sup>14</sup>.

#### C) LA APLICACIÓN DIRECTA DE TRATADOS INTERNACIONALES

El artículo 2º del Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca establece la posibilidad de aplicar de manera directa los tratados internacionales. Aun cuando el artículo 133 de la norma fundamental establece que los tratados internacionales son la ley suprema del país, los juzgadores han desdeñado la aplicación de los instrumentos internacionales. En un destello de garantismo, en el nuevo código se

<sup>13</sup> Es conveniente precisar que la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, estableció en el artículo 19, un catálogo de delitos graves (delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas o explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud) en los que la prisión preventiva se aplicará automáticamente por lo que el código procesal oaxaqueño deberá reformarse y adaptarse a la norma constitucional en contra de la vocación garantista de la legislación estatal.

<sup>14</sup> Es incuestionable que la norma procesal tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Suárez Rosero vs. Ecuador.

establece la posibilidad de aplicar de manera directa los tratados internacionales. Los defensores podrán invocar y solicitar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que establecen mayores derechos a los ciudadanos que muchas normas internas.

#### **D) LA PROHIBICIÓN DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS**

Pudiera pensarse que en este aspecto el código no es innovador porque la mayoría de los ordenamientos procesales establecen normas con el mismo contenido. No es así. La virtud del código procesal nuevo es que no deja lugar a dudas sobre la prohibición. En muchos casos de proceso escrito, los jueces admitieron pruebas ilícitas amparados en la idea de la búsqueda de la verdad material y en el mal entendido sistema de la libre valoración de las pruebas. No se tomó en cuenta que la búsqueda de la verdad debería hacerse dentro de las reglas establecidas en la ley y que la ilicitud de la prueba no es una cuestión de apreciación sino un requisito ineludible para poder efectuar esa valoración. Así, se justificó la admisión de pruebas bajo tortura si había corroboración por otros medios. Los criterios jurisprudenciales citados al pie no mienten.<sup>15</sup> Actualmente, algunos jueces sostienen de manera incorrecta que las inspeccio-

<sup>15</sup> “CONFESIÓN. DETENCIÓN ARBITRARIA. No estando probada la existencia de coacción alguna, la sola detención arbitraria no es suficiente para estimar que la confesión rendida ante el Ministerio Público y la autoridad judicial lo fue bajo un estado psicológico anormal producido por violencia, ya sea de orden físico o moral. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.- Amparo directo 234/93. Mario Nava Guevara. 15 de octubre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Raya Arredondo. Secretario: Víctor Hugo Enríquez Pogán.” “CONFESIÓN OBTENIDA POR COACCION FÍSICA, VALOR PROBATORIO DE LA. Aun cuando quede demostrado que las confesiones vertidas ante los elementos del ejército mexicano fueron obtenidas mediante coacción física, tales confesiones no carecen de eficacia probatoria si se encuentran corroboradas por otros datos que las hacen verosímiles. TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO. Amparo directo 486/88. Feliciano Osorio González. 28 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Agustín Romero Montalvo. Secretaria: Araceli Cuéllar Mancera. Amparo directo 487/88. Edmundo Guzmán Flores. 28 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Agustín Romero Montalvo. Secretaria: Araceli Cuéllar Mancera.” “CONFESIÓN ANTE LA POLICÍA JUDICIAL. La policía judicial es autoridad competente para recibir la confesión original del inculpado. No se infringe la fracción II del artículo 20 constitucional, que establece que el acusado no podrá ser compelido a declarar en su contra, de no demostrarse que la confesión se hubiese obtenido mediante la violencia; sin que la sola detención arbitraria y prolongada del reo sea suficiente para nulificar la confesión inmediata

nes y cateos practicados contraviniendo disposiciones legales tienen valor indiciario. La incorrección estriba en que las pruebas recabadas contra la ley no deben siquiera ser admitidas.

Fue recientemente, en las sesiones relativas a la resolución del procedimiento de investigación de violación a garantías individuales de la periodista Lydia María Cacho Ribeiro, que la Suprema Corte determinó de manera incontrovertible que las pruebas recabadas ilícitamente no tienen valor. El código procesal oaxaqueño nuevo acorde al ritmo de los tiempos establece en el artículo 21 de manera categórica la prohibición de las pruebas ilícitas: “no tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida a partir de información originada en un procedimiento o medio lícito.”

#### **E) LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES**

Es necesario decir que en México no existe la cultura de demandar civilmente a los jueces por el daño causado en sus actuaciones. Dudo mucho que en este momento exista algún juez que haya sido condenado a indemnizar a un ciudadano a quien juzgó mal. Las sanciones más fuertes se dan en el plano de las responsabilidades administrativas pero éstas son nimias: amonestación, apercibimiento, suspensión, sólo en casos extremos la destitución o la no ratificación en el cargo. Pero nadie (o casi nadie) demanda el pago de daños al juez que dictó un auto de formal prisión o una sentencia de manera indebida. El daño causado que se tradujo en costosas pérdidas para el ciudadano no es reparado. El Código Procesal Penal oaxaqueño, en el artículo 25 establece la posibilidad de demandar a la autoridad judicial por error judicial. Esto impulsará a los jueces a ser más cuidadosos en sus actuaciones porque la amenaza de la indemnización como medio de control estará siempre latente.

---

libre de coacción. Amparo directo 7532/80. Daniel Tiler Murillo. 5 de abril de 1983. Mayoría de cuatro votos. Disidente y Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.” “CONFESIÓN ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO, VALOR DE LA. El hecho de que un policía se hubiese llevado al inculcado a la institución ofendida a la fuerza, no implica que ante el agente del Ministerio Público confesase bajo coacción, ni que se obligara a firmar una declaración que no rindió. Amparo directo 2224/59. Joel González Núñez. 19 de julio de 1961. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.”



#### F) LOS MODOS SIMPLIFICADOS DE TERMINACIÓN DE PROCESO

El procedimiento tradicional concluye necesariamente con una sentencia. No existe la posibilidad de salidas alternas porque la sentencia es necesariamente el punto final. El nuevo código oaxaqueño se aparta de lo anterior al contemplar salidas alternas utilizadas desde antaño en otros países: la conciliación, los criterios de oportunidad y la suspensión del proceso a prueba. También establece la posibilidad del procedimiento abreviado lo que permitirá que no todos los casos lleguen a la audiencia de debate lo que evita la saturación del sistema.

### 4. EL INDÍGENA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL

Es pertinente indicar que el indígena siempre ha estado en una situación desventajosa frente al derecho penal occidentalizado<sup>16</sup>. 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.

Además, ha existido renuencia de los legisladores de incorporar a los códigos sustantivos la causa de exclusión de delito por diversidad cultural y el error culturalmente condicionado. Este último previsto en el artículo 15 del Código Penal de Perú<sup>17</sup>.

Por ello, es encomiable que el nuevo Código (usurpando la regulación de una materia del derecho penal sustantivo) establezca el artículo 414, la figura de la extinción de la acción penal por juzgamiento de autoridades comunitarias<sup>18</sup>. Esta in-

<sup>16</sup> Esta situación empieza a cambiar: el cinco de noviembre de 2008, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo directo en revisión 1624/2008 promovido por el autor de este texto como defensor del indígena chatino Jorge Santiago Santiago. En la ejecutoria que concedió el amparo al quejoso se indicó cómo opera la autoadscripción y se estableció que corresponde a las autoridades judiciales el deber de investigar la especificidad cultural del indígena.

<sup>17</sup> El artículo 15 del Código Penal del Perú establece: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena."

<sup>18</sup> A pesar de lo acertado de la inclusión contiene una deficiencia: no se establece claramente cuál es el procedimiento que deberá seguirse para obtener la extinción de la acción penal.

clusión constituye un avance muy importante en la lucha por el pluralismo jurídico establecido en el artículo 2º de la Constitución Federal.

La figura de la extinción de la acción penal procede cuando un asunto que involucra a partes indígenas ha sido resuelto ya por autoridades tradicionales conforme a las normas de la comunidad. Entonces se acude al juez de garantías para que declare que se ha extinguido la acción penal.

Con la inclusión de esta figura procesal ya no será jurídicamente posible poner en conocimiento de las autoridades de derecho positivo un asunto que ha sido resuelto por las autoridades tradicionales. Porque sucede generalmente que algún indígena comete un delito en su comunidad y las autoridades tradicionales en ejercicio de sus sistemas normativos lo castigan o le imponen una medida resarcitoria.

Posteriormente, por sugerencia de abogados o por el interés de obtener mayores beneficios, la víctima acude a denunciar ante el agente del Ministerio Público que inicia la averiguación previa. Ello ocasiona, aparte del menosprecio a la jurisdicción indígena, una violación al principio de *non bis in idem* porque el inculpado es juzgado dos veces por el mismo delito. Para muchos agentes del Ministerio Público la determinación de las autoridades tradicionales no tiene valor al no estar fundado en el derecho positivo. Todo ello ocasionaba que el indígena debía comparecer, en muchos casos privado de la libertad, ante la jurisdicción occidentalizada para ser juzgado de nuevo.

No obstante que el Código presenta aspectos benéficos, es necesario indicar que respecto de los indígenas las innovaciones se quedaron *cortas*, porque se reglamentó de manera incompleta la designación del defensor con conocimiento de lengua y cultura.

El artículo 7º, del código procesal nuevo, establece que cuando se impute la comisión de un delito a miembros de pueblos o comunidades indígenas se procurará que el defensor tenga conocimiento de su lengua y cultura.

Este artículo procesal es contrario al mandato establecido en el artículo 2º constitucional que establece el derecho del indígena a tener en cualquier tiempo defensor que conozca su lengua y cultura. La contravención a la norma constitucional en la norma reglamentaria se palpa en el término *procurará*. El término procurar, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, significa hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa. El término procurar contiene un mandato potestativo que colisiona con el mandato imperativo “en cualquier tiempo” es decir “siempre” del artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Conviene indicar que a la fecha de elaboración de este texto (marzo de 2009) la Procuraduría para la Defensa del Indígena, órgano encargado de proporcionar los servicios de defensa pública en el Estado de Oaxaca, no ha designado en los juzgados de las regiones del Istmo y de la Mixteca (lugares donde ya tiene aplicación el código nuevo), defensores públicos con conocimiento de la lengua y cultura de los pueblos indígenas de la región. Los indígenas procesados pueden promover juicio de amparo porque la no designación del defensor con conocimiento de lengua y cultura viola el mandato constitucional a tener un defensor con estas cualidades. Es pertinente indicar que el indígena procesado tiene el derecho a tener un defensor con conocimiento de lengua y cultura incluso si tiene defensor particular porque así se desprende de la redacción constitucional.

Por otra parte, el artículo 27 del código nuevo establece que los actos procesales deberán realizarse en español. Y en la parte final se establece que: “los documentos y las grabaciones en una lengua distinta del español deberán ser traducidas”; sin embargo, no establece quién efectuará la traducción. Deja entrever la redacción, al no asignar específicamente tal deber al Estado, que quien debe proveer la traducción es el inculpado. Y no es así. El derecho del indígena está establecido en el sentido de que puede expresarse en su lengua, esto trae el deber correlativo del juez de proveer la

traducción. Así se desprende de los artículos 9 y 10 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas<sup>19</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Hace algunos años Sergio García Ramírez se refería así a la situación del penitenciarismo mexicano y hacía notar el divorcio entre las bondades de las leyes penitenciarias y su escasa aplicación:

Nos hemos esmerado en la tarea legislativa. Hemos puesto en ella –tan vistosa– todo el ingenio y toda la ilusión... una vez expedidas, podremos descansar: ahí terminó la función: no importa que no existan los penitenciaristas llamados a aplicarlas, ni que en las prisiones se haga cualquier cosa menos cumplirlas. Es más cómodo así: hacer leyes es problema de ocurrencias y oportunidad, pero hacer penitenciaristas es un problema de trabajo, paciencia y constancia: labor sin interrupción no contradicción. Para lo primero puede bastar un periodo de sesiones y un puñado de sufragios, para lo segundo se necesita una generación.<sup>20</sup>

Es necesario parafrasear a don Sergio: para crear el nuevo código procesal oaxaqueño bastó un período de sesiones y la recopilación de los criterios más avanzados generados en la doctrina de los derechos humanos; para crear verdaderos operadores (jueces, defensores, fiscales) de las normas establecidas en el código se requerirá formar una generación.

---

<sup>19</sup> El texto de las normas son: “ARTÍCULO 9. Es derecho de todo mexicano comunicarse en la lengua de la que sea hablante, sin restricciones en el ámbito público o privado, en forma oral o escrita, en todas sus actividades sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas y cualesquiera otras.” Y “ARTÍCULO 10. El Estado garantizará el derecho de los pueblos y comunidades indígenas el acceso a la jurisdicción del Estado en la lengua indígena nacional de que sean hablantes. 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 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Las autoridades federales responsables de la procuración y administración de justicia, incluyendo las agrarias y laborales, proveerán lo necesario a efecto de que en los juicios que realicen, los indígenas sean asistidos gratuitamente, en todo tiempo, por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua indígena y cultura.”

<sup>20</sup> García Ramírez Sergio, *Temas de Derecho*, editado por la UNAM, UAEM y Seminario de Cultura Mexicana, Primera edición, México 2002, p. 325.

Los derechos del código procesal pueden –si no se ejercitan– convertirse en poesía jurídica. No debemos construir con las bondades del código el monumento al gatopardismo: cambiamos todo el proceso para que todo siga igual.

En el ámbito federal, el cambio se aproxima, es necesario enfrentarlo sin atavismos jurídicos y recorrer el nuevo camino sin las piedras del pasado: no debemos llevar vino nuevo a los viejos odres. Aun cuando la *vacatio legis* es amplia, no debemos esperar a que el destino nos alcance. Es necesario empezar a aprender las nuevas técnicas de litigación (que incluye conocer las reglas de la elaboración de la teoría del caso, las técnicas del interrogatorio y contrainterrogatorio), debemos utilizar las herramientas informáticas y las leyes de acceso a la información. En el nuevo proceso, el defensor deberá ser investigador y criminalista, es necesario empezar a acercarse a esas materias.

La experiencia oaxaqueña puede ser nuestra escuela, al fin y al cabo nos llevan casi dos años de ventaja.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México (24 de septiembre de 1988).
2. García Ramírez Sergio, *Temas de Derecho*, editado por la UNAM, UAEM y Seminario de Cultura Mexicana, Primera edición, México 2002,
3. Ibarra, Fernández Pablo Antonio, *Guía para la Estructuración de Algunas Resoluciones Penales*, México, D.F. Consejo de la Judicatura Federal, 2002.
4. Laveaga, Gerardo y otros. *El derecho Penal a Juicio, Diccionario crítico*, México, INACIPE y Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2008.
5. Vásquez, Rodolfo, (compilador) *Corte, Jueces y Política*, Editorial Fontamara y Nexos, México 2007.

## PÁGINAS WEB

[http://www.dplf.org/index.php?c\\_ID=156.](http://www.dplf.org/index.php?c_ID=156)

<http://www.coparmex.org.mx/upload/comisionesDocs/Posicionamiento%20Seguridad%20P%C3%BAblica%202006.doc>

## FUENTES HEMEROGRÁFICAS

Diario *Reforma*, 2 de julio de 2007.



## La fracción IV, del artículo 29 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública (materia derivada de causas penales federales)

*Antonio Negrete Martínez\**

Es importante analizar las reformas que ha sufrido el artículo 29 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, para comprender las razones, causas y circunstancias que justifican el hecho de que los Asesores Jurídicos Federales tengan competencia para otorgar el patrocinio legal en asuntos de naturaleza penal federal.

En su texto original las 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, establecían en su artículo 29 lo siguiente:

“Artículo 29.- El servicio de asesoría jurídica del fuero federal debe prestarse en las materias que a continuación se señalan:

I.- Materia Administrativa;

a) Asuntos previstos por el artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

b) Asuntos en los que sea procedente la interposición de recursos que prevean las leyes, a efecto de combatir actos de autoridad que emitan dependencias federales y entidades de la Administración Pública Federal.

II. Materia Fiscal;

---

\*Secretario Técnico de la Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio.



a) Asuntos de carácter federal que puedan ser planteados mediante juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

b) Asuntos en los que sea procedente la interposición del juicio de amparo ante los Tribunales Colegiados de Circuito, contra sentencias anulatorias emitidas por el Tribunal Fiscal de la Federación.

### III. Materia civil;

a) Asuntos previstos en las fracciones I, II, III, IV, V, VI y VII del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

b) Asuntos contemplados en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en la inteligencia que en esta materia se excluyen aquellos casos que provengan del fuero común, en los que el solicitante cuente con la asesoría o asistencia jurídica de la institución de defensoría correspondiente a dicho fuero, o que por razón del mismo, debe acudir en requerimiento de sus servicios a esa institución.”

Como podemos recordar, el servicio de asesoría jurídica se empezó a prestar a partir del mes de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, y en acatamiento a lo dispuesto por el precepto legal transcrito, el patrocinio legal se otorgaba únicamente en las materias administrativa, fiscal y civil del fuero federal; sin embargo, la diversidad de los problemas que planteaban los solicitantes del servicio hicieron patente la necesidad de ampliar el campo de acción de los asesores jurídicos, sobre todo porque se presentaron asuntos en materia penal federal en donde terceros extraños o ajenos a la averiguación previa o proceso penal, resultaban afectados en su patrimonio y no contaban con una institución que los auxiliara, de tal suerte que si acudían con el defensor público no podían ser atendidos porque éste patrocina al inculpado, y si por el contrario solicitaban el apoyo del Ministerio Público, tampoco lo recibían debido a que la representación social se encarga de velar por los intereses del ofendido.

Esta situación prevaleció hasta el mes de febrero de 2002, ya que el día 19 de ese mes se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas y adiciones a las Bases Generales de

Organización y Funcionamiento del propio Instituto, que entraron en vigor el 1° de abril siguiente.

Con motivo de estas reformas, se adicionó la fracción IV al artículo 29 de las Bases, en los siguientes términos:

“Artículo 29.-

IV. Materia derivada de causas penales federales;

a) Asuntos en los que sea procedente la reparación del daño a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios.

b) Asuntos en los que sea procedente la devolución de bienes u objetos a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios.

Sólo procede este servicio cuando el procesado no sea patrocinado por un defensor público federal.”

En esta primera reforma y adición que sufrió el precepto legal en comento podemos apreciar claramente la intención de los miembros de la Junta Directiva del Instituto, para que un mayor número de personas se vean beneficiadas con los servicios de asesoría jurídica, ya que por primera vez se incluye la materia derivada de causas penales federales, con lo que se pretende que los terceros extraños o ajenos al procedimiento penal reciban el patrocinio legal por parte de los asesores jurídicos federales.

No obstante lo anterior, la reforma que sufrió el artículo 29 sólo quedó en una buena intención de los miembros de la Junta Directiva, ya que las hipótesis que contemplan los incisos a) y b) de la fracción IV que adicionaron, se refieren a aquellos asuntos en los que sea procedente la reparación del daño o la devolución de bienes, en ambos casos, a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios; sin embargo, no se tomó en consideración el presupuesto que se requiere para otorgar el patrocinio legal, referente a que debe tratarse de asuntos a favor de terceros extraños al procedimiento penal, ya que como se dijo anteriormente, al ofendido o sus beneficiarios los representa el Ministerio Público, en consecuencia, esta reforma resultó letra muerta porque no se otorgó ninguna representación en asuntos derivados de causas penales federales, ya que en estricto cumplimiento a la normatividad que los rige, los

asesores clasificaban el asunto en materia penal y otorgaban el servicio en la modalidad de orientación, ya que por ley corresponde al Ministerio Público representar al ofendido.

Esta situación perduró hasta que se publicaron por segunda ocasión las reformas y adiciones a las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, en el Diario Oficial de la Federación el 13 de septiembre de 2004, que entraron en vigor el 1° de noviembre siguiente.

En esta ocasión, acertadamente se agregó el inciso c) a la fracción IV del artículo 29 para quedar como sigue:

“Artículo 29.-

IV. Materia derivada de causas penales federales;

a) Asuntos en los que sea procedente la reparación del daño a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios.

b) Asuntos en los que sea procedente la devolución de bienes u objetos a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios.

c) Asuntos en los que sea procedente tramitar, ante los órganos investigadores o jurisdiccionales, la devolución de bienes u objetos a favor de terceros.

Sólo procede este servicio, en los dos primeros incisos, cuando el procesado no sea patrocinado por un defensor público federal.”

Es precisamente a partir de que entró en vigor esta adición en que se empieza a otorgar el patrocinio legal en asuntos derivados de causas penales federales.

## **MATERIA DERIVADA DE CAUSAS PENALES FEDERALES**

Lo primero que se debe tomar en cuenta para clasificar un asunto en materia derivada de causas penales federales es la calidad específica del solicitante, por lo tanto como presupuesto para otorgar el patrocinio legal se requiere que se trate de terceros extraños o ajenos al procedimiento penal, que requieran solicitar a su favor la devolución de bienes de su propiedad que se encuentran asegurados en una averiguación previa o proceso penal.

La razón por la cual los terceros ajenos o extraños al procedi-

miento penal solicitan el servicio de asesoría jurídica se debe principalmente al hecho de que resultan afectados por actos del Ministerio Público Federal, quien durante la integración de alguna averiguación previa decreta el aseguramiento de bienes muebles o inmuebles de su propiedad, situación que se complica en los casos en que se ejercita acción penal y se ponen a disposición del Órgano Jurisdiccional, el cual determina que continúe el aseguramiento, ya que durante todo este tiempo se les impide disponer de sus propiedades porque tienen que esperar hasta que se dicte sentencia definitiva, para que si el juzgador determina que dichos bienes no pueden ser considerados como instrumento, objeto o producto del delito, ordene su devolución a quien acredite su propiedad.

Antes de solicitar la devolución de bienes a favor de terceros es importante constatar que efectivamente se trata de personas que sin tener ninguna participación en la comisión de un ilícito resultaron afectadas en sus propiedades, porque sólo de esta manera se tendrán los elementos necesarios para demostrar que los bienes de ninguna manera estuvieron destinados para la ejecución o consumación del delito de que se trate.

Por lo anterior, es importante tener presente el artículo 40 del Código Penal Federal, que en lo relativo establece:

**“ARTÍCULO 40.-** Los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él, se decomisarán si son de uso prohibido. Si son de uso lícito, se decomisarán cuando el delito sea intencional. Si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando el tercero que los tenga en su poder o los haya adquirido bajo cualquier título, esté en alguno de los supuestos a los que se refiere el Artículo 400 de este Código, independientemente de la naturaleza jurídica de dicho tercero propietario o poseedor y de la relación que aquel tenga con el delincuente, en su caso. Las autoridades competentes procederán al inmediato aseguramiento de los bienes que podrían ser materia del decomiso, durante la averiguación o en el proceso. Se actuará en los términos previstos por este párrafo cualquiera que sea la naturaleza de los instrumentos, objetos o productos del delito.

Si los instrumentos o cosas decomisados son sustancias nocivas o peligrosas, se destruirán a juicio de la autoridad que esté conociendo, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales, pero aquélla, cuando lo estime conveniente, podrá determinar su conservación para fines de docencia o investigación. Respecto de los instrumentos del delito, o cosas que sean objeto o producto de él, la autoridad competente determinará su destino, según su utilidad, para beneficio de la procuración e impartición de Justicia, o su inutilización si fuere el caso, de conformidad con las disposiciones aplicables.”

Del mismo modo se debe tener presente lo dispuesto por el numeral 181 del Código Federal de Procedimientos penales, que en lo que interesa señala:

“ARTÍCULO 181.- Los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste, serán asegurados a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan. El Ministerio Público, las policías y los peritos, durante la investigación y en cualquier etapa del proceso penal, deberán seguir las reglas referidas en los artículos 123 Bis a 123 Quintus. La administración de los bienes asegurados se realizará de conformidad con la ley de la materia.

Las autoridades que actúen en auxilio del Ministerio Público pondrán inmediatamente a disposición de éste los bienes a que se refiere el párrafo anterior. El Ministerio Público, al momento de recibir los bienes, resolverá sobre su aseguramiento y sobre la continuidad o no del procedimiento al que se refieren los artículos 123 Bis a 123 Quintus de este Código, bajo su más estricta responsabilidad y conforme a las disposiciones aplicables.”

Una vez que se ha determinado que los bienes cuya devolución se pretende no pueden ser afectados porque no son instrumento, objeto o producto del delito, surge la siguiente interrogante: ¿en qué etapa del procedimiento penal se puede solicitar la devolución de los bienes?, en la averiguación previa o durante el proceso penal.

La solución la encontramos en el artículo 182-N del Código

Federal de Procedimientos Penales, que precisa lo siguiente:

“ARTÍCULO 182-N.- La devolución de bienes asegurados procede en los casos siguientes:

I.- En la averiguación previa, cuando el Ministerio Público resuelva el no ejercicio de la acción penal, la reserva, o se levante el aseguramiento, de conformidad con las disposiciones aplicables, y

II.- Durante el proceso, cuando la autoridad judicial no decreta el decomiso o levante el aseguramiento, de conformidad con las disposiciones aplicables.”

Considero que al solicitar la devolución de bienes asegurados se debe tener especial cuidado en la naturaleza del ilícito que motivó el aseguramiento de los bienes, porque en la actualidad la delincuencia se organiza de tal forma que le permite no sólo cometer ilícitos, sino inclusive celebrar diversos actos jurídicos como contratos de compraventa, arrendamiento, donación, comodato, entre otros, con el propósito de que los bienes producto del delito no les sean asegurados o decomisados.

En este sentido, el asesor jurídico debe tener especial cuidado en su actuación, ya que en ocasiones los usuarios del servicio solicitan el patrocinio legal para obtener la devolución de bienes asegurados con motivo de la comisión de diversos ilícitos que producen un fuerte impacto en la sociedad como los delitos contra la salud y el secuestro, de tal forma que si se considera que por las características especiales de los sujetos activos del delito, así como por la naturaleza de los bienes que se encuentran asegurados o decomisados, pueden tener repercusiones, es más conveniente esperar a que se dicte sentencia, ya que en ese momento se tendrá la certeza de la procedencia de la devolución de los bienes.

Además, se han presentado asuntos en los que se solicita la devolución de los bienes durante el proceso y los jueces admiten a trámite la promoción, dan vista a las partes, conceden término para ofrecer pruebas, ordenan su desahogo; sin embargo, no dictan la interlocutoria bajo el argumento de que los bienes asegurados pueden ser declarados instrumentos u objetos del delito, en cuyo caso

se decretaría su decomiso, por lo que se reservan para resolver hasta en tanto se dicte sentencia definitiva, de tal suerte que si se considera que los bienes son instrumentos del delito, decretan su decomiso, y como hubo un cambio de situación jurídica, queda sin materia el incidente y se da por concluido.

## **PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DE BIENES A FAVOR DE TERCEROS**

Una vez que se ha determinado que es viable solicitar la devolución de los bienes hay que elegir la vía idónea para hacerlo.

Aunque existen diversas acciones para recuperar bienes de terceros asegurados en el procedimiento penal, como el caso en que mediante un escrito libre se solicita al Ministerio Público Federal encargado de integrar la averiguación previa la devolución de los mismos, o en idénticos términos se pide al (SAE) Servicio de Administración y Enajenación de Bienes la entrega del bien de que se trate, o inclusive mediante un juicio de amparo indirecto, en el presente estudio nos limitaremos a comentar lo relativo al incidente no especificado.

Como se mencionó en el párrafo que antecede, se pueden presentar asuntos en los que una petición por escrito es suficiente para obtener la devolución de bienes asegurados, pero no siempre es así, por lo tanto aún y cuando se cuente con una sentencia definitiva que ordene la entrega de bienes a quien acredite su propiedad, lo recomendable es promover en la vía incidental.

## **INCIDENTE NO ESPECIFICADO**

La vía idónea para solicitar la devolución de bienes asegurados en el proceso penal es el incidente no especificado, el cual se encuentra regulado por el artículo 494 del Código Federal de Procedimientos Penales, que 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 aquéllos 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 se advierte del artículo recién transcrito, los incidentes cuya tramitación no se detalle en el Código Federal de Procedimientos Penales, que a juicio del tribunal no puedan resolverse de plano y que no suspendan el curso del procedimiento, se substanciarán por separado, dando vista con la promoción del mismo a las partes, para que contesten en el acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes; asimismo, se abrirá un período de prueba hasta por cinco días, concluidos, se citará a una audiencia la que se celebrará, concurran o no las partes.

## PRUEBAS EN EL INCIDENTE

El tercero que promueve el incidente no especificado de devolución de bienes debe acreditar fehacientemente la propiedad de los mismos, sobre todo cuando dentro del proceso penal en el que actúa ya se dictó sentencia definitiva en la que el Juez de Distrito decretó la devolución de bienes a quien acredite su propiedad, porque si el titular de los bienes de que se trata fue debidamente notificado, cuenta con el término de tres meses para recogerlos, ya que de no hacerlo causaran abandono a favor del Gobierno Federal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 182-Ñ del Código Federal de Procedimientos Penales.

“ARTÍCULO 182-Ñ.- Cuando proceda la devolución de bienes asegurados, éstos quedarán a disposición de quien acredite tener derecho a ellos. La autoridad judicial o el Ministerio Público notificará su resolución al interesado o al representante legal dentro de los treinta días siguientes, para que en el plazo de tres meses



a partir de la notificación se presente a recogerlos, bajo el apercibimiento que de no hacerlo los bienes causarán abandono a favor del Gobierno Federal.

Quando se haya hecho constar el aseguramiento de los bienes en los registros públicos, la autoridad judicial o el Ministerio Público ordenará su cancelación.”

## **DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES**

En el supuesto de que se declare procedente el incidente no especificado sobre devolución de bienes u objetos, el Juez ordenará la devolución de los mismos, lo cual deberá comunicar al titular del organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, denominado Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 24 y 25 de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, que se transcriben a continuación:

“Artículo 24.- Cuando proceda la devolución de los bienes la autoridad competente informará tal situación al SAE a efecto de que queden a disposición de quien acredite tener derecho a ellos. La autoridad competente notificará su resolución al interesado o al representante legal, de conformidad con lo previsto por las disposiciones aplicables, para que en el plazo señalado en las mismas a partir de la notificación, se presente a recogerlos, bajo el apercibimiento que de no hacerlo los bienes causarán abandono a favor del Gobierno Federal.”

“Artículo 25.- El SAE, al momento en que el interesado o su representante legal se presenten a recoger los bienes, deberá:

- I.- Levantar acta en la que se haga constar el derecho del interesado o de su representante legal a recibir los bienes;
- II.- Realizar un inventario de los bienes, y
- III.- Entregar los bienes al interesado o a su representante legal.”

Es importante tener presente que el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE) administrará los bienes que para tales efectos les entreguen las entidades transferentes, y que

la administración comprende su recepción, registro, custodia, conservación y supervisión, por lo cual debe conservarlos en el estado en que los recibió, para ser devueltos en las mismas condiciones, salvo el deterioro normal que se les cause por el transcurso del tiempo, en todo caso la devolución comprende los frutos que se hubieren generado.

En este sentido, previa entrega que haga de los bienes el SAE dará oportunidad a su propietario para que revise las condiciones en que se encuentran los mismos, de tal forma que si éste considera que presentan un deterioro inusual puede optar por reclamar su pago.

De igual forma, en aquellos casos en que el SAE hubiere enajenado los bienes, o acredite la imposibilidad para devolverlos a su propietario, deberá cubrir el valor de los mismos.

Finalmente, cuando se trate de numerario su entrega comprenderá el monto principal y los rendimientos que se hubieren generado durante el tiempo que haya sido administrado, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 26, 27 y 28 de la ley en consulta que en seguida se transcriben:

“Artículo 26.- La devolución de los bienes incluirá la entrega de los frutos que, en su caso, hubieren generado.

La devolución de numerario comprenderá la entrega del principal y de sus rendimientos durante el tiempo en que haya sido administrado, conforme a los términos y condiciones que corresponda de conformidad con las disposiciones aplicables.

El SAE al devolver empresas, negociaciones o establecimientos, rendirá cuentas de la administración que hubiere realizado a la persona que tenga derecho a ello, y le entregará los documentos, objetos, numerario y, en general, todo aquello que haya comprendido la administración.

Previo a la recepción de los bienes por parte del interesado, se dará oportunidad a éste para que revise e inspeccione las condiciones en que se encuentren los mismos, a efecto de que verifique el inventario a que se refiere el artículo 25 de esta Ley y, en su caso, se proceda conforme a lo establecido por el artículo 28 de la misma.”

“Artículo 27.- Cuando conforme a lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, se determine por la autoridad competente la devolución de los bienes que hubieren sido enajenados por el SAE, o haya imposibilidad para devolverlos, deberá cubrirse con cargo al fondo previsto en el artículo 89, a la persona que tenga la titularidad del derecho de devolución, el valor de los mismos de conformidad con las disposiciones aplicables.

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo que antecede, el valor de los bienes que hayan sido vendidos, será aquél que se obtenga por la venta, descontando los costos, honorarios y pagos a que se refiere el primer párrafo del artículo 89 de la presente Ley, más los rendimientos generados a partir de la fecha de venta.”

“Artículo 28.- El SAE será responsable de los daños derivados de la pérdida, extravío o deterioro inusual de los bienes que administre. Quien tenga derecho a la devolución de bienes que se hubieran perdido, extraviado o deteriorado, podrá reclamar su pago al SAE.”

### **¿CÓMO SE DEBE COMBATIR LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA QUE DECLARA IMPROCEDENTE EL INCIDENTE NO ESPECIFICADO?**

En el supuesto de que el Juez de Distrito declare improcedente el incidente no especificado de devolución de bienes, se tienen dos alternativas de solución.

I.- Recurrir la sentencia interlocutoria.- En este supuesto procede promover juicio de amparo indirecto de conformidad con la jurisprudencia que a continuación se transcribe:

No. Registro: 180,756

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XX, Agosto de 2004

Tesis: 1a./J. 38/2004

Página: 312

“TERCEROS EXTRAÑOS O INTERESADOS. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR LAS RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS DICTADAS EN UNA CAUSA PENAL CUANDO NO EXISTA DISPOSICIÓN EXPRESA EN LA LEY PROCESAL QUE RESULTE APLICABLE, AUN EN EL SUPUESTO DE QUE SE VEAN AFECTADOS SUS INTERESES (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE SAN LUIS POTOSÍ Y CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES).

Los numerales 363 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí, y el 365 del Código Federal de Procedimientos Penales, en sus respectivas hipótesis, precisan los sujetos o instituciones autorizados para interponer el recurso de apelación, a saber: el Ministerio Público, el o los inculcados y su defensor, y el ofendido o sus legítimos representantes, estos últimos únicamente para los efectos de la reparación del daño, sin hacer mención alguna respecto de los terceros interesados o extraños a juicio. Así pues, atendiendo al contenido de esos preceptos, es claro que la autorización que la ley otorga al tercero extraño para comparecer a un proceso penal a promover un incidente no especificado, no lo legitima para recurrir mediante recurso de apelación la interlocutoria que al efecto se dictare, pues en ese caso, el juzgador del conocimiento debe acatar lo que expresamente autoriza la ley, y según se vio los preceptos 363 y 365 de las respectivas legislaciones antes mencionadas, no legitiman a esta parte a intentar el recurso de que se trata. Lo anterior, desde luego, no significa que con esa restricción procesal se vulneren garantías de defensa y audiencia del tercero incidentista contenidas en el artículo 14 constitucional, pues tales principios fundamentales no se colman por el hecho de que el legislador ordinario hubiese contemplado en la ley procesal la existencia de medios de impugnación ordinarios ni siquiera con la previsión de otras instancias del juicio, sino con la oportunidad que se les otorgue para ser oído y vencido mediante juicio seguido ante

tribunales previamente establecidos en el que se observen las reglas esenciales del procedimiento, esto es, que manifieste su libre versión sobre los hechos investigados; ofrezca las pruebas que juzgue suficientes y pertinentes; alegue lo que a sus intereses convenga, y obtenga la resolución que en derecho corresponda.”

Contradicción de tesis 32/2003-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 28 de abril de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto.

Tesis de jurisprudencia 38/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de mayo de dos mil cuatro

II.- Promover de nueva cuenta el incidente no especificado.- Lo anterior se puede hacer mientras no exista resolución que declare que los bienes asegurados han causado abandono a favor del Gobierno Federal.

En este supuesto se tiene que perfeccionar el incidente no especificado, para lo cual se tienen que ofrecer los medios de convicción que produzcan plena eficacia probatoria para demostrar que el actor incidentista es el legítimo propietario de los bienes.

#### **DEROGACIÓN DE LOS INCISOS A), B) Y SEGUNDO PÁRRAFO DEL C) DE LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 29 DE LAS BASES GENERALES DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO**

Considero que en las futuras sesiones que celebren los Integrantes de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública, con el objeto de reformar y adicionar las Bases Generales de Organización y Funcionamiento, deben valorar la posibilidad de derogar los incisos a) y b), así como el párrafo segundo del inciso c) de la fracción IV del artículo 29, por las siguientes razones.

La fracción IV del citado artículo 29 establece lo siguiente:

“Artículo 29.-

#### IV. Materia derivada de causas penales federales;

a) Asuntos en los que sea procedente la reparación del daño a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios.

b) Asuntos en los que sea procedente la devolución de bienes u objetos a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios.

c) Asuntos en los que sea procedente tramitar, ante los órganos investigadores o jurisdiccionales, la devolución de bienes u objetos a favor de terceros.

Sólo procede este servicio, en los dos primeros incisos, cuando el procesado no sea patrocinado por un defensor público federal.”

Como se precisó durante el desarrollo del presente trabajo, en las primeras reformas y adiciones a las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de febrero de 2002, que entraron en vigor el 1° de abril siguiente, se adicionó al artículo 29 la fracción IV que contempla la materia derivada de causas penales federales; sin embargo del análisis literal de las hipótesis que contemplan los incisos a) y b), se desprende claramente que se trata de asuntos en los que sea procedente la reparación del daño o la devolución de bienes u objetos, en ambos casos, a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios, razón por la cual no se otorgó ningún servicio de representación en esta materia, porque a la víctima del delito o a sus beneficiarios los representa el Ministerio Público, en consecuencia no son de la competencia de los asesores jurídicos.

Lo anterior motivó que en las reformas y adiciones a las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de septiembre de 2004, que entraron en vigor el 1° de noviembre siguiente, se adicionara el inciso c) a la fracción IV del referido artículo 29, que a la fecha establece lo siguiente:

“c) Asuntos en los que sea procedente tramitar, ante los órganos investigadores o jurisdiccionales, la devolución de bienes u objetos a favor de terceros.

Sólo procede este servicio, en los dos primeros incisos, cuando el procesado no sea patrocinado por un defensor público federal.”

Como podemos observar, los miembros integrantes de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública, acertadamente adicionaron la hipótesis prevista en el inciso c) de la fracción IV del artículo 29, que contempla la competencia del asesor jurídico para otorgar el patrocinio legal en materia derivada de causas penales federales, en los asuntos en los que sea procedente solicitar la devolución de bienes u objetos a favor de terceros, pero omitieron derogar los incisos a) y b), a pesar de que no tienen ninguna aplicación porque contemplan asuntos en los que no procede otorgar el servicio en la modalidad de representación.

Lo mismo sucede con el segundo párrafo del inciso c) de la fracción IV del artículo 29 de las mencionadas Bases Generales de Organización y Funcionamiento, ya que sin que exista justificación para ello señala que “Sólo procede este servicio, en los dos primeros incisos, cuando el procesado no sea patrocinado por un defensor público federal.”

Esta aclaración resulta innecesaria, ya que si por mandato constitucional corresponde al Ministerio Público de la Federación tutelar los derechos de la víctima o del ofendido, para lo cual debe solicitar la reparación del daño en los casos en que proceda, resulta inconcuso que el asesor jurídico federal se encuentra impedido para otorgar el patrocinio legal tratándose de asuntos en los que sea procedente la reparación del daño o la devolución de bienes u objetos a favor de la víctima del delito o de sus beneficiarios, razón por la cual no existe ninguna razón para que se mantenga vigente el párrafo segundo del inciso c) de la fracción IV del artículo 29 en comento.

Lo anterior se fundamenta en lo dispuesto por la fracción IV del apartado C del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece lo siguiente:

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

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;”

Finalmente, por las consideraciones expuestas se concluye que al no proceder el patrocinio legal en las hipótesis previstas por los incisos a) y b) de la fracción IV del artículo 29 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, tampoco se justifica la existencia del segundo párrafo de su inciso c), razón por la cual deben ser derogadas.

## LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público.

Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.





# Libertad, dignidad y elementos probatorios

*Óscar Domingo Olguín Almanza\**

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde pasado reciente, en México, observamos múltiples incorporaciones, adiciones y reformas de normas jurídicas en materia penal y procesal penal, en algunos casos se trata de la creación de reglas especiales que parecieran escapar –de no ser por los criterios judiciales emitidos al efecto– a la regulación ordinaria garantista de un estado democrático de derecho (dígase en materia de delincuencia organizada, otros de excepción en el catálogo represivo federal y otros más, en ordenamientos jurídicos especiales) que se justifican –desde el punto de vista de sus legisladores– para la mejor investigación de los delitos penales, aún cuando con esas regulaciones se observe una justificación –por cierto, no convincente– que apunta a la disminución de libertades de los gobernados, como objeto de investigación y en el procedimiento penal mismo.

Tales excepciones, se han venido (re)presentando oficialmente como el ingrediente accidental de la política criminal del Estado Mexicano, en el combate (principalmente) hacia la delincuencia organizada, hasta permear en lo que se ha identificado como la regulación ordinaria garantista del procedimiento penal, descargando –o facilitando– gradualmente los obstáculos del Ministerio Público Federal, en la obligación constitucional de la investigación

---

\*Defensor Público Federal.

de los ilícitos de su competencia, según las reglas constitucionales hasta hoy día vigentes; sobre tal aspecto, es que nos introducimos al análisis de una parte de la reforma recientemente publicada en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 23 veintitrés de enero del 2009, relativo, especialmente para nuestro estudio, a la adición de los numerales 168 Bis, 168 Ter y 168 Quater, al Código Federal de Procedimientos Penales, en la que cobran relevancia más que conceptos, las libertades de la persona, reconocidas constitucionalmente, su eventual restricción y privación, sin las formalidades que implican su exigencia dentro de un Estado democrático de derecho.

## **2. TIPO DE INVESTIGACIÓN, MÉTODO Y DELIMITACIÓN DE ANÁLISIS**

Con la presente elaboración, de tipo formal, a practicarse sobre textos jurídicos, se pretende realizar el estudio de las normas jurídicas procesales 168 Bis, 168 Ter y 168 Quater del Código Federal de Procedimientos Penales, bajo los métodos sistemático, sintético, analítico, comparativo, ponderando sobre aquella actividad, la interpretación académica de los principios de conformidad a la norma constitucional y de los establecidos en los tratados internacionales relacionados a nuestro tema.

El objeto del análisis planteado se dirige a establecer si aquellas normas legales, o bien su aplicación, son o no contrarias a sendos principios de legalidad, monopolio ministerial de la investigación en etapa de averiguación previa penal y división de poderes, establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto prevén la posibilidad de la Fiscalía, de acudir ante el órgano jurisdiccional, para que éste autorice la practica de la diligencia de toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello de un sujeto procedimental con el fin de allegarse de elementos de prueba, en caso de la negativa de la persona requerida en un comienzo, en ese caso.

El objeto del análisis se limita al estudio de las normas federa-

les precisadas y de las necesarias (nacionales) relacionadas al tema planteado; espacialmente, se circunscribe al territorio nacional; la materia sobre la que se desarrolla la investigación, es sobre el rubro del Derecho Procesal Penal, en materia de la toma de fluidos corporales como elementos de prueba en su aspecto medular; por vinculación necesaria, con las garantías individuales y derechos humanos correlativos, vinculados a la libertad personal y dignidad humana.

### 3. ANÁLISIS

#### 3.1 NORMAS OBJETO DE ANÁLISIS

Artículo 168 Bis.- El Ministerio Público con el fin de allegarse de elementos probatorios para la investigación podrá solicitar la aportación voluntaria de muestras de fluido corporal, vello o cabello. En el caso de que el imputado acceda a proporcionar dichas muestras, el Ministerio Público procederá, en coordinación con los servicios periciales, a realizar las diligencias necesarias para su obtención, levantándose al concluir las una acta circunstanciada en presencia de dos testigos.

Dichas muestras deberán ser obtenidas por personal especializado y del mismo sexo, y con estricto apego al respeto a la dignidad humana.

Las muestras obtenidas en términos del párrafo anterior, serán analizadas y dictaminadas por los peritos de la materia.

Artículo 168 Ter.- En el supuesto de que la persona requerida se niegue a proporcionar la muestra, el Ministerio Público podrá acudir ante el órgano jurisdiccional para solicitar la autorización de la práctica de dicha diligencia, justificando la necesidad de la medida y expresando la persona o personas en quienes haya de practicarse, el tipo y extensión de muestra a obtener, a lo que únicamente se limitará la diligencia. De concederse la autorización requerida, el juez deberá facultar al Ministerio Público para que lleve a cabo la localización y presentación de la persona a efecto de que tenga verificativo la diligencia correspondiente.

Artículo 168 Quater.- El juez resolverá la petición a que se refiere el artículo anterior del Ministerio Público, en forma inmediata, en un plazo que no exceda de 24 horas. En el caso de que el órgano jurisdiccional no resuelva en el plazo previsto para ello, el Ministerio Público podrá interponer el recurso a que se refiere el artículo 398 bis. La resolución que niegue la solicitud del Ministerio Público podrá ser recurrido en apelación.

### 3.2 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL LEGISLADOR

Según el dictamen de la Cámara de Origen (Senadores), la primigenia intención del legislador federal, plasmada en el inciso 1) fracción XXXIII a las Consideraciones, en tratándose de la adición en estudio, tiene como base que: "...La reforma al artículo 168 BIS establece nuevos presupuestos en los que la autoridad con apoyo de las partes que intervienen en la investigación se allegan de elementos probatorios, inocencia de un imputado en la investigación, situación que ayuda a establecer una mayor colaboración existente entre autoridades y sociedad se podrán determinar de forma más eficaz y expedita una investigación." (Lo subrayado y negritas es mío). (Dictamen de la Cámara de Origen, de fecha 4 de diciembre de 2008, en el proceso legislativo de merito, (en línea), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, (citado 25, 02, 2009), formato html, disponible en Internet: <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/Default.htm><sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En este sentido, en el desarrollo del proceso legislativo, se observó una justificación discursiva en el sentido de que: "Se adiciona un artículo 168 Bis, para establecer nuevos presupuestos en los que la autoridad, con apoyo de las partes que intervienen en la investigación, se allegue de elementos probatorios, situación que ayuda a propiciar una mayor colaboración entre autoridades y sociedad. Relativo a las muestras de fluido corporal, vello o cabello que sean proporcionadas a efecto de no vulnerar la dignidad humana, deben ser recabadas por personal especializado y del mismo sexo." (Lo subrayado y negritas es mío). (Dictamen de la Cámara Revisora de fecha 9 de diciembre de 2008, en el proceso legislativo de merito, (en línea), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, (citado 25, 02, 2009), formato html, disponible en Internet: <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/Default.htm>

### 3.3 ANALISIS

Para proceder de mejor manera al análisis de los preceptos legales antes apreciados, se analizarán progresiva y sistemáticamente, sus hipótesis básicas, de la siguiente forma:

#### 3.3.1 Una solicitud directa del Ministerio Público de la Federación, de aportación voluntaria de muestras de fluido corporal, vello o cabello, dirigida a un sujeto del procedimiento penal

Primariamente, se observa una justificación normativa, traducida en fines de recabamiento de elementos probatorios por el órgano investigador, basada (sin duda) en las facultades constitucionales de investigación<sup>2</sup>, previstas en los ordinales constitucionales 21 y 102 apartado “A”, segundo párrafo, que indican la obligación de la Representación Social de la Federación, de buscar y presentar las pruebas que acrediten la (probable) responsabilidad de los indiciados dentro de la averiguación previa penal<sup>3</sup>; que esa facultad de búsqueda, al abarcar una actividad exclusiva de autoridad, consistente en un inquirimiento histórico y jurídico, es legitimante de la solicitud de aportación voluntaria de muestras de fluido corporal.

El fluido corporal (dentro del que caben la acuosidad hemática, semen, e incluso el ADN, o diversas sustancias corporales), vello o cabello, forman parte de la persona humana<sup>4</sup> y de su dominio

<sup>2</sup> “Conforme a lo que establecen los artículos 21 Constitucional, 1/o., Fracción I, 2/o., 3/o., 113, 123, 124 y demás relativos del Código Federal de Procedimientos Penales..., el único titular de la Averiguación Previa es el Ministerio Público, ya sea que actúe por sí solo o por medio de auxiliares, cuyas funciones se encuentran regidas por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República... amén de los infinitos reglamentos creados para su cabal cumplimiento.” (DE LA CRUZ Agüero, Leopoldo, *El Término Constitucional y la Probable Responsabilidad Penal*, 3ª edición, México, edit. Porrúa, 2002, p. 150).

<sup>3</sup> “...entendemos por Averiguación Previa a lo que se denomina la prefase del procedimientos penal, un procedimiento sumario administrativo desahogado por el Ministerio Público, ahora con intervención del inculpado y su defensor, etapa en que se deberán aportar las pruebas necesarias tendientes a la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.” *Idem*, p. 149.

<sup>4</sup> “... ‘En Kant el concepto de persona surge a la luz de una idea ética. Esto es, la persona se define no atendiendo sólo a la especial dimensión de su ser (v. gr., la racionalidad, la individualidad, la identificidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto al de la realidad, subrayando que *persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo y que cabalmente por eso, posee dignidad*, a diferencia de todos los demás, de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, que sirven como mero medio a fines ajenos y que, por tanto, tienen precio’.” (KANT Emmanuel, *Filosofía del Derecho*, en: BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 27ª ed., México, edit. Porrúa, 1995, p.16).

jurídico<sup>5</sup>, que como sujeto (directo o indirecto)<sup>6</sup> tiene relación jurídica procedimental a la investigación dentro de la averiguación previa penal, por lo que su toma implica necesariamente un acto de desprendimiento de lo inherente a la esfera jurídica del individuo.

El hecho de que el Representante Social, solicite la muestra citada a una persona, implica necesariamente que ésta, idóneamente se deberá encontrar relacionada –ya sea directa o indirectamente– al procedimiento penal, como parte de una investigación sobre posibles hechos delictuosos, porque la condicionante normativa en el numeral 168 bis del Código Penal Instrumental Federal, nos indica la actividad de solicitud ministerial: “...con el objeto de allegarse de elementos probatorios para la investigación...”; destacándose en este rubro, que las normas materia de estudio no distinguen la calidad jurídica del sujeto respectivo dentro de la averiguación previa penal, resultando por ello importante distinguir tal posición, dado que los efectos de la eventual toma de fluidos corpóreos (con sus respectivas implicaciones) pueden tomar derroteros diversos (como quien tiene la calidad de imputado, frente a quien no la tiene, como un testigo, etc.) como se leerá más adelante.

3.3.1.1 La respuesta del sujeto procedimental, en dos posibles sentidos: Una afirmativa, la otra negativa.

Ante la solicitud de la autoridad investigadora, el sujeto objeto de la toma de muestra tiene –por disposición legal– la posibilidad de dar una respuesta (sin que ello implique objetivamente una prevaloración probatoria, positiva o negativa de tal elección volitiva), ante dos posibles alternativas; así, elegir o decidir, son acciones inherentes de la libertad humana<sup>7</sup>, provenientes del libre

<sup>5</sup> Desde luego, si estamos en la postura que todas las personas, por el hecho de serlo, gozan y se les reconocen ciertas prerrogativas constitucionales denominadas en la jerga constitucional, como garantías individuales.

<sup>6</sup> Punto que se desarrollará en líneas posteriores.

<sup>7</sup> En un concepto básico planteada como: “(Del lat. *libertas*, -âtis)... Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, XXII edición, España, edit. Espasa Calpe, 2001, T. II, p. 1372; o como lo conceptúa Florentino: “*Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur*. (La libertad es una facultad natural de hacer aquello que a cada uno le agrada, sino le está prohibido por alguna ley o lo impida la violencia.)” Florentino, *Digesto*, Libro I, Título Quinto y número 4, en: BURGOA Orihuela, Ignacio, Ob. Cit. Nota 4, p.17, nota al pie).

albedrío del individuo, que tiene apoyo jurídico-político en un Estado Social y democrático de derecho, que pueden desembocar en una aprobación a modo de consentimiento, o bien, en una negativa, para la toma de fluidos corporales, por parte de una autoridad que realiza una investigación sobre probables hechos delictuosos en materia penal federal.

3.3.1.1.1 Un consentimiento del sujeto procesal, para la toma de una muestra de fluido corporal, vello o cabello.

El consentimiento del sujeto del requerimiento a la extracción de fluidos, implica la elección entre las dos alternativas (positiva o negativa) fijadas en la norma, la decisión positiva se traduce, para el sujeto que aprueba aquella aportación de fluidos, en el ejercicio de su voluntad encaminada al asentimiento relativo, lo cual, por sí mismo, no genera controversia de interés jurídico-académico, ni siquiera al diferenciar la calidad jurídica procedimental del sujeto objeto de la toma de muestra, en la etapa investigativa de mérito (suponiendo una justificación de pertinencia e idoneidad de la solicitud que mencionamos). Sólo que la toma de fluido corporal, debe ser recabada respetando la dignidad humana.<sup>8</sup>

3.3.1.1.1.1 Una negativa al efecto, del sujeto procedimental implicado; que esa negativa, tiene las siguientes consecuencias:

3.3.1.1.1.1.1 La facultad del Ministerio Público, de acudir ante el órgano jurisdiccional para solicitar la autorización de la práctica de dicha diligencia.

La norma procesal en estudio, faculta al Representante Social de la Federación, para instar al órgano jurisdiccional, con el fin de obtener una autorización, a efecto de llevar a cabo una diligencia de recabamiento en fluidos corporales, de la persona que en princi-

---

<sup>8</sup> “La dignidad de la persona es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra los vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos.” (NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, (en línea), 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, (citado 21, 03, 09), formato html, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm> ISBN 970-32-0886-X).



pio se negó a proporcionarlos bajo requerimiento de la autoridad ministerial.

Ahora bien, tal solicitud, tienen las subsecuentes vertientes:

3.3.1.1.1.1.1.1 Una omisión del órgano jurisdiccional, en cuanto al pronunciamiento de la autorización respectiva.

Ante el requerimiento de la autoridad investigadora, la judicial (circunstancialmente, como lo estimamos) es posible deje de responder aquella instancia, por no pronunciarse al respecto ni positiva, ni negativamente, no previéndose tampoco presunción legal alguna ante aquella ausencia de decisión; solamente prevé la norma, la potestad del Ministerio Público Federal de acudir en queja, en términos del artículo 398 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, ante Tribunal Unitario de Circuito que corresponda.

3.3.1.1.1.1.1.2 La concesión de la autorización requerida.

Queda bajo arbitrio judicial, el otorgar a la autoridad solicitante la autorización para llevar a cabo la diligencia en la que se recabaría la toma de fluidos corporales; la consecuencia de la autorización correlativa, deriva para el juez la obligación de facultar al Ministerio Público para que éste lleve a cabo la localización y presentación de la persona, a efecto de que tenga verificativo la diligencia correspondiente.

Por autorización<sup>9</sup>, se entiende: “1. f. Acción y efecto de autorizar... 2. f. *Der.* Acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida...”<sup>10</sup> e implica un acto de permisión ante instancia jurisdiccional, por tanto, la participación judicial –aún refractaria– en la fase de averiguación previa penal, significa una contraposición a la libre elección del individuo, del

---

<sup>9</sup> Sobre tal punto, es interesante lo siguiente: “...lo estimable de la libertad estriba en el orden de los medios y los fines, esto es, de la voluntad misma. Pero cuando una voluntad determinada obliga a una persona exclusivamente a un objeto limitado, ...el sujeto de querer está en tránsito de no ser persona, de no ser libre, ya sea que la elección de fines le está vedada al convertirse en mera cosa condicionada en esclavitud.” (TERÁN Mata, Juan Manuel, en: BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Ob. Cit., nota 4, p.18).

<sup>10</sup> Real Academia Española, Ob. Cit., nota 7, T. I, p. 253.

que en un comienzo se solicita una muestra de fluido corporal y tal previsión normativa es cuestionable por su polémica constitucionalidad.

Punto el anterior, que no puede pasar inadvertido, desde su tamiz con los lineamientos constitucionales que rigen las funciones de los poderes de la unión; en efecto, es bien conocido el inveterado principio de división de poderes<sup>11</sup>, adoptado en la Carta Magna de nuestro país, según el cual, no podrán reunirse dos o más en una sola persona o corporación, de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial (con las salvedades constitucionales que operan en la materia); lo cual nos indica, que si en momento dado, existe una participación jurisdiccional en etapa de averiguación previa penal, bajo el sistema de normas constitucionales, sustantivas y procesales en vigor –aun bajo la modalidad de una autorización– para la realización de una línea concreta de investigación (como elemento probatorio), no se puede negar que tal acto de autorización

---

<sup>11</sup> Sobre tal tópico, se observa 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 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. (En: IUS 2007, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007).

(en su caso) implica una acción que tendrá un efecto concreto en la indagatoria penal y si ello es así ¿no se está concediendo injerencia judicial<sup>12</sup> en una fase de investigación ministerial?; ante tal situación, es evidente que –hasta hoy día– el monopolio de la acción penal<sup>13</sup> es constitucionalmente propio de la Representación Social de la Federación como se indicó en párrafo que antecede; si tales principios de división de poderes y monopolio de la acción penal son, como conocemos, normas vigentes, la objetividad nos indica que se trastocaría la división de poderes en el caso permitir, por un juez<sup>14</sup>, la práctica de una diligencia de toma de fluidos corporales, exclusiva de un órgano integrante del Poder Ejecutivo, encargado de la investigación y persecución ordinaria de los delitos.

### 3.3.1.1.1.2.3 Una negativa de la instancia judicial.

Bajo la decisión jurisdiccional, queda comprendida también la posibilidad de negar la autorización para la toma de muestra de

<sup>12</sup> Con lo cual se desnaturaliza –bajo el sistema de normas constitucionales vigentes, insistimos– incluso la función jurisdiccional, pues en términos del arábigo 17 constitucional, tales actos de autorización de toma de fluidos corporales no es propio de la administración de justicia, máxime que los bienes jurídicos de las personas (salvo los casos de excepción como –actos de molestia– el arraigo, etc.) no están a disposición de la autoridad jurisdiccional fuera de juicio, según lo estipulado por los numerales 1º, 14 y 16 constitucionales.

<sup>13</sup> “...la Acción Penal es el derecho y obligación que corresponde al Estado y que éste delega en un órgano administrativo denominado Ministerio Público o Representante de la Sociedad, cuya función es investigar la comisión de los delitos, perseguir a los autores de tales actos considerados ilícitos, y una vez integrada la Averiguación Previa con apego a los requisitos que la ley procesal de la materia señala, ejercitar ese poder ante el órgano jurisdiccional denominado juez, solicitándole la incoación del proceso respectivo, con todos sus actos procesales inherentes, ...” (DE LA CRUZ Agüero, Leopoldo, Ob. Cit., p. 149).

<sup>14</sup> Nótese, que no deja de ser polémica la posibilidad de que el juez que concedió autorización de que tratamos, conozca en proceso penal de los hechos consignados por el Ministerio Público de la Federación, en la que se ponga a valoración jurídica, una efectiva muestra de fluidos corporales por él autorizada, en tal caso: ¿La valoración legal que realice el juez, cumpliría con el principio de imparcialidad, a que le obliga el numeral 17 constitucional, siendo que tuvo participación en la autorización a la Fiscalía –en etapa de averiguación previa penal– del elemento probatorio que posteriormente se somete a su ponderación?

Sobre tal tópico, ilustra la siguiente opinión doctrinal: “*De la separación de poderes es posible desprender dos principios característicos del Estado Constitucional; el principio de la legalidad y el principio de imparcialidad. Ambos son indispensables para garantizar la libertad. El principio de legalidad consiste en la distinción y subordinación de las funciones ejecutiva y judicial ala función legislativa; el principio de imparcialidad consiste en la separación e independencia del órgano judicial tanto del órgano ejecutivo como del órgano legislativo...*” (CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro, *División de Poderes y Régimen Presidencial*, (en línea), 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, (citado 28, 03, 09), formato html, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm> ISBN 970-32-3792-4).

fluidos corporales; que la negación correspondiente tiene el efecto de facultar a la Representación Social de la Federación, para acudir en vía de apelación ante el Tribunal Unitario de Circuito competente.

Ahora bien, quedan observadas las principales premisas que integran los supuestos de derecho de nuestro interés, toca ensayada analizar si aquellas disposiciones resultan conformes a sendos principios, que informan el orden constitucional garantista que prevalece en la Carta Magna de nuestro país, para lo cual nos apoyaremos en los siguientes tópicos, con los que guardan estrecha vinculación:

### **3.3.2 Sobre la concesión de la autorización requerida**

Es de suma importancia, –como lo establece la norma procesal– acotar el alcance de la autorización judicial para el efecto de tomar una muestra de fluido corporal, pues la autorización de que se trata, tiene la consecuencia de facultar al Ministerio Público –en fase de averiguación previa– con el fin (nótese) de llevar a cabo la localización y presentación<sup>15</sup> de la persona, a efecto de que tenga verificativo la diligencia correspondiente; de forma que esa

---

<sup>15</sup> La orden de búsqueda, localización y presentación, dentro de la averiguación previa penal, tiene la siguiente interpretación jurisdiccional: Registro No. 180847, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Agosto de 2004, Página: 212, Tesis: 1a./J. 52/2004, Jurisprudencia, Materia(s): Penal. ORDEN DE BÚSQUEDA, LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL INDICIADO PARA DECLARAR DENTRO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. ES UNA DILIGENCIA QUE INTEGRA EL MATERIAL PROBATORIO EN DICHA FASE. El principio acusatorio contenido en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga al Ministerio Público a que antes de ejercer la acción penal, esto es, hacer la acusación correspondiente, realice la investigación y persecución del delito, lo que se traduce en una facultad y una obligación consistente en recabar el acervo probatorio suficiente para demostrar el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpado. En esas circunstancias, la orden de localización, búsqueda y presentación del indiciado para que declare dentro de la averiguación previa no es otra cosa que una diligencia más para integrar el material probatorio que el Ministerio Público debe allegar dentro de esta fase procesal, para obtener los elementos suficientes para ejercer la acción penal. Contradicción de tesis 80/2003-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto. Tesis de jurisprudencia 52/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dos de junio de dos mil cuatro. IUS 2007, *Ob. Cit.*, nota 11.

localización y presentación, por su naturaleza, implican por sí mismas un acto de molestia a la esfera jurídica del gobernado, por el simple hecho de que la autoridad judicial decreta aquellos actos de autoridad, con su consecuente inminente ejecución.

Debemos mencionar, que –según nuestro criterio– la orden de búsqueda, localización y presentación aludida (considerada en sí misma), objetivamente queda agotada en el momento que el sujeto de interés, es presentado ante la autoridad ministerial, para el desahogo de la diligencia cuyo objeto persigue; lo cual, genera sospecha, pues desde una panorámica objetiva, la permisión judicial (desde su regulación legislativa) se estimaría superflua si a ella no se decretaran los medios de apremio necesarios para hacer cumplir aquella autorización<sup>16</sup>, considerando aleatoriamente, que el indiciado se sostenga en su negativa de aportar voluntariamente una muestra de fluidos personales a los fines investigativos de la Representación Social Federal.

Resulta provechoso hacer notar, que las normas procesales en estudio, no revelan, desde el punto de vista de la autorización decretada por el juez respectivo, un acto privativo de derechos consistente en la toma de fluidos corporales para el sujeto ministerialmente señalado, por lo que la resolución judicial de que hablamos –en caso de decretarse– no resulta en sí misma privativa de prerrogativas del individuo; en este aspecto, se ha asentado criterio jurisprudencial<sup>17</sup> –que no compartimos– en el sentido de que

---

<sup>16</sup> Aspecto que se desarrollará en líneas subsecuentes.

<sup>17</sup> Registro No. 180846, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Agosto de 2004, Página: 232, Tesis: 1a./J. 54/2004, Jurisprudencia, Materia(s): Penal. ORDEN DE BÚSQUEDA, LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL INDICIADO PARA DECLARAR DENTRO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. NO ES RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD, POR LO QUE NO SE TRADUCE EN UNA ORDEN DE DETENCIÓN. La finalidad de la orden de detención es privar de la libertad a una persona, a diferencia de la orden de localización, búsqueda y presentación del indiciado para que declare dentro de la averiguación previa, cuyo objeto no es restringir su libertad, sino lograr su comparecencia dentro de esta fase procesal para que declare si así lo estima conveniente, ya que incluso puede abstenerse de hacerlo, además de que una vez terminada la diligencia para la que fue citado, puede reincorporarse a sus actividades cotidianas, por lo que no puede considerarse que se le priva de su libertad. Contradicción de tesis 80/2003-PS. Entre las sustentadas por el

la orden de búsqueda, localización y presentación no implica un acto restrictivo a la libertad personal del individuo contra el que se decreta.

### **3.3.3 La naturaleza procedimental de la persona de la cual se tomará la muestra de fluido corporal**

Otro de los puntos que no se diferencia en las normas tratadas, es la posición procedimental de la persona objeto de la toma de muestra de fluidos, pudiendo tener, con relación a una investigación efectuada por el Ministerio Público Federal, una relación jurídica procedimental, según el carácter tan diverso que guarde, como de indiciado, testigo, denunciante, etc.; que dichos distingos procesales hacen una considerable diferencia de efectos legales, al plantear las consecuencias jurídicas de una negativa para acceder a la toma de fluidos corporales, cuando ya existe autorización judicial y se pretende realizar de facto la diligencia de toma de fluido corporal mediante la ejecución de la localización y presentación de la persona indicada.

Así, quien guarda la calidad de indiciado, perfectamente puede negarse dentro de la diligencia correspondiente, de acceder a que –aun bajo una autorización judicial– se le tome una muestra de fluido corporal de su persona, ya que al tener la calidad de imputado, tiene la potestad de no perjudicar su situación jurídica, pudiendo hacer valer los derechos constitucionales que bajo aquella calidad legal disfruta, incluso el derecho de guardar silencio, y la negativa antes asentada, como una extensión a su garantía de no autoincriminación<sup>18</sup> y presunción de inocencia<sup>19</sup> que de ninguna

---

Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto. Tesis de jurisprudencia 54/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dos de junio de dos mil cuatro. IUS 2007, *Ob. Cit.*, nota 11.

<sup>18</sup> Entendida como: "...la garantía que tiene todo inculpado a no ser obligado a declarar, ya sea confesando o negando los hechos que se le imputan, razón por la cual se prohíben la incomunicación, la intimidación y la tortura, e incluso la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la presencia de su defensor, carecerá de valor

forma le exigen declarar en su contra y por lo tanto, -si no desea acceder- no tiene la obligación legal de proporcionar una muestra de fluido corporal de su persona.

De tal forma, bajo aquellos principios garantistas, evidente resulta que a quien tiene la posición de indiciado en averiguación previa penal, no se le debe coaccionar, para obtener una muestra de fluidos corporales.

Según lo anterior, quien guarda la calidad de testigo, denunciante u otra faceta procedimental, que no corresponda a la de indiciado, no puede hacer menos que éste último, al negarse a la practica de la toma de fluidos corporales en su persona; sin embargo, al no disfrutar de las garantías constitucionales propias de la situación de un indiciado, las consecuencias jurídicas de tal postura, se observan –quizá– menos favorables que la correspondiente (en una medida comparativa) a la de un indicado, siendo ilustrativo de lo asentado las últimas adiciones practicadas, en data de 23 de enero de la presente anualidad, al Código Penal Federal, en el artículo 400<sup>20</sup>, donde se incorpora la figura delictiva consistente

---

probatorio...”; según se aprecia en la tesis judicial de siguiente localización y rubro: Registro No. 179607, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente:, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Enero de 2005, Página: 415, Tesis: 1a. CXXIII/2004, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Penal. DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. IUS 2007, Ob. Cit., nota 11.

<sup>19</sup> Consistente en que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, implícitamente contenida en la Constitución General de la República, derivada de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; como se desprende de la tesis judicial de siguiente localización y rubro: No. Registro: 186,185, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Penal, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Agosto de 2002, Tesis: P. XXXV/2002, Página: 14, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Ídem.

<sup>20</sup> Que en su parte conducente, establece: “ARTÍCULO 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que: ... VII.- Desvíe u *obstaculice* la investigación del hecho delictivo de que se trate o favorezca que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. ...” (Lo subrayado es mío).

en el desvío u obstaculización de la investigación del hecho delictivo; así, quien no guardando la calidad de indiciado, se niega a la toma de fluidos corporales de marras, se expone en mayor medida, a sufrir en su persona una investigación por el delito antes señalado.

### **3.3.4 De los medios de apremio, para hacer efectivo el objeto de la diligencia de toma de fluidos corporales**

En sentido amplio, puede entenderse por medios de apremio, como los instrumentos procesales que tiene la autoridad, para hacer cumplir (ejecutar) las determinaciones decretadas dentro de un procedimiento; de tal forma, los medios de apremio se constituyen como los actos intraprocedimentales para hacer efectiva una determinación potestativa de autoridad.

Ahora bien, para el caso de que, por la autoridad jurisdiccional se hubiere autorizado la realización de la practica de la diligencia tratada, se dispone por la norma de mérito, el deber del juez para de facultar al Ministerio Público –en fase de averiguación previa– de llevar a cabo la localización y presentación de la persona correspondiente; lo anterior, acarrea las siguientes interrogantes: ¿Es legal autorizar medios de apremio, para hacer efectiva la toma de fluido corporal?, ¿El propio juez es quien –en su caso– debe decretar las medidas de apremio, tendientes para hacer cumplir su determinación, o bien, lo debe así hacerlo el Ministerio Público Federal, en términos del arábigo 44<sup>21</sup>, del Código Federal de Procedimientos Penales?

Las anteriores interrogantes pueden tener las respuestas más variadas, según la interpretación que se dé al numeral 44 precitado, en

---

<sup>21</sup> El que textualmente dispone: “...El Ministerio Público en la averiguación previa, y los tribunales, podrán emplear, para hacer cumplir sus determinaciones, los siguientes medios de apremio: I. Apercibimiento;... II. Multa por el equivalente a entre treinta y cien días de salario mínimo vigente en el momento y lugar en que se realizó o se omitió realizar la conducta que motivó el medio de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de su ingreso;... III. Auxilio de la fuerza pública, y... IV. Arresto hasta de treinta y seis horas... La atribución prevista en este artículo podrá emplearla el Tribunal respecto de los agentes del Ministerio Público, defensores y los peritos... El Ministerio Público o el Tribunal podrán dar vista a las autoridades competentes en materia de responsabilidad administrativa o penal que en su caso proceda.”



su contexto con diversas normas de vinculación necesaria. Así, en una primera aproximación, podemos distinguir las siguientes hipótesis:

a) Que los medios de premio, deban ser decretados por la autoridad que hace la autorización de la diligencia de toma de fluidos corporales (la judicial), por ser aquella quien tiene (sin conceder) competencia (por disposición legal)—en la emisión—de la determinación principal que debe hacerse cumplir; y, por consiguiente (en su caso) de los medios de apremio. Concretamente, que la autoridad judicial tiene facultades de emisión del acto de autorización y de los medios de apremio (con apoyo en una norma procesal federal ordinaria), pero no de ejecución del acto procedimental en estudio (toma de muestra de fluidos corporales).

b) Que los medios de apremio, no pueden ser decretados (ni ejecutados), por la autoridad que hace el desahogo de la diligencia de toma de fluidos corporales (Ministerio Público Federal), porque la norma procesal, gramaticalmente restringe la facultad de la autoridad ministerial al ámbito de su función: la averiguación previa penal; y, al ser así, por no corresponder a una determinación propia de la Representación Social de la Federación, se encuentra legalmente impedida para expedir (y por ende ejecutar) una medida de apremio, de las mencionadas en el precepto analizado. Concretamente, que la autoridad ministerial no tiene facultades de emisión (de la autorización para el desahogo de la diligencia de toma de muestra de fluido corporal, ni para decretar medidas de apremio correlativas) porque la determinación cita en éste paréntesis anterior, -aún decretada dentro de una fase de averiguación previa penal- fue hecha por autoridad diversa (judicial).

c) Que los medios de apremio, en el supuesto que nos conducimos, sí puede ser decretado por la autoridad ministerial, toda vez que la norma procesal aplicable, no distingue que para hacer cumplir las determinaciones mediante medidas de apremio, tanto el Ministerio Público Federal, como la autoridad jurisdiccional deban ser, en el caso concreto, la misma que haya emitido la resolución de origen relativa, puesto que el dispositivo en comento,

solamente faculta “emplear” para hacer cumplir sus determinaciones, los medios de apremio ahí descritos.

¿Como se explica, en las tres hipótesis anteriores, el complejo hecho de funciones compartidas entre dos poderes estatales (una autorización judicial y una ejecución de acto por el órgano técnico investigador), dentro de una fase de averiguación previa penal, que tiene por objeto la obtención de elementos probatorios, propios de la función del Ministerio Público Federal?

Es precisamente, por el vicio de inconstitucionalidad –de que estimamos adolece el artículo 168 Ter del Código Federal de Procedimientos Penales– que no se determina válidamente, la autoridad que debe autorizar y ejecutar (en su caso) los medios de apremio conducentes la obtención de muestras de fluido corporal. ¿Acaso no es la misma autoridad que decreta los medios de apremio, quien debe ejecutarlos?; o, ¿puede válidamente una autoridad (de diverso poder estatal) emitir medios de apremio, cuando no fue ella quien decretó autorizado el acto que se pretende realizar? Estimamos que la respuesta está sencillamente en el principio de división de poderes.

En este sentido, en primera perspectiva pudiera pensarse que la autoridad implicada puede (pero no debe) decretar medidas de apremio, tendientes a la ejecución de la toma de fluidos corporales, aún cuando se trata de recabarla de quien guarda la postura de indiciado objeto de investigación.

Mencionamos, en una primera aproximación, que dicha autoridad está potestada a tal efecto, virtud a que las normas procesales bajo análisis no permiten a las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, un control de la constitucionalidad de las leyes<sup>22</sup> emanadas del Congreso de la Unión<sup>23</sup>; sin embargo, el deber que limita a la autoridad, en ese supuesto, se encuentra

---

<sup>22</sup> Que en nuestro caso, lo sería relacionado a la posible vulneración del principio de división de poderes nacida de la norma (en sí misma) estipulada por el legislador.

<sup>23</sup> Sobre tal punto es puntual la siguiente jurisprudencia: Registro No. 900159, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice 2000, Tomo I, Const., Jurisprudencia SCJN, Página: 196, Tesis: 159, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional. CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO

imbíbido en el respeto a las garantías de no autoincriminación y presunción de inocencia, lo que resulta indicativo que la concreción de aquella diligencia de toma de fluidos corporales mediante medios de apremio, implicaría para el sujeto pasivo (indiciado), el sufrimiento de una arbitrariedad, al vulnerar los derechos públicos subjetivos precitados, advirtiéndose, que en apoyo en tales garantías, los medios de apremio –eventualmente– resultan legalmente ineficaces para la consecución de una pretensión de tal envergadura.

### **3.3.5 De las cargas procesales, relacionadas a la toma de fluidos corporales de una persona, en el supuesto de que la diligencia correspondiente se encuentre autorizada por la autoridad jurisdiccional**

Las normas procesales en estudio, revelan la ausencia de carga procesal para el indiciado (si éste ordinariamente así lo decide), relacionada a la toma de muestra de sustancia corporal; por ese

---

133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que “Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto. Novena Época: Amparo en revisión 1878/93.-Sucesión intestamentaria a bienes de María Alcocer vda. de Gil.-9 de mayo de 1995.-Once votos.-Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.-Secretario: Alfredo López Cruz. Amparo en revisión 1954/95.-José Manuel Rodríguez Velarde y coags.-30 de junio de 1997.-Once votos.-Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.-Secretario: Mario Flores García. Amparo directo en revisión 912/98.-Gerardo Kalifa Matta.-19 de noviembre de 1998.-Unanimidad de nueve votos.-Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo.-Ponente: Juan N. Silva Meza.-Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo. Amparo directo en revisión 913/98.-Ramona Matta Rascala.-19 de noviembre de 1998.-Unanimidad de nueve votos.-Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo.-Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo; en su ausencia, hizo suyo el proyecto Genaro David Góngora Pimentel.-Secretario: Miguel Ángel Ramírez González. Amparo directo en revisión 914/98.-Magda Perla Cueva de Kalifa.-19 de noviembre de 1998.-Unanimidad de nueve votos.-Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo.-Ponente: Juan N. Silva Meza.-Secretaria: Guillermina Coutiño Mata. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, agosto de 1999, página 5, Pleno, tesis P/J. 74/99. véase la ejecución en la página 6 de dicho tomo...” IUS 2007, *Ob. Cit.*, nota 11.

motivo, atendiendo a sendas disposiciones constitucionales precitadas, los principios de no autoincriminación y presunción de inocencia, establecen reglas procesales de carga probatoria para la Representación Social de la Federación<sup>24</sup>, en el sentido de que a tal órgano del Estado le corresponde la investigación y recabamiento de pruebas conducentes al acreditamiento del cuerpo del delito y probable responsabilidad del indiciado.

De lo anterior, se puede establecer, como un motivo agregado, que el indiciado no tiene la obligación de acceder voluntariamente a la extracción de una sustancia corpórea en su persona, porque a él no corresponde la carga de probar; y, siguiendo esa regla, aun cuando se le presente ante la autoridad ministerial bajo un mandamiento de búsqueda, localización y presentación, tiene la elección de volver a negarse a la práctica de la diligencia correlativa sobre su persona.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Teniendo cabida la tesis judicial de siguiente localización y rubro: No. Registro: 299,990, Tesis aislada, Materia(s): Penal, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, CIV, Tesis: Página: 1107. CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL. El agente del Ministerio Público debe aportar elementos de convicción suficiente para demostrar la existencia del hecho criminoso, ya que, en términos del artículo 21 constitucional le incumbe la carga de la prueba. Amparo penal directo 5391/47. Cancino Caralampio. 3 de mayo de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Teófilo Olea y Leyva. La publicación no menciona el nombre del ponente. *Ídem*.

<sup>25</sup> Al respecto, es aplicable por analogía la tesis judicial de siguiente localización y rubro: Registro No. 180845, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Agosto de 2004, Página: 232, Tesis: 1a./J. 53/2004, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Penal. ORDEN DE BÚSQUEDA, LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL INDICIADO PARA DECLARAR DENTRO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN CONTENIDO EN LA FRACCIÓN II DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El citado numeral concede al indiciado, entre otros, el derecho de no declarar si lo estima conveniente, lo que conduce a establecer que menos aún está obligado a declarar en su contra. Luego, la orden de localización, búsqueda y presentación del indiciado para que declare dentro de la averiguación previa no transgrede el principio de no autoincriminación contenido en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque únicamente se cita al indiciado a que comparezca dentro de esta fase procesal para declarar, sin que tal acto implique que no esté facultado para no hacerlo, de manera que esa citación, lejos de violentar algún derecho, le protege el de defensa dentro del proceso, porque lo posibilita para comparecer y manifestar lo que a su derecho convenga. Contradicción de tesis 80/2003-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto. Tesis de jurisprudencia 53/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dos de junio de dos mil cuatro. *Ibidem*.

### 3.3.6 Perspectiva autoral en medios de defensa

3.3.6.1 En primer lugar, debe asentarse la naturaleza de los actos a impugnar.

En el presente caso, la diligencia de toma de muestra de fluidos corporales, emana de una ley de naturaleza procesal, proveniente del legislador federal y aquellas normas, para surtir efectos en la realidad, deben actualizarse sobre las hipótesis que contienen en cada caso; por esa razón, la sola publicación de aquellas adiciones en el Diario Oficial de la Federación no implican la afectación concreta en la esfera jurídica de ninguna persona.

De tal forma, para que la incorporación legal a que nos referimos, sea susceptible de impugnación, es menester se materialice en la realidad concreta, provocando en la persona (vinculada a una investigación de delitos) un menoscabo en alguno de sus bienes jurídicos, mediante un acto definido de autoridad.

En nuestro caso, se trata de la autorización positiva de una toma de muestra de fluidos corporales, por autoridad judicial, lo que necesariamente implica el deber del titular de ese órgano, para potestar en abono del Ministerio Público de la Federación, el llevar a cabo la localización y presentación de la persona a efecto de que tenga verificativo la diligencia correspondiente; a su vez, no escapa la posibilidad de que, para hacer efectiva aquella resolución se decreten los medios de apremio que se estimen conducentes.

#### 3.3.6.1 Medios de defensa.

3.3.6.1.1 En una primera proposición defensiva, es posible plantear juicio de amparo contra leyes, del numeral 168 Ter del Código Federal de Procedimientos Penales, arguyendo como acto reclamado, la autorización judicial de la diligencia de toma de fluidos corporales y del Ministerio Público Federal la ejecución de aquella autorización, con la inminente autorización y ejecución de los medios de apremio correlativos; basados las anteriores líneas en la violación al principio de división de poderes<sup>26</sup>, reconocido en el numeral 49 de la Carta Magna Nacional.

---

<sup>26</sup> Véase el punto 3.3.1.1.1.1.2 tercer párrafo.

3.3.6.1.2 Como segunda acción de defensa, se plantea juicio de amparo indirecto, contra la orden de localización y presentación de la persona a efecto de que no tenga verificativo la diligencia de toma de fluidos correspondiente; sin embargo, sobre aquella orden, existe una jurisprudencia definida<sup>27</sup> de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que dicha resolución, no implica un acto restrictivo a la libertad personal del individuo contra el que se decreta; y, al tener el carácter de obligatoriedad para todos los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, es evidente que un argumento basado en tal sustento se estima jurídicamente no viable.

3.3.6.1.3 Como una tercera acción de defensa, se propone el juicio de amparo indirecto, contra los medios de apremio en su caso autorizados, para hacer efectiva la diligencia de toma de muestra de fluidos corporales, cobrando especial trascendencia la suspensión del acto reclamado a efecto de que no recaiga sobre el agraviado en garantías un acto de imposible reparación, ya que la afectación en la esfera jurídica del gobernado, recaería precisamente sobre la libertad personal de decidir voluntariamente sobre la no aportación voluntaria (de ser ese supuesto) de sustancias corpóreas, suspensión que al tener el efecto de mantener las cosas en el estado en que se encuentran, garantizaría además la vigencia de los principios de no autoincriminación y presunción de inocencia.

3.3.6.1.4 En caso de que se hubiere ejecutado irreparablemente, mediante los medios de apremio, la diligencia de toma de fluidos corporales –sin el consentimiento del sujeto–, se recomendaría objetar el alcance probatorio de aquél medio de prueba, a efecto de que no se conceda ningún aquilatamiento de convicción (tanto en la etapa de averiguación previa penal, como –de ser el caso– en el proceso ante órgano jurisdiccional), al resultar ilegal su obtención, por basarse su desahogo en un acto privativo de derechos, sin garantía de audiencia y practicarse con exceso de facultades por las

---

<sup>27</sup> *Ob. Cit.*, nota 17.

autoridades que a él se relacionan, violándose además los principios constitucionales de no autoincriminación y presunción de inocencia.

3.3.6.1.5 De no reflejarse efectos positivos a la defensa en sentencia definitiva de primer grado, se recomienda acudir en impugnación de merito –bajo las líneas de argumentación de origen antes descritas– a segunda instancia, en conjunto con otros agravios (principales o secundarios), en ese supuesto.

3.3.6.1.6 Si no se obtuvieren efectos positivos a la defensa en resolución definitiva de segunda instancia, se recomienda acudir en vía de amparo directo, aduciendo inconstitucionalidad en el acto de ejecución del acto reclamado con trascendencia a la defensa del sujeto en el fallo definitivo, bajo las líneas de argumentación de origen antes mencionadas.

## 4. CONCLUSIONES

Primera.

Según el dictamen de la Cámara de Origen, la incorporación de los numerales 168 Bis, 168 Ter y 168 Quater, del Código Federal de Procedimientos Penales, ayuda a establecer una mayor colaboración entre autoridades y sociedad, para determinar de forma más eficaz y expedita una investigación.

Segunda.

La facultad de investigación por el Ministerio Público Federal, al abarcar una actividad exclusiva de autoridad, consistente en un inquirimiento histórico y jurídico, es legitimante de la solicitud de aportación voluntaria de muestras de fluido corporal.

Tercera.

La toma de fluido corporal de una persona dentro de la etapa de averiguación previa penal, implica necesariamente un acto de desprendimiento de lo inherente a la esfera jurídica del individuo.

Cuarta.

Cuando el Representante Social, solicita la muestra de fluido corporal a una persona, implica que ésta, se deberá encontrar relacionada

al procedimiento penal, como parte (directa o indirecta) de una investigación sobre posibles hechos delictuosos.

Quinta.

El sujeto objeto de la toma de muestra de fluido corpóreo tiene la posibilidad de dar una respuesta ante dos posibles alternativas: Voluntariamente proporcionarla; o bien, negarse a ello.

Sexta.

El consentimiento del sujeto del requerimiento a la extracción de fluidos, implica la elección entre las dos alternativas fijadas en la norma, la decisión positiva es, para el sujeto que aprueba aquella aportación de fluidos, en el ejercicio de su voluntad encaminada al asentimiento relativo.

Séptima.

Las normas procesales analizadas, facultan al Representante Social de la Federación, para instar al órgano jurisdiccional, con el fin de obtener una autorización, a efecto de llevar a cabo una diligencia de recabamiento en fluidos corporales, de la persona que en principio se negó a proporcionarlos.

Octava.

Ante el requerimiento de la autoridad investigadora, la judicial es posible deje de responder aquella instancia, por no pronunciarse al respecto ni positiva, ni negativamente.

Novena.

La consecuencia de la autorización de toma de muestra de fluido corporal, deriva para el juez la obligación de facultar al Ministerio Público para que lleve a cabo la localización y presentación de la persona a efecto de que tenga verificativo la diligencia correspondiente.

Décima.

El principio de división de poderes, indica que no podrán reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial (con las salvedades constitucionales que operan en la materia).

Décima primera.

Bajo la decisión jurisdiccional, queda comprendida también la



posibilidad de negar la autorización a la Fiscalía, para la toma de muestra de fluidos corporales.

Décima segunda.

La orden de búsqueda, localización y presentación de la que el juez debe facultar al Ministerio Público (considerada en sí misma), objetivamente queda agotada en el momento que el sujeto de interés, es presentado ante la autoridad ministerial, para el desahogo de la diligencia cuyo objeto persigue.

Décima tercera.

La autorización judicial (desde su regulación legislativa) se estimaría superflua si a ella no se decretaran los medios de apremio necesarios para hacer cumplir aquella autorización.

Décima cuarta.

Quien guarda la calidad de indiciado, puede negarse dentro de la diligencia correspondiente, de acceder a se le tome una muestra de fluido corporal de su persona, porque al tener la calidad de imputado, tiene la potestad de no perjudicar su situación jurídica, pudiendo hacer valer los derechos constitucionales de no autoincriminación y presunción de inocencia.

Décima quinta.

Quien no guarda la calidad de indiciado, puede negarse a la práctica de la toma de fluidos corporales en su persona; sin embargo, al no disfrutar de las garantías constitucionales propias de la situación de un indiciado, las consecuencias jurídicas de tal postura, se observan menos favorables, siendo ilustrativo las últimas adiciones practicadas, en data de 23 de enero de la presente anualidad, al Código Penal Federal, en el artículo 400, donde se incorpora la figura delictiva consistente en el desvío u obstaculización de la investigación del hecho delictivo.

Décima sexta.

Los medios de apremio, se entienden como los instrumentos procesales que tiene la autoridad, para hacer cumplir (ejecutar) las determinaciones decretadas dentro de un procedimiento.

Décima séptima.

Por el vicio de inconstitucionalidad de que –se estima– adolece el

artículo 168 Ter del Código Federal de Procedimientos Penales, no es determinable validamente, la autoridad que debe autorizar y ejecutar (en su caso) los medios de apremio conducentes la obtención de muestras de fluido corporal.

Décima octava.

Los principios de no autoincriminación y presunción de inocencia, establecen reglas procesales de carga probatoria para la Representación Social de la Federación.

Décima novena.

El indiciado no tiene la obligación de acceder voluntariamente a la extracción de una sustancia corpórea en su persona, porque a él no corresponde la carga de probar.

Vigésima.

La realización de la diligencia de toma de fluido corporal, es impugnabile por medio del amparo contra leyes; por ejercicio del amparo indirecto contra los medios de premio; la realización de la diligencia mediante medios de apremio, realizada sin el consentimiento del indiciado, es objetable en el alcance probatorio de aquél medio de prueba, a efecto de que no se conceda ningún aquilataamiento de convicción, tanto en averiguación previa penal, como ante instancia judicial penal; de subsistir en punto controvertido, es factible acudir en impugnación de merito –bajo las líneas de argumentación de origen antes descritas– a segunda instancia, en conjunto con otros agravios; si con lo anterior, no se obtuvieren efectos positivos a la defensa en resolución definitiva de segunda instancia, se recomienda acudir en vía de amparo directo, aduciendo inconstitucionalidad en el acto de ejecución del acto reclamado con trascendencia a la defensa del sujeto en el fallo definitivo.

## 5 BIBLIOGRAFÍA

BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 27ª ed., México, edit. Porrúa, 1995.

DE LA CRUZ Agüero Leopoldo, *El Término Constitucional y la Probable Responsabilidad Penal*, 3ª edición, México, edit. Porrúa, 2002.

### 5.1 FUENTES ELECTRÓNICAS

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2009, (citado 25, 02, 2009), formato html, disponible en Internet: <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/Default.htm>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2009, (citado 25, 02, 2009), formato html, disponible en Internet: <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/Default.htm>

NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, (en línea), 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, (citado 21, 03, 09), formato html, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm> ISBN 970-32-0886-X).

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro, *División de Poderes y Régimen Presidencial*, (en línea), 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, (citado 28, 03, 09), formato html, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm> ISBN 970-32-3792-4

### 5.2 DICCIONARIOS

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, XXII edición, España, edit. Espasa Calpe, 2001, T. I y II.

### 5.3 MULTIMEDIA

IUS 2007, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

### 5.4 LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Ley de Amparo.

## La reforma al Ordenamiento jurídico mexicano para introducir un nuevo sistema de justicia penal. Análisis del artículo 17 Constitucional

*Martín Orozco Toledo\**

Sin duda, una de las reformas constitucionales más importantes de los últimos años fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008. Se trató de modificación sustancial a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123, de la carta magna, cuyo objetivo fue establecer un nuevo sistema de justicia penal ordinario, el cual puede definirse como la transformación más profunda del proceso penal mexicano moderno.

En efecto, desde el Congreso Constituyente de 1916 no ha existido una reforma que tenga la misma amplitud de miras y objetivos<sup>1</sup>. Con la reforma al texto constitucional, se abre una nueva etapa: la implementación de los principios y directrices de la reforma en el ámbito procesal penal ordinario, etapa que evidentemente, será una de las labores más delicadas para todos los operadores jurídicos del país.

En la adopción del nuevo sistema de justicia penal ordinario, delineado en la Constitución, es imprescindible analizar la reforma al artículo 17 de la carta magna, por el rol tan importante el funcionamiento del mismo, en tanto que establece: mecanismos alternativos para la solución de controversias, la explicación de las sentencias que pongan fin a los “procedimientos orales” y la instauración de una defensoría pública de calidad. Aspectos que

\*Oficial Administrativo.

<sup>1</sup> Carlos F. Natarén Nandayapa, “Breves reflexiones sobre algunos retos en el diseño del nuevo proceso penal ordinario”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 83.

fueron incorporados al texto constitucional, producto de un esfuerzo y resultado del diálogo entre legisladores, funcionarios, representantes de agrupaciones ciudadanas y académicos, con el fin de reforzar la garantía conocida en la doctrina como de *acceso a la justicia* en el ámbito del nuevo sistema de justicia penal ordinario.

El artículo 17 constitucional, no sufrió modificación alguna en sus párrafos vigentes hasta antes de la reforma del 18 de junio de 2008, sino que se adicionaron tres párrafos, para quedar como sigue:

Texto anterior	Reforma del 18 de junio de 2008
<p><i>“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.</i></p> <p><i>Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.</i></p> <p><i>Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.</i></p>	<p><i>“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.</i></p> <p><i>Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.</i></p> <p><i>Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.</i></p> <p><i>Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.</i></p>

<p><i>Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.”</i></p>	<p><i>Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.</i></p> <p><i>La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.</i></p> <p><i>Nadie puede ser aprisionado por</i></p>
--	--

De la exposición de motivos de la reforma al artículo 17 Constitucional, se advierte que la adición del párrafo tercero, relativo a los mecanismos alternativos de solución de controversias, persigue una doble intención: la primera agilizar el desempeño de los tribunales; la segunda, establecer que la instancia penal será la última a la que se recurra, beneficiando así una mayor rapidez a la solución de los conflictos sociales, al mismo tiempo que disminuyan los costos, tanto para el sistema de justicia como para las partes involucradas, además de que representan una posibilidad real de descongestionar a los tribunales y sistema penitenciario. Aunado que los mecanismos alternativos a los procesos jurisdiccionales, son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita: la mediación, conciliación y arbitraje, permiten cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, despresurizar las cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y la obtención rápida de la reparación del daño.

De igual manera, se sostuvo que los citados medios para solución de controversias, la evolución progresiva de los derechos humanos ha derivado en la conclusión de que la obligación de los Estados de garantizar el libre ejercicio de los mismos no se limita a una cuestión formal, sino que además impone la obligación al Estado de proporcionar todos los medios necesarios para que el sujeto de dichos derechos pueda hacerlos efectivos; conclusión que tenía su origen en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se fija el compromiso de los Estados partes respecto de la aplicación de dicho instrumento internacional, y en las ideas sustentadas por el notable jurista italiano Mauro Capelletti, respecto a la obligación del Estado de garantizar el acceso efectivo a la justicia.

En dichas formas exigirá cubrir previa y totalmente la reparación del daño; asimismo, necesitarán la revisión de la autoridad judicial en su cumplimiento.

Al respecto, cabe mencionar que en el sistema acusatorio planteado por la reforma, cobran especial importancia los medios alternativos de solución en la medida que no todos los asuntos llegarán a juicio, sino únicamente los que por su gravedad o trascendencia así lo ameriten, y que no hayan tenido solución a través de la mediación, la conciliación o el arbitraje. Por ello se dice que en los países que han adoptado dicho sistema, el mayor porcentaje de casos se soluciona a través de los medios alternativos (casos como delitos no graves, de querrela o en flagrancia).

Consideramos que para terminar con el problema de los procesos tardados y complicados, el remedio son los procedimientos alternativos de solución de controversias y no tanto los juicios orales copiados del extranjero. El párrafo nos pareció correcto; sin embargo, se mencionó que el término “mecanismos”, no parece adecuado, ya que corresponde más bien a la rama de la ingeniería y no a la del derecho, por ello, debió ser más correcto poner la palabra “procedimientos”, o “medios”.

Además, tales mecanismos alternativos de solución son el factor

indispensable para el éxito de los juicios orales que se pretende incorporar en nuestro sistema jurídico penal mexicano, ya que en la mayor medida en que se puedan resolver las causas penales a través de un acuerdo o negociación judicial, será menor el número de asuntos que tenga que ventilar un juez penal. Lo anterior, estimamos que es loable, sin embargo, la ley secundaria que reglamentará tales alternativas de solución, deberá ser cuidadosa en señalar con precisión los tipos y el alcance de dichos arreglos, además, las bases de manera clara de esos mecanismos alternativos.

Ahora bien, por lo que concierne a la reparación del daño como pena pública, es de especial interés en la reforma, pues su pago se constituye como una condición para que operen los medios alternativos de solución de controversias.

Es necesario que se delimiten los casos específicos de procedencia, como podrían ser los delitos perseguibles por querrela, dejando de lado los ilícitos dolosos y en atención al monto del daño, toda vez que el convenio al que lleguen el activo del delito y el ofendido debe ser exclusivamente en relación con aspectos económicos que afecten sus derechos privados y prever lo conducente cuando no se llegue a tal acuerdo o convenio.

La reparación del daño, como no siempre se hace efectiva dicha condena, el espíritu que ahora la motiva tiende de manera eficaz a proteger los derechos de las víctimas y a que el responsable de la conducta ilícita se responsabilice del daño causado, bastaría una supervisión judicial efectiva y que las disposiciones en la ley adjetiva especifiquen con claridad quién será el órgano y los funcionarios competentes que la realicen, debiendo recaer tal función en los jueces del control o especialistas.

Sobre la supervisión judicial, existe la incertidumbre si sólo se refiere a constatar el cumplimiento de la reparación del daño a favor del ofendido o si se incluye el verificar la legalidad del medio alternativo que se está utilizando. Obvio que estos medios alternativos son en la fase de averiguación previa, pues de otra forma no habría necesidad de la supervisión judicial.



El legislador consideró relevante imponer la carga procesal al órgano judicial de explicar sus sentencias, tanto en sus alcances como en sus consecuencias, esto en el cuarto párrafo del artículo 17 Constitucional, y sostuvo que, a fin de proteger en todo momento los derechos humanos tanto de la víctima o de los ofendidos, como de los inculpadados, toda resolución que ponga fin a un proceso, cualquiera que sea su naturaleza, deberá ser explicada detalladamente a las partes en sus alcances y consecuencias, en audiencia pública, evitando así que las soluciones alternativas de conflictos que se proponen se conviertan en una fuente de abusos para los más desprotegidos.

Cabe mencionar que en los juicios orales, atendiendo al principio de publicidad y de inmediación, resulta obvio que las sentencias sean notificadas y explicadas al sentenciado en audiencia; se debe entender que dicha explicación será en los términos más claros posibles, para que a los asistentes a la audiencia les sea asimilable su contenido. Lo anterior en cumplimiento a la garantía de acceso a la justicia.

Consideramos que no es muy claro el párrafo de referencia, en cuanto a qué sentencias se refiere, si las que se dicten en los procedimientos alternativos de solución de controversias o a la de los juicios orales establecidos en el artículo 20 Constitucional de esta reforma. Entendemos que se refiere a los primeros porque el párrafo anterior los menciona, pues en los segundos el dictado y la notificación de las sentencias se regulan de otra manera, por existir el registro escrito. Además las sentencias no se explican, se dan a conocer o se notifican. De igual forma, se considera que los convenios alternativos de solución de controversias no tienen porque explicarse públicamente, ya que sólo se refiere a las sentencias dictadas en los juicios orales y excluyendo los juicios abreviados, que son distintos de los medios alternativos.

En este sentido, este párrafo debió referirse a que las resoluciones tomadas en los procedimientos alternativos, debieran ser notificadas en audiencia pública en presencia de las partes; creemos que podría decir así:

“Las sentencias que pongan fin a los *procedimientos alternativos de solución de controversias* deberán ser notificadas en audiencia pública previa citación de las partes”.

Finalmente, se adiciona el sexto párrafo al artículo 17 Constitucional, en el que se propone a la defensoría pública como una institución que salvaguarde los derechos individuales y colectivos de toda la nación mexicana, permitiendo un efectivo acceso a la justicia; deberá ser de calidad, profesional, de carrera y con un ingreso igual al de los Ministerios Públicos. Además, en congruencia con la eliminación de la “persona de confianza” se debía garantizar el derecho a una defensa adecuada por abogado, para lo cual se debía prever un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurar las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores, estableciendo que sus emolumentos no pueden ser inferiores a los que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

A mayor abundamiento, el legislador expuso que la adición del párrafo sexto, constituye una forma eficaz de garantizar el acceso a la población a la justicia, atendiendo las desigualdades de la sociedad mexicana, en la que un alto porcentaje se encuentra sometido a la pobreza extrema y con la finalidad de que se garantice, por parte del estado, que los servicios jurídicos en defensa de los más débiles sean de calidad, ya que si el sistema de justicia es altamente aceptable únicamente en cuanto a la acusación y juzgamiento, pero no en el de la defensa, el resultado es la injusticia social, tan costosa para todos.

Ciertamente, la reforma pretende profesionalizar a la defensa pública, e instrumentar su servicio civil de carrera. Con ello se busca el equilibrio procesal entre la defensa y el órgano de la acusación, tanto en la capacitación como en su retribución económica. Lo anterior conlleva a la sustitución de la defensa del acusado por propio derecho y por persona de su confianza, atendiendo al contenido de la fracción VIII, apartado B, del artículo 20 Constitucional reformado.

En este contexto, la implementación de una Defensoría Pública de calidad responde a la necesidad de crear una instancia que vele por los intereses de las clases menos favorecidas, para que se garantice por parte del Estado un verdadero acceso a la justicia, de manera tal que esa institución se erija como un contrapeso frente al poder represor del Estado representado por Ministerio Público.

Nos pareció espléndida la disposición; sin embargo, se disintió si la cuestión de igualdad de las percepciones con el Ministerio Público debe o no establecerse en la Constitución, pues no es garantía para el gobernado, sino una prerrogativa para el defensor público. Aunque se debe tomar como una garantía del procesado para asegurar una defensa de excelencia, al estar en igualdad de circunstancias de salario el defensor con el Ministerio Público.

Asimismo, consideramos que el problema para establecer un servicio profesional de carrera para los defensores públicos, radica en que no se cuente con la adecuada infraestructura, que dote de los suficientes elementos técnicos, económicos y estructurales para hacer frente a la gran demanda que existe por parte de la población; sobre todo en los Estados de la República.

Para una mejor comprensión de este párrafo debe relacionarse con el principio de defensa adecuada a que se refiere el apartado B del artículo 20 Constitucional reformado, en el que se establece el derecho del imputado a ser asistido por un abogado, esto es, por un licenciado en derecho, ya sea particular o uno pagado por el Estado. En un país como el nuestro, de grandes desigualdades sociales resulta indispensable el contar con un sistema de defensa pública gratuita, ya que los defensores oficiales atienden la gran mayoría de los casos procesados. Se considera muy positivo que se imponga a las entidades estatales la obligación de instalar un servicio de defensoría pública, no sólo gratuito sino ahora de calidad mediante el establecimiento de un verdadero servicio profesional de carrera. Es reconocido que en la jurisdicción federal la defensoría pública ha logrado grandes avances mediante procedimientos rigurosos de selección y una constante capacitación y actualiza-

ción de sus integrantes. Es indudable que la reforma, en este punto, impactará positivamente a los sistemas del fuero local.

Así pues, en lo referente al servicio profesional de carrera, podrá aprovecharse la exitosa experiencia adquirida durante poco más de diez años por el Instituto Federal de Defensoría Pública, en el que ya existe un sistema de servicio civil que comprende la selección, ingreso, adscripción, permanencia, promoción, capacitación, prestaciones, estímulos y sanciones para los defensores públicos, y su función se rige por los principios de probidad, honradez, profesionalismo, y de manera obligatoria.

Sobre el particular, es inobjetable que los concursos abiertos han garantizado el ingreso de los mejores, pero su permanencia depende de sus resultados a la luz de un proceso de evaluación constante, en el que la capacitación permite la actualización día a día, propiciando que los servicios de defensa alcancen óptimos estándares de eficiencia.

Finalmente, a reserva de lo que se indique en la ley secundaria, hubiera sido acertado establecer, en la propia Ley Fundamental, la autonomía de la defensoría pública, pero esto último quedará, por ahora, como una aspiración sobre la que los invitamos a reflexionar.

## **1. REPERCUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA**

### **1.1. REFORMA DE LOS CÓDIGOS PENALES**

La reforma constitucional<sup>2</sup> al sistema de justicia penal es sin duda una tarea de enorme envergadura y que, por tanto, demanda un gran esfuerzo y un cuidado extremo. Las fallas en su instrumentación pueden ocasionar problemas graves.

El sistema federal acentúa la necesidad de cuidar el aspecto temporal de su instrumentación, ya que, a diferencia de los Estados con un régimen unitario o centralista, en nuestro país un cambio como el propuesto requiere la actuación del Congreso de la Unión, las Legislaturas de los Estados y el órgano legislativo del Distrito Federal.

<sup>2</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de junio de 2008.

Lo anterior debe hacerse, además, de manera gradual, de tal manera que se permita a los integrantes de la Unión avanzar a su propio ritmo. Desde luego, con un plazo máximo de ocho años, que garantice a todos los mexicanos que, de agotarse éste, México contará con un procedimiento penal más justo, más eficiente, más expedito.

En efecto, la primer cuestión esencial que es necesario considerar para lograr la implementación de los juicios orales en México, es sin duda alguna, la adecuación de la legislación penal secundaria. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo segundo transitorio, el sistema procesal penal acusatorio, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria (federal o local), pero sin que en ningún caso se pueda exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación del decreto de reformas a la Constitución Federal.

Además, de lo dispuesto por el artículo segundo transitorio, se advierte que la vigencia de la reforma constitucional, queda supe-  
ditada a la eficacia de las reforma legales. De acuerdo a los resultados empíricos de los juicios orales en los países latinoamericanos en los que se han instrumentado, se pueda afirmar que el éxito o fracaso de las reformas judiciales no depende de su incorporación a la Constitución, sino más bien, del cuidado que se tenga en las modificaciones relativas a su instrumentación.<sup>3</sup> La experiencia latinoamericana muestra que los países que han tenido éxito en sus reformas judiciales, como sucedió en el caso concreto de Chile, obedeció, fundamentalmente a que hasta antes de 1999, tenían un sistema penal inquisitorio puro, pues el juez del Crimen tenía a su cargo la investigación, persecución, instrucción y sanción de los delincuentes; por tanto tenían un sistema de justicia penal demasiado anacrónico e inoperante para esas fechas; cuando asumen pasar a un sistema acusatorio, se hacen las modificaciones

---

<sup>3</sup> Pásara, Luis, (coord.) *En busca de una justicia distinta; experiencias de reforma en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

legislativas necesarias, se expide la Ley Orgánica del Ministerio Público (dicha institución nace en ese país con motivo de esa ley) se expide el Código Penal, la Ley Orgánica de Defensoría Pública; se precisa una fecha para que entre en vigor dicho sistema y se instrumenta que los juicios orales se irán aplicando paulatinamente en las provincias más lejanas hasta llegar a Santiago, la capital.

## **2. REPERCUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE**

Indudablemente la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, marcará una nueva época en la emisión de la jurisprudencia por los órganos jurisdiccionales competentes, desde luego, en caso de que se susciten conflictos en la aplicación de la Ley, una vez que entre en vigor el sistema procesal penal acusatorio, conforme lo establezca la legislación secundaria (federal o local), sin que en ningún caso se pueda exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación del decreto de reformas a la Constitución Federal, esto conforme a lo dispuesto por el artículo segundo transitorio.

En efecto, desde de la reforma constitucional de 1994, no se ha visto nada similar. La implementación del nuevo sistema penal acusatorio, forja un nueva época de desarrollo en el ámbito de la impartición de justicia.

## **3. DOCTRINA**

En el ámbito de la academia, existen ya algunos trabajos que abordan el estudio del nuevo sistema penal acusatorio y en particular de los temas que involucra la garantía de acceso a la justicia, veamos algunos de ellos.

El doctor Sergio García Ramírez<sup>4</sup> analiza la solución alternativa de los litigios y refiere que ésta se da a través de la autocomposición horizontal y vertical. Dichos sistemas los explica de la siguiente manera: “Esta última supone el concurso de volun-

---

<sup>4</sup> García Ramírez, Sergio, “La reforma al proceso penal: algunos riesgos y desafíos”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, No. 11, 2008; [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

tades: la del Estado –que es una voluntad dominante, difícilmente resistible– y la del infractor –presionado por sus temores, asediado por sus carencias y orientado por sus asesores–. La composición horizontal implica la concurrencia de otras voluntades: víctima y victimario, cada uno con sus propias fuerzas.”

Asimismo, el prestigiado tratadista retoma una frase de Elías Neuman<sup>5</sup> quien afirmaba que: “múltiples conflictos penales que involucran acciones delictivas consumadas o tentadas pueden ser resueltos por mediación o conciliación contando con la aquiescencia y la voluntad favorable de las partes”, que –afirma– es una alternativa cada vez más explorada, pero también dicho acuerdo puede ser producto de las circunstancias en las que se negocia y del vigor de los negociadores y concluye con señalar que no deja de inquietar esta remisión de la justicia a los pactos del Estado, representado por individuos y los inculpados, o los acuerdos entre desiguales.

La postura del doctor Sergio García Ramírez es de escepticismo a la eficacia de los medios alternativos de solución de conflictos, la cual se comparte, pues los resultados de estos mecanismos dependerán de la capacidad que tenga el Estado de preparar a sus representantes, para que su negociación sea en pro de la víctima y no como un medio para evitar el trabajo que implicará la representación en juicio de estos últimos.

Otra perspectiva al respecto es la que sostienen Miguel Carbonell y Enrique Rocha,<sup>6</sup> para quienes el éxito de los juicios orales reside en parte en la posibilidad efectiva de gestionar un volumen importante de causas penales, pues –afirman– si ese volumen excede la capacidad de gestión de los órganos acusadores entonces el sistema enfrentará enormes problemas, ya que en ese escenario es posible que las audiencias se difieran o se programen en periodos de tiempo muy extensos, anulando las ventajas que comporta un sistema de juicios orales.

---

<sup>5</sup> Neuman, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Depalma, 1997.

<sup>6</sup> Carbonell, Miguel y Rocha, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, Editorial Porrúa, México, D.F. p.129 .

Para lograr ese objetivo –precisan Carbonell y Rocha– se debe permitir que dentro del procedimiento penal existan salidas alternativas que permitan tutelar con prontitud los intereses de las partes involucradas.

Para dichos autores, la solución alternativa de solución de conflictos debe permitirse en la medida que resuelve de manera más eficaz una exigencia de la sociedad que es la reparación del daño, con lo cual estamos de acuerdo, pues a la víctima u ofendido, en la mayoría de los casos, no le interesa el castigo que le puedan imponer al responsable, sino que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la conducta delictuosa.

Además, es importante destacar que la solución alternativa de conflictos sirve como una válvula de escape para el sistema penal acusatorio, o dicho de otra manera, es un filtro que permite que únicamente los casos de trascendencia lleguen hasta los tribunales o culminen con sentencias.

Por lo que se refiere al derecho a la defensa, Miguel Carbonell<sup>7</sup> comenta que hasta ahora, la Constitución permite que una persona acusada de haber cometido un delito pueda ser asistida durante la averiguación previa y mientras dure el proceso en su contra por “abogado o persona de su confianza”. La figura de “persona de confianza” ha generado en muchos casos una mala defensa para los acusados, ya que ha sido utilizada por lo que se conoce en el ámbito jurídico como los “coyotes”, es decir, por personas que sin haber obtenido un título de abogado se ofrecen para defender a personas detenidas. La reforma de Fox propone exigir desde el texto del artículo 20, apartado A, fracción II Constitucional que en materia penal solamente puedan defender al acusado “abogados certificados” o bien, cuando la persona no tenga recursos para pagar un abogado o no quiera nombrar uno, por defensores públicos.

Sin embargo, dicho jurista si bien reconoce que esa medida es

---

<sup>7</sup> Carbonell, Miguel, “Cuando la impunidad es la regla. Justicia penal y derechos fundamentales en México”, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).



en el sentido correcto, también considera podría haber ido un poco más allá y dar el paso definitivo hacia la colegiación obligatoria de los abogados, de forma que no baste con el título profesional de licenciado en derecho para poder llevar defensas procesales (en materia penal o en cualquier otra materia); contando con el título, los licenciados en derecho deberían enfrentar un examen posterior que los habilitaría para poder hacerse cargo de la defensa de otras personas, tal como sucede en un buen número de países democráticos alrededor del mundo.

Para apoyar la necesidad de la colegiación obligatoria cita a Diego Valadés en la forma siguiente:

*“En cuanto al caso de la abogacía, el problema de la colegiación obligatoria es más complejo. Varios de los más serios colegios se inclinan por aceptar esa modalidad, porque se advierte que la función de los abogados tiene características muy particulares con relación a otras actividades profesionales. Por lo general, el abogado se sitúa entre el particular y el órgano de impartición de justicia; su tarea es crucial para asegurar que no haya distorsión en las funciones de justicia, y debe garantizar que cuenta con los atributos técnicos y éticos que lo hacen merecedor de la confianza de su patrocinado”.*

Y concluye con afirmar que quizá en ese sentido camine otra propuesta de reforma que se contiene en la iniciativa que se está comentando. La iniciativa propone adicionar un párrafo al artículo 17 Constitucional, con el siguiente texto: “Las leyes federal y locales sentarán las bases para que se garanticen la libertad, la capacidad y la probidad de los abogados”.

La idea de una colegiación obligatoria que certifique a los litigantes para una determinada materia, es de particular relevancia y creemos que sería una garantía para añadirle valor al ingrediente principal de la reforma que es el factor humano, pues si únicamente se cambian los procedimientos pero no los actores principales, se corre el peligro de que únicamente se verbalicen los procedimientos, pero que la calidad de éstos sea la que hasta ahora hemos padecido.

## 4. DERECHOS HUMANOS

### 4.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, se adoptó y proclamó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, con el fin de garantizar la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, y que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, así lo señala en su preámbulo, lo que es fundamental y sobre la que se ciñe la firma y adopción por parte de los Estados parte.

Así, la reforma constitucional surge como un intento de satisfacer las inquietudes de la sociedad mexicana hoy en día se refiere a la ineficacia del sistema de justicia penal en el país. Esto es, que la procuración e impartición de justicia lejos de satisfacer las necesidades de los sujetos que intervienen en su sustanciación, se han visto rebasadas por las prácticas de corrupción e inequidad provocando que víctimas y acusados padezcan, indistintamente, la incertidumbre jurídica e impunidad que caracteriza al sistema.

Cabe mencionar que nuestro régimen jurídico, coincide con las expresiones jurídicas más democráticas, la Carta Magna establece un proceso penal federal acusatorio, cuyo sistema probatorio descansa fundamentalmente, en los principios de inmediación procesal, de contradicción y de publicidad, con preeminencia de la oralidad.

En efecto, es concurrente con las tendencias internacionales en relación con la protección a los Derechos Humanos, como ha de advertirse en el estudio de las disposiciones más cercamente relacionadas y que hoy constituyen el más fidedigno parámetro de comparación; a saber, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, se instituyen las garantías judiciales mínimas para quienes son juzgados por la comisión de delitos. De tales

ordenamientos, se recogen los principios rectores de juicio criminal, como la inmediación, contradicción y publicidad entre otros.

Consideramos que la reforma constitucional tiene loables propósitos de mejorar el sistema justicia penal, sin embargo si es eficaz o ineficaz respecto de los derechos humanos, merece ser sometido a un análisis exhaustivo una vez que entre en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria (federal o local). Aunado que la reforma transita por un camino lleno de obstáculos naturales, pero también minados por quienes “están esperando que se caiga solita la reforma.”<sup>8</sup>

#### 4.2. PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, E.U.A. el 19 de diciembre de 1966, fue adoptado por México 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 del año de mil novecientos ochenta y uno.

Cobra especial relevancia conforme al tema a estudio, lo dispuesto en el artículo 9, del instrumento internacional en mención, mismo que establece:

“Artículo 9.

1. *Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.*

2. *Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.*

---

<sup>8</sup> Sarre, Miguel, citando la expresión de la alumna Laura Elena Thome Certucha, refiriéndose a los abogados penalistas, 22 de abril de 2008. En efecto, mientras que destacados penalistas asumen posturas que van del escepticismo a la franca oposición al sistema acusatorio-oral delineado en el nuevo artículo 20 constitucional, encontramos a connotados constitucionalistas que la han apoyado decididamente. Entre estos últimos, véase: Carbonell Miguel y Ochoa Enrique: *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*. Edit. Porrúa, 2007.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.”

Consideramos que la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, se ajusta al texto del artículo transcrito y en cuanto a su eficacia o ineficacia es motivo de estudio una vez que entre en vigor dicha reforma cuando lo establezca la legislación secundaria (federal o local).

#### **4.3. CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ**

Dicha convención fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, pero fue hasta el 24 de marzo de 1981, que México se adhirió, pues el Senado de la República lo aprobó el 18 de diciembre de 1980 y publicó en el Diario Oficial de la Federación el 09 de enero de 1981.

Las obligaciones en materia de acceso a la justicia que México asumió al suscribir dicho tratado internacional, están las que a continuación se citan (énfasis añadido):

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna

por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

Como puede advertirse de los numerales transcritos, México

como signante de la Convención Americana de Derechos Humanos, asumió la obligación de garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades, así como evitar cualquier clase de discriminación que consagra ese compromiso internacional, por lo que ese objetivo no podría lograrse si únicamente los de clases económicamente privilegiadas tuvieran acceso a una defensa de calidad.

Por tanto, la reforma de acceso a la justicia que busca que el Estado cuenta con un cuerpo de defensores capacitados, con estabilidad en el empleo, bien remunerados y evaluados en su desempeño, es un paso adelante para cumplir con ese pacto internacional.

Sin embargo, es preciso señalar que el Pacto de San José no estableció derechos de las víctimas, ni consagra ninguna disposición en la que se previera medios alternativos de solución de conflictos, como medio para obtener la reparación del daño de una manera abreviada.

#### 4.4. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para adecuar su sistema interno a la disposiciones que respeten la convención y que la falta de un abogado defensor en un proceso penal es una violación a la garantía judicial consagrada en el artículo 8o. de la Convención.

Empero, no encontramos un pronunciamiento concreto en el sentido de que en el derecho interno deben existir medios alternativos de solución de controversias, ni algún fallo en el que se defina qué requisitos debe tener la defensa pública que proporciona el estado a aquellas personas que no cuentan con recursos económicos para cubrir los servicios de un defensor particular.

#### 5. CONCLUSIONES

La reforma judicial en materia de acceso a la justicia es positiva y alentadora para las víctimas y los ofendidos, que introduce a nuestro sistema cambios de trascendental importancia, como son: los

mecanismos de solución alternativa de controversias y la obligación de explicar el sentido de las sentencias, así como establecer las bases para la existencia de una defensa pública de calidad.

Es indudable que de funcionar el nuevo sistema de solución alternativa de conflictos, ello se traducirá en una forma abreviada para que las víctimas y los ofendidos puedan obtener el pago de la reparación del daño y al mismo tiempo se propicie una cultura de asumir la responsabilidad material por parte de quienes han cometido un delito.

Además, el control judicial que se ejercerá sobre dichos procedimientos, asegurará que los convenios no vayan en perjuicio de las víctimas y que se incurra en actos de corrupción por parte de los representantes sociales.

En este sentido, consideramos que debe ser transformada la institución del Ministerio Público en el juicio penal de corte acusatorio para asumir un nuevo rol, esto es, para desarrollar una investigación técnica, como para desempeñar en el juicio oral la función de parte acusadora, en la que se evalúe sus resultados no por el número de consignaciones, sino por haber logrado la solución de los conflictos, ya sea mediante un arreglo extrajudicial o por haber llevado el caso hasta el ámbito judicial en el que obtuvo una sentencia condenatoria.

De igual forma sería conveniente se regularan cuáles son las facultades que dicha institución tendrá para resolver los conflictos a través de medios alternativos, pues el fiscal deberá siempre buscar la reparación del daño a la víctima, en el que se desempeñe una posición negociadora desde la fuerza del Estado, en el que se asegure que el ofendido sea genuinamente representado por el Ministerio Público y que el responsable no perciba una institución débil que de llegar a juicio podrá eludir su responsabilidad.

Con base en lo anterior, consideramos que se debe crear un Ministerio Público autónomo al Poder Ejecutivo, en el que sea la propia ciudadanía o sus representantes quienes tengan la posibilidad de nombrar al Procurador o Fiscal General y que su permanen-

cia dependa de los resultados que se obtengan y no de la lealtad o amistad con el Gobernador en turno.

También es de destacarse que otro beneficio que se persigue con la finalización de las controversias en forma alterna a la jurisdiccional, constituye una posibilidad real de que asuntos de menor impacto para la seguridad pública se resuelvan sin necesidad de llegar hasta las instancias judiciales, ni que el responsable llegue a un centro penitenciario, lo cual incidirá en la carga de trabajo de los juzgados y tribunales y en la población del sistema carcelario del país y por ende, en el costo para la sociedad.

Por último vemos como un acierto la implementación de una Defensoría Pública de calidad, pues sin lugar a dudas responde a la necesidad de crear una instancia que vele por los intereses de las clases menos favorecidas, para que se garantice por parte del Estado un verdadero acceso a la justicia, de manera tal que esa institución se erija como un contrapeso frente al poder represor del Estado representado por Ministerio Público.

Debemos destacar también que la idea de la colegiación obligatoria para los defensores privados, es otra medida que para ampliar la garantía de acceso a la justicia, pues así se aseguraría un cierto nivel de calidad para los profesionales del derecho que representen a los probables responsables de un delito.

## BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, Mario I., *Acerca del concepto de Derechos Humanos*, Edit. McGraw-Hill, México 1998.

Carbonell, Miguel y Rocha, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, Edit. Porrúa, México, D.F, 2007, p.129

Nader Kuri, Jorge, *El sistema penal acusatorio, los juicios orales y sus implicaciones*, México, 2008.

Natarén Nandayapa, Carlos F., “Breves reflexiones sobre algunos retos en el diseño del nuevo proceso penal ordinario”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema de justicia penal en México: Retos y perspectivas*, 2008, p. 83.



Neuman, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Depalma, 1997.

Pásara, Luis, (coord.) *En busca de una justicia distinta; experiencias de reforma en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

Sarre, Miguel, “Perspectivas de cambio con en el nuevo proceso penal ordinario”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *“El sistema de justicia penal en México: Retos y perspectivas”*, 2008, p. 83.

## LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

## PAGINAS DE INTERNET

[www.bibliojuridica.org.mx](http://www.bibliojuridica.org.mx) (4 de marzo de 2009).

[www.miabogado.com.mx](http://www.miabogado.com.mx) (4 de marzo de 2009).

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) (4 de marzo de 2009).

# La inconstitucionalidad del sistema de impugnación previsto en el apartado A, del artículo 141, del Código Federal de Procedimientos Penales

Vladimir Axayácatl Reyes Rangel\*

*Sumario: I. Introducción. II. El apartado C, del artículo 20 constitucional. III. La reforma del artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales. IV. Análisis del recurso de inconformidad establecido a favor de la víctima u ofendido. V. Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

La noble función que realizan los Defensores Públicos Federales, tanto en la etapa de averiguación previa, como de primera y segunda instancia, ha generado que las personas sujetas a una indagatoria federal o un proceso penal federal cuenten con una adecuada defensa.

Y como cualquier tarea, en la que se rema a contracorriente, han existido obstáculos, basta recordar que en un principio los defensores públicos federales en averiguación previa, cuando presentaban un amparo indirecto contra una orden de aprehensión, la misma era desechada por falta de personalidad, hasta que surgió la tesis con el rubro: DEFENSOR PÚBLICO. SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA PROMOVER LA DEMANDA DE AMPARO EN FAVOR DE SU DEFENSO CONTRA LA ORDEN DE APREHENSIÓN, CUANDO FUNGE COMO TAL EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.<sup>1</sup>

\*Oficial Administrativo.

<sup>1</sup> Tesis XX.2º.10 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIII, marzo

Lo mismo ha ocurrido tratándose de las diligencias de cateo, en donde la práctica de los Ministerios Públicos es hacer que los elementos de la policía que intervienen activamente en el desarrollo de la diligencia firmen el acta circunstanciada de cateo, en calidad de testigos en ausencia o ante la negativa del ocupante del lugar, situación no prevista en la anterior redacción del artículo 61 del Código Federal de Procedimientos Penales.<sup>2</sup>

Lo que a juicio de muchos defensores públicos federales, se considera ilegal porque los policías que participan activamente en una diligencia de cateo, pierden la calidad de testigos, al actuar con parcialidad del lado de la autoridad ministerial, y no se cumple con lo previsto por la ley para el desarrollo de esa diligencia, por lo que se busca que la justicia de la Unión ampare a los sentenciados

---

de 2001, p. 1739, número de registro IUS: 190,193, con el rubro y texto siguientes: “DEFENSOR PÚBLICO. SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA PROMOVER LA DEMANDA DE AMPARO EN FAVOR DE SU DEFENSO CONTRA LA ORDEN DE APREHENSIÓN, CUANDO FUNGE COMO TAL EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. Conforme con lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Amparo, tratándose de actos emanados de un procedimiento del orden penal, basta para la admisión de la demanda, la afirmación que de su carácter haga el defensor del inculcado en su escrito. Por ende, si la averiguación previa es un procedimiento de naturaleza penal, el defensor público federal que representó al inculcado en esa etapa, se encuentra legitimado para promover en su favor la demanda de garantías contra la orden de aprehensión que se dictó en su contra, siempre que no le hubieren revocado el cargo; en razón de que su actuación debe ser continua y sin condiciones que limiten su función, que comprende desde la averiguación previa hasta la ejecución de las penas, es decir, todas las actuaciones encaminadas a procurar la defensa del afectado, en términos del dispositivo 4o. de la Ley Federal de Defensoría Pública; aun cuando el artículo 21, fracción II, de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, establezca que la función del defensor culmina con la consignación de la averiguación previa, pues tal ordenamiento no puede estar por encima de lo que dispone una ley que es de mayor jerarquía. En consecuencia, al declarar improcedente el juicio constitucional, el Juez de Distrito veda a aquél la oportunidad de defenderse adecuadamente a través de un defensor de oficio, como lo prevé la fracción IX del artículo 20 de la Constitución General de la República.”

<sup>2</sup> Artículo 61 del Código federal de procedimientos penales, que dispone: “Cuando en la averiguación previa el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente, o si no lo hubiere al del orden común, a solicitar por escrito la diligencia, expresando su objeto y necesidad, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y los objetos que se buscan o han de asegurarse a lo que únicamente debe limitarse la diligencia. Al concluir el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia. Cuando no se cumplan estos requisitos, la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar.”

y se niegue valor probatorio a los hallazgos durante el cateo, al considerarse pruebas ilícitas.<sup>3</sup>

Situación que llegó hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación vía contradicción de tesis, y si bien la Corte resolvió que la designación realizada por el Ministerio Público, en donde policías firman como testigos en el acta de cateo, no es ilegal; como resultado de esta actividad combativa de los defensores públicos federales, con motivo de las reformas de este año realizadas al Código Federal de Procedimientos Penales, el legislador ordinario, agregó un segundo párrafo al artículo 61, recorriéndose en su orden los demás párrafos, y reformó el anterior segundo párrafo, ahora tercer párrafo.

En el segundo párrafo, el legislador dispuso: “Al inicio de la diligencia el Ministerio Público designará a los servidores públicos que le auxiliarán en la práctica de la misma.”

Mientras que el tercer párrafo quedo de la siguiente manera: “Al concluir el cateo se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia; los servidores públicos designados por el Ministerio Público para auxiliarle en la práctica de la diligencia no podrán fungir como testigos de la misma.”

Sin embargo, el Congreso de la Unión aprovechó la ocasión y con motivo de la entrada en funcionamiento de los jueces de control federales, modificó el primer párrafo del artículo 61 en comentario y eliminó la exigencia de realizar la solicitud de cateo por escrito, al establecer, ahora, que la solicitud puede realizarse por cualquier medio, dejando constancia de la solicitud en la averiguación previa.

Igual situación ocurrió tratándose de la solicitud de arraigo, prevista por el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

---

<sup>3</sup> CORNEJO OLVERA, José Raymundo, “La desaparición de la inviolabilidad del domicilio o la legalización del abuso de poder”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, Número 4, Año 2, 2007, pp. 153-154.

Lo cual a juicio del suscrito, podría contravenir las garantías de legalidad y seguridad jurídica previstas en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional al disponer: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

Así las cosas, ahora, con las reformas en materia penal de este año, el legislador ordinario reformó el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, y estableció un sistema de impugnación a favor de la víctima u ofendido, tratándose de la recepción de elementos de prueba, debiendo resolver sobre su admisión dentro de un plazo de tres días contados a partir de la recepción de dichos elementos de prueba, y además se impone al Ministerio Público la obligación de fundar y motivar su resolución, cuando estime que las diligencias solicitadas sean ilícitas o inconducentes; otorgando a los sujetos procesales antes mencionados la oportunidad de recurrir esa resolución mediante un recurso de inconformidad ante el Procurador General de la República, de todo lo cual debe notificársele, ya sea a la víctima o al ofendido.

Situación que no acontece con el indiciado o su defensor, porque no existe disposición alguna en la legislación procesal penal que obligue al Ministerio Público a resolver sobre la admisión de pruebas ofrecidas por la defensa, tampoco tiene obligación de fundar y motivar esa resolución, y menos aún existe recurso que permita ya sea al defendido o su defensor inconformarse por esa resolución, situación que se considera genera desequilibrio procesal, y como se verá más adelante se considera inconstitucional su institución, si bien no en relación con la víctima u ofendido, sí al no estar prevista a favor de la defensa.

## II. EL APARTADO C DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL

Desde el año dos mil seis, fueron presentadas varias iniciativas de reforma a la Constitución, con la finalidad de brindar mayores garantías y derechos a quienes intervienen en el proceso penal, bus-

cando con ello pasar de un sistema procesal penal mixto, a uno acusatorio.

Para ello, entre otras cosas, se buscó otorgar más derechos a la víctima u ofendido, conforme a los diferentes tratados internacionales celebrados por México y una de las iniciativas antes mencionadas en su exposición de motivos señala: “La ineficacia de los derechos a favor de las víctimas u ofendidos se debe en mucho a la imprecisión de las pretensiones morales que el orden jurídico debe proteger; es decir, lo que sucede es que la Constitución y las leyes secundarias no definen de manera garantista el contenido esencial de los derechos pro víctima, pues basta observar que en la práctica le niegan las copias del expediente, justamente porque la ley no señala categóricamente que se le deben entregar; no le procuran una asistencia profesional porque no tiene derecho a asesoría pública, como sí se le reconoce el inculpado; si la averiguación se paraliza por negligencia o mala fe del Ministerio Público, no puede pedir el amparo porque sólo puede impugnar cuando se determina el no ejercicio de la acción penal, mas no cuando se archiva la averiguación o se omite practicar pruebas conducentes para preparar la acción penal; en fin, un largo etcétera sucede a ese ‘tercer protagonista de la justicia penal’, como le llamó Enrico Ferri, que primero no tenía reconocidos sus derechos y que ahora que los tiene, paradójicamente, son tan limitados, estrechos y rígidos, que es mayor su frustración por su nula protección, debido a que tanto la ley como la interpretación de los jueces no son nada garantistas, lo cual confirma la frase de ser entre los débiles ‘la parte más débil en el procedimiento penal’”.

Es claro que la iniciativa pasa por alto lo que ocurre con la defensa en la etapa de averiguación previa, en donde el Ministerio Público tampoco tiene obligación de expedir copia simple o certificada a favor de la defensa, basta recordar el siguiente criterio jurisprudencial con el rubro: “DEFENSA ADECUADA. SE SATISFACE ESTA GARANTÍA DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA CUANDO EL EXPEDIENTE ES PUESTO A LA VISTA

DE LAS PARTES PARA SU CONSULTA Y TOMA DE NOTAS, AUN CUANDO NO SE EXPIDAN COPIAS SIMPLES O CERTIFICADAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, EN RELACIÓN CON EL ORDINAL 16 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES).”<sup>4</sup>

Aun cuando la fracción VII del anterior apartado A del artículo 20 Constitucional disponía a favor del indiciado que: “Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.”

Incluso en la etapa de averiguación previa en ocasiones hacen valer lo previsto en el anterior segundo párrafo del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales que disponía: “A las actuaciones de averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si los hubiere. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o

---

<sup>4</sup> Tesis XIV.2o.99 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIII, enero de 2004, p. 1509, con el rubro y texto siguientes: “DEFENSA ADECUADA. SE SATISFACE ESTA GARANTÍA DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA CUANDO EL EXPEDIENTE ES PUESTO A LA VISTA DE LAS PARTES PARA SU CONSULTA Y TOMA DE NOTAS, AUN CUANDO NO SE EXPIDAN COPIAS SIMPLES O CERTIFICADAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, EN RELACIÓN CON EL ORDINAL 16 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). Si bien es verdad que de acuerdo con el último párrafo del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las garantías para una adecuada defensa previstas en sus fracciones I, V, VII y IX deben ser observadas durante la averiguación previa, también lo es que están limitadas a los términos y requisitos que las leyes secundarias establezcan, lo que significa que los datos que deban proporcionarse al indiciado para su defensa deberán ser acordes a lo que las leyes procesales dispongan. Por tanto, es indiscutible que si el párrafo segundo del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales prevé que a las actuaciones de la averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o representante legal, ello no significa que se les deban expedir copias certificadas y que de no hacerlo se les deje en estado de indefensión. Lo anterior, en atención a que el citado precepto constitucional no exige que los datos que el indiciado, el inculpado o su defensor soliciten para preparar su defensa y que consten en la averiguación previa o en el proceso en materia federal, deban ser proporcionados en forma de copias ya sea simples o certificadas, pues basta que el expediente respectivo sea puesto a la vista de las partes para que puedan consultarlo y tomar sus apuntes, elementos con los cuales el defensor estará en aptitud de formular sus escritos de descargo.”

de los documentos que obren en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda.”

O bien, en el proceso, cuando existen varios imputados, y algunos tramitan su proceso en vía sumaria y otros en la vía ordinaria, después de emitida la sentencia en la primer vía, si los defensores de los restantes procesados, quieren obtener copia de esa resolución a fin de contar con mayores elementos y datos para la defensa, puede suceder que les digan que no son partes legitimadas para la obtención de esas copias, en una equivocada interpretación del segundo párrafo del artículo 25 del Código Federal de Procedimientos Penales, y aunque se interponga recurso de revocación, seguramente será hasta el amparo indirecto cuando se obtengan las mencionadas copias.

Como ocurrió, por ejemplo, en el amparo indirecto 373/2006-III del índice del Juzgado Séptimo del XXI Circuito, asunto derivado de un proceso penal federal, en el cual intervinieron tres defensores públicos federales asistiendo cada uno a diferentes indiciados, siguiéndose el proceso en la vía sumaria por dos procesados y en la vía ordinaria por el restante defendido, al emitir sentencia la Juez en contra de los que seguían su proceso en la vía sumaria, los tres defensores pidieron copias de la referida sentencia, con la salvedad que el que tramitaba el proceso en la vía ordinaria únicamente solicitó copias de la sentencia, mientras que los restantes defensores solicitaron copia de todo lo actuado, y sólo a estos últimos se les autorizó la expedición de las copias solicitadas, mientras que al otro le fue negada la solicitud, porque a juicio de la juzgadora no tenían legitimación el aún procesado ni su defensor, al no haber intervenido en la diligencia que derivó en la emisión del fallo.

Así que, no solamente la víctima u ofendido batallan en la etapa de averiguación previa o en el proceso para hacer valer sus derechos, también el sujeto activo de delito y su defensa.

Como resultado del proceso legislativo para reformar la



Constitución y establecer el sistema procesal penal acusatorio, el dieciocho de junio del año dos mil ocho, se agregó un apartado al artículo 20 Constitucional, recorriéndose en su orden los anteriores apartados A y B, quedando como B y C.

Siendo el apartado C, donde actualmente se establecen los derechos constitucionales consagrados a favor de las víctimas u ofendidos de un delito; producto de las reformas en comento se agregó a la fracción II, en la parte final el derecho de intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley, y se cambió la frase averiguación previa por investigación.<sup>5</sup>

Mientras que la fracción IV del citado apartado, autoriza a la víctima u ofendido para solicitar directamente, la reparación del daño.<sup>6</sup>

A su vez, la fracción V, fue modificada y ahora establece el resguardo de la identidad de la víctima u ofendido así como su protección.<sup>7</sup>

A la fracción VI, le fueron agregados los adjetivos cautelares y necesarias a las medidas y providencias, respectivamente; asimismo se agregó la posibilidad de solicitar la restitución de sus derechos.<sup>8</sup>

Finalmente, le fue agregada una fracción VII, y en ella se establece el derecho de impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así

---

<sup>5</sup> Fracción II del apartado C, del artículo 20 Constitucional, que dispone: "II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley."

<sup>6</sup> Fracción IV, apartado C, del artículo 20 Constitucional, que señala: "Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria."El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;"

<sup>7</sup> Fracción V, apartado C, del artículo 20 Constitucional, que dispone: "Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

<sup>8</sup> Fracción VI, apartado C, del artículo 20 Constitucional, que señala: "Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos."

como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

### III. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 141 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

La reforma constitucional en materia penal del año pasado, tiene diferentes *vacatio legis*, lo que puede apreciarse de sus once artículos transitorios, sin embargo varias disposiciones no están sujetas a una *vacatio legis*, y podían reglamentarse o desarrollarse en la legislación secundaria.

Como ocurrió tratándose de los derechos de las víctimas u ofendidos, lo que se desprende de la exposición de motivo de las reformas de veintitrés de enero de dos mil nueve al Código Federal de Procedimientos Penales, y en relación con el tema de las víctimas u ofendidos señala:

“F) Clasificación de los derechos de la víctima u ofendido y recurso de Inconformidad.

La actual configuración constitucional de los derechos de la víctima u ofendido da pauta a un ejercicio de realización en el texto legal, que abarque los relativos a la etapa de la averiguación previa, el proceso penal y, por vez primera, en la fase de ejecución de sanciones.

Su intervención en la averiguación previa debe garantizarse de manera efectiva, específicamente por lo que hace al derecho de proporcionar directamente al Ministerio Público todos los datos o elementos de prueba con que cuenten, así como solicitar la práctica de diligencias que conduzcan a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Por ello, se propone establecer un medio de defensa que les permita impugnar la resolución del Ministerio Público por la que no se admita las pruebas aportadas o no se desahoguen las diligencias por considerarlas ilícitas o inconducentes. Dada la trascendencia y el interés del Estado Mexicano por garantizar el efectivo ejercicio de este derecho, se propo-

ne que el recurso aludido sea presentado ante el Procurador General de la República y resuelto por éste mediante un procedimiento que salvaguarde tanto las garantías procesales como la agilidad y prontitud necesarias.”

Así, fue reformado el artículo 141 del código antes citado, y se dividió en tres apartados, el primero para reglamentar los derechos de la víctima u ofendido en la etapa de averiguación previa; el segundo, para el proceso penal federal; y el tercero, para la etapa de ejecución de sentencia; en esos apartados se reafirman las garantías individuales consagradas a favor de las víctimas u ofendidos en los artículos 1º, 17 y 20 Constitucional.

La fracción IX del apartado A, del numeral 141 antes mencionado establece como derecho de la víctima u ofendido:

*“IX. Recibir copia simple o certificada de sus declaraciones y su denuncia o querrela en forma gratuita, cuando lo solicite;”*

*Mientras que la fracción XIX del mismo apartado, permite a los sujetos procesales en comento:*

*“XIX. Impugnar ante Procurador General de la República o el servidor público en quien éste delegue la facultad, las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento.”*

*En tanto que, los párrafos primero, segundo, tercero y cuarto del mismo apartado A del artículo 141 en análisis establecen un sistema de impugnación tratándose del ofrecimiento y admisión de pruebas para acreditar el cuerpo del delito, la probable responsabilidad así como la procedencia y monto de la reparación del daño, en los siguientes términos:*

*“La víctima u ofendido podrá proporcionar al Ministerio Público, en cualquier momento de la averiguación previa, o al juzgador, directamente o por medio de aquél, todos los datos o elementos de prueba con que cuente, así como solicitar la práctica de diligencias que conduzcan a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpa-do, así como la procedencia y monto de la reparación del daño.*

*La autoridad ministerial, dentro de un plazo de tres días contados a partir de la recepción de dichos elementos de prueba, resolverá sobre su admisión. En caso de que considere que los elementos de prueba aportados por la víctima o el ofendido o las diligencias solicitadas sean ilícitas o inconducentes, deberá fundar y motivar su resolución, notificándola personalmente siempre que haya señalado domicilio para tal efecto.*

*La víctima u ofendido, podrá presentar su inconformidad ante el Procurador General de la República contra la resolución del Ministerio Público a que se refiere el párrafo anterior, dentro del plazo de cinco días contados a partir de la notificación.*

*El Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue esta facultad, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares y los argumentos del promovente, dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la inconformidad, dictará la resolución que corresponda, en un plazo no mayor a tres días.”*

#### **IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE INCONFORMIDAD ESTABLECIDO A FAVOR DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO**

Sobre el recurso de inconformidad, Jorge Malvárez Contreras afirma: “son en su conjunto el control interino del que dispone la procuraduría para decidir si ejercita o no la acción penal (...) no estamos de acuerdo con dicho principio, ya que no es posible que una institución ataque a sus propias decisiones.”<sup>9</sup>

En ese mismo sentido, Rafael Mateos Escobedo –citado por Miguel Ángel Castillo Soberanes– señala: “el control interno es ajeno al concepto y a la naturaleza de lo que debe llamarse control que significa inspección, registro intervención reguladora de una función y supone la interferencia de un órgano distinto para que de un criterio de mayor imparcialidad, por lo que es obvio que tal recurso no ofrece garantía de acierto y no se ve la utilidad de tocar las diversas piezas de un teclado que han de dar una sola y misma nota.”<sup>10</sup>

<sup>9</sup> MALVÁEZ CONTRERAS, Jorge, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 370-371.

<sup>10</sup> CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal en México*, México, UNAM, 1993, p. 3.

A su vez, Zubarán Capmany –citado por Jorge Malvárez Contreras – comenta: “El Ministerio Público no puede decidir por sí y ante sí, sin control alguno el no-ejercicio de la acción penal, por lo que la obligación del Estado de impartir justicia es una garantía individual. Tal es la Ley Suprema, pero su falsa interpretación principalmente la del artículo 21 desnaturaliza por completo las funciones de este órgano acusador, al grado tal de atribuir valor probatorio pleno a las diligencias por él practicadas y dejar sin recurso alguno al ofendido por el delito contra la determinación del Subprocurador respectivo de que no es de ejercitarse la acción penal.”<sup>11</sup>

Como puede apreciarse, las tres opiniones doctrinales, están en contra del recurso de inconformidad, tratándose de su procedencia cuando el Ministerio Público determina no ejercer acción penal en el procedimiento de averiguación previa.

Sin embargo, considero, que estas posturas han sido superadas por el desarrollo y amplitud de los derechos de las víctimas u ofendidos en el proceso penal mexicano, al grado que con las reformas constitucionales ya citadas, de sujetos procesales se han convertido en partes en el proceso; otorgándoles incluso más derechos que al mismo sujeto activo del delito, como ocurre con el recurso de inconformidad establecido en el apartado A del artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales.

La fracción XIX del apartado A en análisis dispone como derecho de la víctima u ofendido:

“Impugnar ante Procurador General de la República o el servidor público en quien éste delegue la facultad, las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento.”

En relación con el indiciado y su defensor, únicamente pueden combatir vía amparo indirecto, paradójicamente, la falta de ejercicio de la acción penal, no así la determinación de reserva de la averiguación previa.

---

<sup>11</sup> MALVÁEZ CONTRERAS, op. cit., nota 7, p. 371.

En tanto que el primer párrafo del apartado en análisis establece: “La víctima u ofendido podrá proporcionar al Ministerio Público, en cualquier momento de la averiguación previa, o al juzgador, directamente o por medio de aquél, todos los datos o elementos de prueba con que cuente, así como solicitar la práctica de diligencias que conduzcan a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, así como la procedencia y monto de la reparación del daño.”

Mientras que tratándose de las pruebas ofrecidas por el indiciado o la defensa el inciso e), fracción III, del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales establece dos limitantes: *serán admitidas siempre que no se traduzcan en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleva a cabo.*<sup>12</sup>

Lamentablemente, el mismo artículo no hace distinción tratándose de averiguaciones previas que se integran con o sin detenido, y legalmente el Ministerio Público puede hacer valer las limitantes antes mencionadas, como indica HERNÁNDEZ ESCAMILLA,<sup>13</sup> sin que esté previsto en la ley algún recurso para combatir esa resolución, salvo los incidentes no especificados relacionados con la nulidad de actuaciones, aunque tratándose de la negativa u omisión para admitir pruebas no tienen aplicación.

El segundo párrafo del apartado en análisis dispone:

“La autoridad ministerial, dentro de un plazo de tres días con-

---

<sup>12</sup> Inciso e), fracción III del Código Federal de Procedimientos Penales, que dispone: “Cuando el inculcado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma: I.- ... 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) ... e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculcado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas;”

<sup>13</sup> HERNÁNDEZ ESCAMILLA, Honorio, “La admisión de pruebas en el procedimiento de averiguación previa con detenido, ¿derecho del inculcado o prerrogativa del ministerio público a recibirlas?”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, Número 4, Año 2, 2007, p. 228.

tados a partir de la recepción de dichos elementos de prueba, resolverá sobre su admisión. En caso de que considere que los elementos de prueba aportados por la víctima o el ofendido o las diligencias solicitadas sean ilícitas o inconducentes, deberá fundar y motivar su resolución, notificándola personalmente siempre que haya señalado domicilio para tal efecto.”

Tratándose de las pruebas ofrecidas por la defensa, el Ministerio Público no tiene término para la admisión de las mismas, y en cambio, como se hizo mención puede no admitirlas inmediatamente por considerar que entorpecen la integración de la averiguación o los testigos no residen en el lugar en que aquélla esta siendo integrada.

La práctica indica que el Ministerio Público recibe las pruebas cuando quiere, sella y firma las promociones en una fecha y hora, y en ocasiones el acuerdo de recepción no coincide con los anteriores datos; e incluso puede darse el caso que únicamente acuerde la recepción del escrito de alegatos presentados por la defensa, sin que advierta que en el mismo escrito han sido ofrecidas diversas pruebas, lo que se traduce en una implícita negativa de admitir las pruebas ofrecidas por la defensa, e implica una violación lo previsto por el artículo 8º Constitucional.

Por otra parte, los párrafos tercero y cuarto del apartado A del referido artículo 141 establecen en concreto el recurso de inconformidad, y disponen lo siguiente:

“La víctima u ofendido, podrá presentar su inconformidad ante el Procurador General de la República contra la resolución del Ministerio Público a que se refiere el párrafo anterior, dentro del plazo de cinco días contados a partir de la notificación.

El Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue esta facultad, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares y los argumentos del promovente, dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la inconformidad, dictará la resolución que corresponda, en un plazo no mayor a tres días.”

Medio de control, que no está previsto a favor de la defensa,

imputado y defensor, y como se mencionó en párrafos anteriores, habría que recurrir directamente al juicio de amparo bi-instancial.

Como puede apreciarse la legislación secundaria, da un trato desigual, a personas iguales, basta recordar que la finalidad de las reformas analizadas va encaminada a convertir a la víctima u ofendido de sujeto procesal excepcionalmente indispensable, a parte del proceso, lo que reivindica y legitima su actuación en la averiguación previa y el proceso penal.

Otorgándole derechos para ofrecer pruebas tendientes al acreditamiento del cuerpo del delito, la probable responsabilidad penal así como la procedencia y la cuantificación por concepto de reparación del daño.

Si bien el desarrollo de estos derechos se desprenden del apartado C, del artículo 20 Constitucional, el cual entró en vigor al día siguiente de la publicación del decreto que lo reformó, por otra parte el artículo 1º de la Constitución dispone:

“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 al 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 discapacidades, 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 menoscabar los derechos y libertades de las personas.”*

Sin que el establecimiento del recurso de inconformidad previsto en el apartado A, del artículo 141, del Código Federal de Procedimientos Penales, por sí mismo o de la exposición de motivos tanto de la reforma constitucional como de la reforma legal de aquel numeral, permitan dilucidar cuestiones que justifiquen el trato desigual y discriminatorio para el indiciado y su defensor, en



contraposición con una persona que se encuentra en la misma situación, como lo es la víctima u ofendido.

Apoyan a lo mencionado, por su contenido las siguientes tesis jurisprudenciales:

Tesis aislada 1a. CXXXVIII/2005, consultable en la página 40, del Tomo XXII, del mes de Noviembre del año 2005, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia: Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número de registro: 176,705, que a la letra dice:

“IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO. El derecho fundamental a la igualdad instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no pretende generar una igualdad matemática y ciega ante las diferentes situaciones que surgen en la realidad, sino que se refiere a una igualdad de trato ante la ley. Si bien el emisor de la norma puede prever situaciones fácticas que requieren un trato diferente, éste debe sustentarse en criterios razonables y objetivos que lo justifiquen, sin dejarlo al capricho o voluntad del legislador. Además, la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad intrínseca, ya que es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones, y siempre es resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de “términos de comparación”, los cuales, así como las características que los distinguen, dependen de la determinación por el sujeto que efectúa dicha comparación, según el punto de vista del escrutinio de igualdad. Así, la determinación del punto desde el cual se establece cuándo una diferencia es relevante será libre mas no arbitraria, y sólo a partir de ella tendrá sentido cualquier juicio de igualdad”. Tesis aislada 1a. /J. 81/2004, consultable en la página 99, del Tomo XX, del mes de Octubre del año 2004, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia: Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número de registro: 180,345, que a la letra dice:

“IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos

los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.”

## V. CONCLUSIONES

Tratándose del ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de pruebas en el procedimiento de averiguación previa, el sujeto activo del delito no tiene ningún medio de defensa legal previsto a su

favor en la legislación procesal penal federal, lo que incide en el ejercicio de la garantía de adecuada defensa.

Ante la existencia del amparo indirecto, quien ha estado involucrado en la tramitación de aquél, sabe que siempre, antes de entrar al fondo del asunto, el juez de amparo analizará si se actualiza alguna causal de sobreseimiento, lo que en el procedimiento de averiguación previa usualmente ocurre, y sólo en caso negativo analizara primero cuestiones de forma, como falta de fundamentación y motivación.

Después, cuando haya emitido sentencia, en su caso, otorgando el amparo seguramente será para efecto de que la autoridad responsable cumpla con los lineamientos de la ejecutoria de amparo, generalmente, que funde y/o motive el acto reclamado, por lo que habrá entonces que interponer otro amparo indirecto para que, en caso de que efectivamente haya cumplido la autoridad responsable con el fallo protector y no se actualice alguna causal de sobreseimiento, entren al fondo del asunto, lo que de ninguna manera garantiza un fallo a favor del quejoso, lo que puede resultar en retrasado de una defensa adecuada.

No hay que perder de vista que la etapa de averiguación previa es un filtro para los asuntos que llegan al órgano jurisdiccional, y por ejemplo tratándose de personas que son detenidas portando un arma de fuego sin licencia, cuando tienen la calidad de jornaleros del campo, ejidatarios o comuneros, cuando su detención aconteció en una zona no urbana o bien al ir o regresar de aquella zona en donde realizan sus actividades de trabajo, es claro que puede obtenerse el no ejercicio de la acción penal a su favor, pero es necesario acreditar, la calidad del sujeto activo del delito y segundo, las características físicas del lugar de la detención.

Para lo cual resulta necesario ofrecer pruebas a favor del defendido y así evitar su consignación ante el órgano jurisdiccional, con el riesgo que al generarle mayores gastos, un proceso largo, terminen por renunciar al desahogo de pruebas y teniendo como consecuencia la aceptación de la sanción a imponer en su contra.

Lo anterior, puede evitarse con el recurso de inconformidad, el cual parece ágil, al prever que después de ofrecer pruebas, el Ministerio Público debe acordar lo correspondiente a los tres días de su presentación, obligado a fundar y motivar su decisión, y notificando la misma a la víctima u ofendido, quienes contarán con cinco días para impugnar el acuerdo respectivo, y el Procurador General de la República oyendo el parecer de sus agentes auxiliares y los argumentos del promovente, dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la inconformidad, dictará la resolución que corresponda.

Términos que resultan menores que el necesario para llegar a la celebración de la audiencia constitucional en el juicio de amparo, siempre y cuando no haya sido diferida, agregando que por las cargas de trabajo, la sentencia se emite con posterioridad, lo que resulta, generalmente, en un tiempo aproximado de cuatro meses para la resolución del primer juicio de amparo.

Por lo anterior es necesario que el órgano legislativo permita tanto al indiciado como a su defensa hacer uso del recurso de inconformidad para combatir:

- a) la falta de admisión de pruebas,
- b) la falta de fundamentación y motivación ante la negativa para admitir pruebas,
- c) la falta de ejercicio de la acción penal,
- d) la determinación de reserva.<sup>14</sup>

Lo que de momento no ocurre, y es paradójico que la víctima u ofendido pueda combatir las situaciones señaladas en los anteriores incisos mientras que el indiciado tenga vedado su impugnación en la misma averiguación previa.

No hay que perder de vista que estas reformas son un adelanto del sistema procesal penal acusatorio, sin embargo, las mismas no generan, de momento, muchas expectativas, porque contrario a la finalidad buscada, generan un trato desigual, ya no hacia la víctima u ofendido, sino en dirección al indiciado y su defensa.

Así, aun cuando es complicado hacer valer la inconstitucionalidad del recurso de inconformidad, vía amparo indirecto, no se debe dejar

de señalar esa inconstitucionalidad, ya hemos visto como los defensores público federales han logrado avanzar en el difícil y complicado camino de brindar una adecuada defensa a favor de las personas que requieren los servicios de la defensoría pública federal en el procedimiento de averiguación previa, ante los obstáculos que pone la autoridad ministerial.

Bien puede suceder que con la creación de este sistema de impugnación en la averiguación previa, los criterios jurisprudenciales de los tribunales federales se modifiquen o surjan nuevos, que con el tiempo motiven al legislador a realizar las adecuaciones necesarias para generar un adecuado equilibrio en el desarrollo de la actividad probatoria.

## BIBLIOGRAFÍA

CORNEJO OLVERA, José Raymundo, “La desaparición de la inviolabilidad del domicilio o la legalización del abuso de poder”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, Número 4, Año 2, 2007.

CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal en México*, México, UNAM, 1993.

HERNÁNDEZ ESCAMILLA, Honorio, “La admisión de pruebas en el procedimiento de averiguación previa con detenido, ¿derecho del inculcado o prerrogativa del ministerio público a recibirlas?”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, Número 4, Año 2, 2007.

MALVÁEZ CONTRERAS, Jorge, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., México, Porrúa, 2006.

## PÁGINAS DE INTERNET

1.- <http://www2.scjn.gob.mx/leyes/Default.htm> Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2.- <http://www.ifdp.cjf.gob.mx> Instituto Federal de Defensoría Pública.

3.- <http://www.dof.gob.mx> Diario Oficial de la Federación.

# Derecho a la intimidad

Benjamín Rubio Chávez\*

*Sumario: Introducción; I. Que se entiende por intimidad; II. La intimidad como derecho fundamental: 1. Que es un derecho fundamental, 2. La intimidad como derecho fundamental, 3. Que aspectos protege el derecho a la intimidad, 3.1. Derecho de reserva o confidencialidad, 3.2. Derecho a la vida privada. 4. Límites al derecho a la intimidad; 5. Amenaza al derecho a la intimidad; 6. Quienes pueden violentar el derecho a la intimidad; 6.1. El estado y la violación a la privacidad, 6.2. El particular y la violación a la privacidad, 6.3. Efecto de la violación al derecho a la intimidad por los particulares.*

## INTRODUCCIÓN

El hombre a través de los años ha evolucionado, ello producto de las necesidades naturales del ambiente, pasando por diversas etapas, desde el Australopitécido, el *Homo erectus*, el Hombre de Neandertal hasta el tipo de hombre que somos hoy en día. Esa evolución genética ha venido acompañada de una evolución en todos los campos de la ciencia, de las técnicas, del comercio, en fin, en todas aquellas actividades en las que participa la persona humana ha existido una gran evolución, que nos ha marcado en la forma de vivir y convivir.

Hoy en día nuestros padres o nuestros abuelos se sorprenden y les espanta tanto avance tecnológico, les sorprende en razón que

---

\*Asesor Jurídico Federal.

les maravilla lo que hoy se puede hacer en tan poco tiempo, o con menos recursos, y les espanta en razón de ignorar la forma en que se usa y adapta tanta tecnología tanto en forma positiva como negativa.

Esa evolución, ha traído un sinfín de beneficios tanto en aspectos superfluos como: la forma de vestir, calzar, jugar; como en aspectos trascendentes: como la salud, las comunicaciones, los transportes, empero, también nos ha traído consecuencias negativas: como el empeoramiento del medio ambiente, la disgregación familiar, el nomadismo moderno, el empobrecimiento en grandes escalas, entre otros males.

Ese avance o esa evolución junto con sus consecuencias –negativas y positivas– ha provocado que las instituciones políticas como jurídicas se vayan adaptando a su tiempo, de tal forma que la evolución no se convierta en un arma letal que vulnere los derechos del hombre.

De allí que desde el siglo XVIII se haya reconocido derechos fundamentales del hombre que deben ser respetados en todo momento por el mismo estado y por lo particulares entre sí, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad jurídica, a la igualdad, y tantas y tantas libertades que se fueron acumulando por el devenir del tiempo y la evolución del ser humano. Ese poder de adaptación ha hecho que los derechos fundamentales del hombre sean mutables y dinámicos, de tal forma que lo que antes no se regulaba por no existir o por considerar que no podría existir, se tenga que regular y valorar si es o no un derecho humano, a efecto de proteger en todo momento y sobre todas las cosas la naturaleza del hombre.

Así pues, en este tiempo nos ha tocado la oportunidad de advertir la evolución del hombre y la tecnología, a manera de ejemplo un día amanecemos y nos dijeron que había computadoras, otro día que ya podía tener acceso a la misma, al día siguiente que existía el Internet, al otro día que ya podía comunicarme por ese medio, al siguiente día me di cuenta de que podía bajar, enviar fotos,

videos, música, platicar con personas que no conozco en todas partes del mundo, al otro día me di cuenta de que había demasiada información en esa red, al principio creí que toda era cierta, al día siguiente me percate de que hay información científica y no científica, otro día me di cuenta de que también había diversión tanta sana como no tan sana, un día me percate de que la red no es tan segura ya que a través de ella se cometen delitos, en fin, hoy en día en forma acelerada me he percatado de que la humanidad evolucionó en su forma más rápida como en ningún otro siglo, producto de la evolución tecnológica.

Esa evolución tan acelerada no ha dado tregua, de tal forma que ha impedido que el derecho evolucione a la velocidad en que evoluciona la tecnología, por lo que hoy en día esa evolución tecnológica ha permeado en el hombre de tal forma que se pregunta el mismo hombre acerca de la peligrosidad de los avances tecnológicos.

Así pues, el avance tecnológico, empieza a generar diversos problemas en los derechos fundamentales del hombre, ya que así como trae beneficios también trae consigo perjuicios, pues el hombre en su aventura de experimentar se ha introducido en campos que pueden vulnerar el pleno desarrollo del mismo, pues la evolución tecnológica ha mostrado que a través de la misma se puede:

- generar vida o seleccionar la forma de vida, como en el campo de la genética,
- se puede privar de la vida con la tecnología de guerra,
- en el campo de las comunicaciones se ha mostrado que la tecnología puede lograr acabar con la privacidad del humano, así como generar el desprestigio de alguna persona o producto.
- Cambiar el clima ante la gran contaminación mundial por motivo del desarrollo.

Ante tales hechos, el derecho debe adecuarse y proteger los mínimos derechos que todo hombre debe tener, a efecto que exista armonía entre el avance tecnológico, las necesidades sociales y, la convivencia del ser humano.



Las aristas que se han vulnerado con la tecnología son inmensas, por tanto, el presente trabajo sólo tratará una de ellas, que se relaciona con el derecho a la intimidad del hombre, que refiere a la privacidad de ciertos aspectos intrínsecos a éste, relativa a la parte de nuestra vida que no esta consagrada a una actividad pública y que por lo mismo no está destinada a trascender e impactar en la sociedad de manera directa y en donde los terceros no deben tener un acceso a la misma<sup>1</sup>, pues dicho de una forma coloquial hay ciertos aspectos de nuestra vida que no deben interesar a terceros, pues los mismos son de exclusivo dominio del ser humano que lo posee.

La importancia del derecho a la intimidad radica en el reconocimiento de que, no es suficiente proteger los derechos tradicionales como la vida, sino que también es necesario remover los obstáculos para disfrutar una vida plena, sin intromisiones ni obstáculos de ninguna especie<sup>2</sup>, es decir, de nada sirve en ocasiones la vida, si debo tener cuidado con las intromisiones de autoridades y particulares acerca de mi vida privada, pues, habrá personas que no se inmuten ante esas intromisiones, pero habrá otras a las que esas intromisiones repercuta en su vida social, en su aspecto psicológico, en su situación económica, toda vez que los seres humanos reaccionamos de diversa forma ante la revelación de un secreto.

Siendo precisamente el secreto a mi consideración, la parte total del derecho a la intimidad, pues como se mencionó la intimidad consiste en no hacer públicas todas las actividades que hace una persona en su vida particular, así como en no revelar información que sólo le pertenece, y que en todo caso revelaría en forma exclusiva a las personas que Él mejor considere por la confianza que les

---

<sup>1</sup> De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc M., "El derecho a la intimidad, al honor, y a la propia imagen". [en línea] México, Banco de Conferencias Digitales, 2001. p.1 [citado 31-03-2008], formato html, disponible en Internet: <http://www.tribunalmx.gob.mx/conferencias/escjudver2001/txtconfedercuauhtemoc.htm>

<sup>2</sup> Celis Quintal, Marcos Alejandro, *La protección a la intimidad como derecho fundamental de los Mexicanos*. [en línea] México, editor desconocido, fecha de publicación desconocida, p. 72, [citado 1-04-2008], formato pdf, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2253/9.pdf>.

tenga – padres, hijos, amigos, compañeros de trabajo– pero esa información por ningún motivo debe andar circulando como del dominio público, pues la misma podría traer consecuencias graves, como la pérdida de la honorabilidad, no tener acceso a crédito financiero, incluso ser el motor de un suicidio entre otras consecuencias.

De allí que se deba proteger el derecho a la intimidad, a efecto de lograr el pleno desarrollo de los individuos en su vida en sociedad.

## I.- QUÉ ES LA INTIMIDAD

Hemos hablado indiscriminadamente acerca del derecho a la intimidad, sin habernos detenido a reflexionar acerca del término intimidad, a efecto de poder abordar el mismo como un derecho fundamental del hombre, la palabra en mención etimológicamente viene del latín “intus” que da idea de algo interior, algo recóndito, profundo del ser y por lo mismo oculto, escondido, de manera tal que podamos decir que se trata de un ámbito individual de existencia personal, en la cual el sujeto decide su forma de ser y estar, de verse él mismo, para gozar de su soledad o convivencia tranquila a fin de encontrarse en aptitud de reflexionar, analizar, pensar, crear, trabajar, amar, soñar, en fin, para sentirse anímicamente dueño de sí y mantener su libertad como suprema aspiración humana<sup>3</sup>, es decir, la intimidad es la habilidad de un individuo o grupo de mantener sus vidas y actos personales fuera de la vista del público, o de controlar el flujo de información sobre sí mismos.

Por lo que la intimidad a veces se relaciona con el anonimato<sup>4</sup>, aunque no en forma tajante o estricta, toda vez que un ser humano jamás o casi nunca podrá pasar desapercibido por la sociedad, pues siempre habrá personas para las que resulte importante conocer de otra, obviamente hay sujetos cuya actuación en sociedad interesan

---

<sup>3</sup> Ibidem. p. 73.

<sup>4</sup> Wikipedia, la enciclopedia libre, Intimidad. [en línea] lugar de publicación desconocido, Wikimedia Foundation, Inc., 2008. [citado 7-04-2008], formato html, disponible en Internet: <http://es.wikipedia.org/wiki/Intimidad>.

más que otros – artistas, políticos, empresarios–, sin que ello signifique que los demás sujetos seamos ignorados, o que nuestra actuación en sociedad no sea vista y criticada, pues todos somos vistos y criticados por las personas con las que se tiene una convivencia aun temporal, o por aquellos grupos comerciales que les interesa saber sobre la forma de vida para ofrecer sus productos, por tanto la intimidad se relaciona con el anonimato no de la persona sino de ciertos actos materiales y pensamientos del sujeto, cuyo contenido no quiere que se esparza en sociedad para mantener un cierto prestigio o simplemente para no ser burla de los demás o solo para que no se conozca, por no clasificarse como de interés público.

Bajo ese orden de ideas, la intimidad es donde el individuo ejerce plenamente su autonomía personal; es el reducto último de la personalidad, es allí “donde soy lo que soy”<sup>5</sup>. En él, el individuo es soberano, en él decide las formas de su comportamiento social, privado o público, que es el que constituye el objeto propiamente de la moral, obviamente de la moral del individuo, la cuál no necesariamente es compatible con la de toda la sociedad, de allí que muchas de sus preferencias, ideas, conductas y pensamientos prefiera se encuentren ocultas, pues los pensamientos íntimos de una persona discurren sobre todo tipo de cosas –sagradas, profanas, puras, obscenas, graves y triviales– sin vergüenza o censura; toda vez que la intimidad no tiene más limite que el que imponga la misma persona, en cambio el discurso verbal o las actuaciones en público deben ser manejados de tal forma que además de estar permitido en la norma jurídica deban ser aprobadas por el juicio de los demás según el tiempo, el lugar y las personas.

Esto último cobra relevancia, ya que el permitir que se conozca alguna conducta íntima o un secreto, puede derivar en diversas consecuencias tanto positivas como negativas, ejemplo de lo anterior en su parte negativa, es lo que sucede en el Ejército Mexicano,

---

<sup>5</sup> Valdés Garzón, Ernesto. “Lo íntimo, lo privado y lo público”. [en línea], México. IFAI.2005. p. 16 [citado 9-04-2008], formato pdf, disponible en Internet: <http://www.ifai.org.mx/publicaciones/cuadernillo6.pdf>.

en el que una vez que se da a conocer que uno de sus miembros tiene el síndrome de inmunodeficiencia adquirida –SIDA– de inmediato es separado y retirado por causas fuera del servicio, trayendo consigo la pérdida del empleo, la negativa a recibir servicio médico, el rechazo de sus compañeros<sup>6</sup>, de tal modo que es preferible para el sujeto enfermo mantener en el anonimato o secreto su enfermedad para no resultar dañado ni en lo anímico, ni en su salud, ni en lo material.

Así pues, podríamos enumerar diversos ejemplos que refieren a aspectos íntimos de un sujeto, pues éstos abarcan un gran universo, usted mismo como lector, reflexione que situaciones materiales y de pensamiento prefiere queden en secreto, y de la misma forma reflexione que puede pasar si se divulgan, seguramente hay distintos tópicos que prefiere reservarse, y de darse a conocer es posible que no haya consecuencias graves, pero también es posible que las haya, de allí que sólo usted y no otro puede decidir sobre que cosas se deben saber sobre su actuar y pensar.

Por tanto y atreviéndome a dar una definición estipulativa<sup>7</sup> y sólo para efectos del presente trabajo, la intimidad es la parte secreta de pensamiento y actos materiales de una persona; que no pueden ser revelados a los demás por llegar a producir consecuencias –no sólo jurídicas–, y que sólo pueden ser reveladas con el consentimiento del mismo sujeto a quien le pertenecen como patrimonio.

---

<sup>6</sup> Afortunadamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional el retiro por causas fuera del servicio de los trabajadores del Ejército Mexicano y de la Marina, que se encuentren infectados por el Virus de Inmunodeficiencia adquirida, emitiendo al respecto la jurisprudencia que al rubro establece: “SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 226, SEGUNDA CATEGORÍA, FRACCIÓN 45, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO, QUE PREVÉ LA CAUSA LEGAL DE RETIRO POR INUTILIDAD BASADA EN LA SEROPOSITIVIDAD A LOS ANTICUERPOS CONTRA EL VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH), VIOLA EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. *Semanario Judicial de la Federación*, [en línea] México, Novena época, vol. XXVI, tesis P/J. 131/2007, p.12. [citado 14-04-2008], formato pdf, disponible en Internet: <http://cgcestdsql/IUSWeb/UnaTesis.asp?nIus=170590&cPalPrm=VIH,&cFrPrm=>.

<sup>7</sup> Definición estipulativa es la que permite introducir nuevos términos científicos o precisar límites de los términos ya conocidos. Carnap, Rudolf. *Filosofía y sintaxis lógica*. México. Instituto de Investigaciones Filosóficas. 2006. Pág.62.

## II.- LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

### 1.- QUE SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preserva los bienes básicos<sup>8</sup> necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna<sup>9</sup>, lo que significa que un derecho fundamental tiene como característica primordial el introducir al ser humano en la determinación de su presente y de su futuro, sin quedar autodeterminado por su origen, situación económica, u otra característica, ya que precisamente los derechos fundamentales del hombre tienen como finalidad la preservación de la dignidad de la persona humana.

Pero cómo saber o cómo identificar un derecho fundamental del hombre, ya que la simple aseveración o presunción que: un derecho fundamental es aquel que busca preservar los bienes básicos del ser humano; podría resultar vago, pues hay derechos que no son fundamentales pero ayudan a preservar bienes básicos del hombre, a tal efecto, una posible respuesta es considerar cuatro criterios axiológicos que ayudan a establecer cuando se esta en presencia de un derecho fundamental, que son: la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los derechos fundamentales como leyes de los más débiles<sup>10</sup>, entonces, cuando se esté en presencia de un derecho que tienda a proteger alguno de estos principios, estamos frente a un derecho fundamental, partiendo del punto que estos criterios son reconocidos por todas las personas como derechos sin los cuales no es posible vivir o convivir en sociedad, y los cuales

---

<sup>8</sup> Se considera como bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral. Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, ética y política*. Madrid. Centro de estudios constitucionales, 2003.p.531.

<sup>9</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, [en línea] México, UNAM-PORRUA-CNDH, 2002. p.2 [citado 08-04-2008], formato pdf, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1408/6.pdf>.

<sup>10</sup> Ferrajoli, Luigi y otros. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. [en línea], Madrid. Trota. 2001. p. 314 y subsecuentes.

son adoptados de esa forma, por virtud que en otros tiempos no se tenían y se advirtió la forma indigna en que se trataba al hombre, así tenemos que en alguna época se reconoció a la esclavitud como un estatus natural del hombre, sin embargo el paso del tiempo y producto de diversas luchas, se logró observar que esa calidad de vida no permitía al ser humano desarrollarse y, en consecuencia determinar su presente y futuro, por lo que se abolió la misma y se reconoció como derecho fundamental la libertad. De allí que un derecho fundamental deba tener cargas axiológicas, que tiendan a proteger a la persona de los embates del estado e incluso de los abusos de otro particular.

Así pues, los derechos fundamentales se forjan sobre la base de criterios axiológicos y se expresan como triunfos políticos en manos de los individuos<sup>11</sup>, lo anterior partiendo del hecho que todo derecho clasificado como fundamental se reconoce por su finalidad consistente en preservar la dignidad del hombre como medio de planificación de vida, y se reconocen como obligatorios cuando estos se encuentran en un ordenamiento general, que es la expresión de triunfo de los movimientos armados y no armados de aquellas que personas que no poseían ese derecho fundamental.

Pero cómo distinguir en la práctica un derecho fundamental de uno que no lo es; al respecto y siguiendo un ejemplo ilustrativo de Miguel Carbonell se transcribe lo siguiente:

*Una persona puede no necesitar que el derecho a fumar sea un derecho fundamental ya que fumando o no fumando es posible que, en términos generales, pueda desarrollar de forma autónoma su plan de vida, pudiéndolo trazar por sí mismo y contando para tal efecto con un amplio abanico de posibilidades. Pero ese plan de vida y la capacidad de ese individuo para llevarlo a la práctica se verán claramente afectados si el ordenamiento no contempla la libertad de tránsito o el derecho a la integridad física, ya que en ese caso la persona puede verse impedida de viajar a donde quiera, o puede ser torturado o mutilado<sup>12</sup>.*

<sup>11</sup> Dworking, Ronald, *Los derechos en serio* trad. Marta Gustavino. España. Ariel Derecho. 2002. p.37.

<sup>12</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, Obra citada, nota 9, p. 5.

El ejemplo anterior ilustra en forma clara cuando se está en presencia de un derecho fundamental, y se puede resumir en los siguientes elementos:

- 1.- La carga axiológica del derecho y,
- 2.- que dicho derecho permita al sujeto determinar por el mismo su plan de vida.

## 2.- LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho a la intimidad se adscribe comúnmente a la primera generación de derechos humanos, en virtud que fue reconocida por primera vez en el siglo XIX, antes del nacimiento de los derechos sociales<sup>13</sup>, y se entiende esa situación, toda vez que si bien en aquellos tiempos no existía un avance tecnológico como hoy en día, era de notarse que el Estado se inmiscuía en la privacidad de las personas, pues con gran frecuencia y sin empacho alguno, violaba domicilios de los ciudadanos o tenía acceso directo a su correspondencia, por lo que desde ese tiempo se pugna para que se reconociera ciertos espacios y elementos materiales como íntimos y por tanto netamente privados.

Sentado lo anteriormente expuesto, la pregunta es: ¿el derecho a la intimidad es un derecho fundamental? Al respecto la respuesta es sí, y lo explico en un primer plano a través de una referencia ostensiva<sup>14</sup>, imaginemos pues que se impida ejercer el derecho a la intimidad o se permita la intromisión a la vida privada, ¿qué pasaría?, seguramente esa situación vulneraría el desarrollo de la persona, ya que indudablemente el plan de vida variaría, pues esa intromisión podría generar diversas consecuencias como: la pérdida de un empleo, la no admisión a una escuela, la negativa de un crédito, la disolución de un matrimonio, el rechazo público, la burla e incluso la muerte. Así pues, cada uno de los escenarios planteados, permite advertir la existencia de elementos que impidan

<sup>13</sup> Celis Quintal, Marcos Alejandro. Obra citada, nota 2, p. 72.

<sup>14</sup> Definición ostensiva es aquellas que se da a través de ejemplos. Carnap, Rudolf, obra citada, nota 7, p. 55.

el acceso a los bienes básicos necesarios, que de actualizarse se convierten en un obstáculo para forjar un plan de vida, ya que las continuas intromisiones pueden derivar en un colapso.

Partiendo de los argumentos anteriores, el derecho a la intimidad es un derecho fundamental, que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de las autoridades o de terceros, en tanto dicha conducta no ofenda el orden público ni perjudique los derechos de los demás, pues cuando una conducta aunque sea muy íntima, vulnere el orden público o perjudique el derecho de terceros, entonces, el derecho a la intimidad debe ser suspendido a efecto de ser sancionada la conducta que se despliegue, ya que de no ser así se protegería o se alentaría a través de ese derecho fundamental la realización de conductas típicas y punibles. A manera de ejemplo; si un sujeto utiliza el Internet para ver pornografía infantil, desde luego que debe ser investigado y, por tanto la autoridad debe entrar en la intimidad de su persona y computadora para establecer si desarrolla o no la conducta de pederastia cibernética, sin que el sujeto pueda alegar a su favor violación a sus derechos fundamentales, pues estos derechos también tienen límites, siendo el límite: el respeto al orden público y a los terceros.

Lo anterior conlleva a sostener que el derecho a la intimidad pese a ser un derecho fundamental permite intromisiones legítimas, mismas que deben ser fundadas y motivadas por la autoridad que la emite, en la que se especifique el porque se vulnera ese derecho y la fuente que lo permite, ya que de no ser así, se corre el riesgo de que las autoridades actúen en forma caprichosa, vulnerando a su antojo el derecho a la intimidad. Esta obligación de sustentar la intromisión legítima, no es solamente obligatoria para la autoridad judicial o para el ejecutivo, sino de manera muy especial para el legislativo, ya que éste, al desarrollar las leyes secundarias, pudiera dejar abiertas hipótesis que sustentadas en ley vulneren el derecho a la intimidad, y con ello legalizar la intromisión a la



vida privada de un sujeto, así pues, toda vulneración a la intimidad en forma legítima, debe estar sujeta en previos razonamientos que demuestren en forma contundente la necesidad de la intromisión.

Así pues, el derecho a la intimidad está configurado como aquel ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, espacio que debe estar libre de intromisiones ilegítimas, y que constituyen el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos<sup>15</sup>, tales como la libertad de expresión, de asociación, deambulatorio, de trabajo entre otras, en forma de ejemplo: qué pasaría si el Estado vulnera la intimidad del domicilio, de los papeles o computadora de un sujeto sin justificación alguna, además de violar el derecho a la intimidad, vulneraría el derecho a la seguridad jurídica ya que ilegítimamente entra a la intimidad del sujeto sin una orden, violaría su libertad de expresión o tal vez de imprenta pues las continuas intromisiones inhibirían al sujeto a expresarse libremente o de escribir lo que le plazca, lo anterior solo por enumerar algunas violaciones, otro ejemplo, es el caso de los trabajadores del ejército mexicano con virus de inmunodeficiencia adquirida –SIDA–, quienes cuando se les detecta esa enfermedad, el hospital violando el derecho a la intimidad y por tanto la secrecía, da parte al patrón y éste en forma arbitraria da de baja al trabajador por causas fuera del servicio, en este caso a parte de violentarse el derecho a la intimidad; junto con él se vulneran otros derechos fundamentales como: 1.- la igualdad, 2.- La no discriminación, 3.- Acceso al derecho a la salud, 4.- Derecho al trabajo.

Bajo este esquema, se logra advertir que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental, que puede suspenderse cuando exista causa legítima, y con su ejercicio garantiza el acceso a otros derechos fundamentales.

---

<sup>15</sup> Muñoz de Alba, Marcia y Cano Valle, Alberto, *Derecho de las personas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida*, [en línea] México, Cámara de Diputados-UNAM, 2002. p.38 [citado 08-04-2008], formato pdf, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/74/tc.pdf>

### 3.- QUÉ ASPECTOS PROTEGE EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Ya establecimos que se entiende para efectos del presente trabajo por intimidad, y también se ha concluido que ese derecho es catalogado como fundamental, ahora debemos establecer cuál es el campo de estudio del mismo, a efecto de no confundir la figura con otras similares y no desviar el tema.

El derecho a la intimidad regularmente se le asocia con el respeto por parte del estado con la vida privada de un sujeto, ¿pero qué parte de la vida privada de una persona es la que protege el derecho a la intimidad? pues hay actividades o actos que parecen privados pero tienen contenidos públicos, ejemplo de ello es la declaración patrimonial de un servidor público, en primera instancia se podrá advertir que ningún sujeto está obligado a dar a conocer a cuánto asciende su patrimonio, sin embargo, ese derecho se limita si el sujeto ocupa un encargo en la administración pública<sup>16</sup>, pues en este supuesto se convierte en una obligación el dar a conocer esa información, pues dicha información trasciende en la sociedad, ya que será la forma de vigilar que el servidor público no se enriquezca ilegítimamente por virtud de su función. Entonces se retoma la duda: ¿todas las actividades de un sujeto se catalogan como privadas?, la respuesta es no, hay actividades que por su trascendencia en el orden público o por sus efectos contra terceros son relevantes y por tanto públicas, pero, ¿cómo distinguir una actividad privada de una que no lo es?, la respuesta inmediata que doy a reserva de la conclusión a que se llegue, es pública una actividad cuando por efecto de su ejercicio es conocida por todos, trasciende en la sociedad o simplemente la norma jurídica así la cataloga, sin que ello sea el pretexto para invadir la vida privada del sujeto, volvamos al ejemplo del servidor público, por efecto de su profesión realiza ciertas actividades que son públicas y por tanto sólo esas

---

<sup>16</sup> Entiéndase para efectos del presente trabajo como “cargo en la administración pública” en un aspecto amplio y no restringido, es decir, aplicable al sujeto que es servidor público ya sea en el poder ejecutivo, judicial o legislativo, y no sólo en el primero como técnicamente sería lo apropiado.

actividades previa autorización legal deben ser conocidas por la sociedad, pero esa situación no abre la puerta para que haya intromisiones en su vida familiar, pues a pesar de tener una vida pública, también tiene derecho a resguardar su intimidad.

Partiendo de lo anterior, podemos establecer que el derecho a la intimidad tiene un campo más o menos amplio, determinado por el contexto y por la norma jurídica vigente, ya que habrá momentos en que se justifique la invasión a la intimidad por virtud de creencias, costumbres o por ley, siendo incluso esas limitaciones parte del campo de estudio del derecho a la intimidad.

Ahora bien, se ha argumentado básicamente que el derecho a la intimidad tiene limitaciones, que no todos los actos privados son tan íntimos, que puede haber actos privados de interés público, sin embargo, no se ha dilucidado que protege realmente ese derecho.

Un sector de la doctrina ha adoptado la jurisprudencia y experiencia teórica de los Estados Unidos, en el que se reconoce que puede haber por lo menos cinco casos de violaciones a la intimidad:

- 1.- Cuando se genere una intrusión en la esfera o en los asuntos privados ajenos.
- 2.- Cuando se divulguen hechos embarazosos de carácter privado;
- 3.- Cuando se divulguen hechos que suscitan una falsa imagen para el interesado a los ojos de la opinión pública;
- 4.- cuando se genere una apropiación indebida para provecho propio del nombre o de las imágenes ajenas;
- 5.- Cuando se revelen comunicaciones confidenciales, como las que se pueden llevar a cabo entre esposos, entre un defendido y su abogado, entre un médico y su paciente o entre creyentes y un sacerdote.

Estos casos planteados se pueden resumir en dos aspectos:

- Derecho de reserva o confidencialidad: Que tiene por finalidad la protección de la difusión y revelación de los datos pertenecientes a la vida privada.

- Respeto a la vida privada: Que tiene como objeto la protección contra intromisiones ilegítimas en ese espacio<sup>17</sup>.

Estos dos aspectos son a mi consideración el resumen básico de la protección del derecho a la intimidad en la que se pueden sumar dentro de ellas diversas hipótesis y de esa forma dejar abierta la puerta para nuevos casos que se vayan formando por el devenir del tiempo.

### 3.1 Derecho de reserva o confidencialidad

El derecho a la intimidad tiende a proteger datos de una persona, como el nombre, domicilio, edad, teléfono, hasta aspectos como: calidad de vida, salud, vivienda, capacidad económica, número de hijos, nivel escolar etc., datos que le sirven al Estado para el desarrollo de sus líneas programáticas, pero que, debido a la evolución tecnológica también le sirven a los particulares, sobre todo a las grandes empresas, toda vez que de tener esos datos pueden programar formas de venta o cautivar clientes.

Para muchos la revelación de su nombre, domicilio, teléfono o edad, no tenga nada de trascendente, incluso se manifiestan diciendo “el que nada debe nada teme”, sin embargo, qué pasa cuando esa revelación de datos trasciende en otros derechos, maneemos para dilucidar lo anterior dos ejemplos:

1.- Recibo una llamada a mi domicilio, en el que preguntan por mi nombre, incluso me hablan con gran familiaridad, y me dicen señor usted salió sorteado y ganó un viaje, debe venir a tal o cual domicilio a recibir el premio, por favor traiga su tarjeta de crédito.

2.- Recibo una llamada a mi domicilio, en la que habla una persona que dice ser pariente –padre, hijo, esposo, primo etc.,– me habla con familiaridad, y me dice: tengo un problema, me detuvieron o tuve un accidente etc., mándame dinero para que me dejen libre, termina indicándome en qué lugar deposite.

---

<sup>17</sup> Muñoz de Alba, Marcia y Cano Valle, Alberto, obra citada, nota 15, p. 39.

En los dos ejemplos; se advierte que alguien reveló datos, ¿quién?, no se sabe, pudo ser el sector público o el sector privado, sin embargo, por virtud de la revelación de datos, obtenemos dos consecuencias:

1.- La molestia de ser irrumpido en el domicilio para la venta de alguna mercancía y,

2.- La comisión de un delito.

En ambos casos, la revelación de datos trascendió en otros derechos, como son los de tipo patrimonial, y que de llegar a estar afectados, entonces, la persona dañada se preguntara de dónde obtuvieron mis datos, cómo llegaron a ellos, qué puedo hacer para proteger los mismos.

Los anteriores ejemplos son tomados de la vida diaria, es la forma en que opera tanto el crimen organizado, como las empresas de banca múltiple y de seguros, incluso se podría asegurar que nos estamos acostumbrando a esa forma de actuar, sin que ello sea justificación para el uso indebido de datos.

### 3.2 Derecho a la vida privada

El otro ámbito de estudio del derecho a la intimidad es el referente a la vida privada, que protege básicamente características, actividades o pensamientos propios del sujeto como: preferencia sexual, ideología, defectos, sentimientos, gustos, enfermedades, situación económica etc., puntos que son ocultos por virtud que el sujeto a quién le pertenecen así lo decide, pues de revelarlos considere que traería consecuencias en su familia, trabajo, amigos o cualquier otro ámbito en que se desarrolle.

Algunos autores se han atrevido a sugerir hipótesis en las cuales se puede invadir la privacidad de la persona, como ejemplo las siguientes:

- a) Ideas y creencias en general,
- b) Vida amorosa y sexual,
- c) Aspectos ocultos de la vida de familia,
- d) Defectos y anomalías físicas o psíquicas no ostensibles,

- e) Comportamiento y trato social y personal que de conocerse sería criticable,
- f) Las afecciones de salud que menoscaban apreciaciones sociales y profesionales,
- g) Comunicaciones de tipo personal,
- h) Vida pasada del sujeto,
- i) Los momentos penosos y de extremo abatimiento del individuo<sup>18</sup>.

A mi consideración puede resultar aventurado extender un catalogo de situaciones en que se considere se violenta la privacidad de un sujeto, ya que la historia ha demostrado en este tema, el sinfín de variantes que pueden generarse de acuerdo a tiempo, lugar y circunstancias, ocasionando que lo que hoy no es violatorio de la privacidad mañana si lo sea, o que producto de los avances tecnológicos se extienda ese derecho a más y mas hipótesis, pues se debe señalar que la puerta de la vida privada se modifica con las circunstancias de tiempo y las condiciones de vida concretas dentro de las cuales nos encontramos<sup>19</sup>, por tanto hay que considerar la lista anterior como hipótesis enunciativas y no limitativas en que se actualiza una intromisión al derecho a la privacidad, tan es cierto lo que manifiesto que en este momento se discute sobre el derecho a la intimidad de los embriones o de los no nacidos, así como de los incapaces, y estos ejemplos no aparecen en la lista anterior. La crítica no se hace con menosprecio, contrario a ello se agradece al autor ejemplificar situaciones en la que se puede generar la invasión a la vida privada, la critica más bien se realiza con el efecto que el lector este conciente y plenamente abierto a la llegada de más hipótesis, que posiblemente no se hayan considerado.

---

<sup>18</sup> Celis Quintal, Marcos Alejandro.. Obra citada, nota 2, p. 76.

<sup>19</sup> Muñoz de Alba Medrano, Marcia, *La informática frente al derecho a la intimidad el caso de información genética*, [en línea] México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. Página [citado 16-04-2008], formato html, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/82/3.htm>. ISBN 968-36-4622-0.

#### 4.- LÍMITES AL DERECHO A LA INTIMIDAD

Como todo derecho fundamental el derecho a la intimidad tiene límites, mismos que son necesarios para que el mismo no sea usado como medio para violentar otros derechos, o como medio para delinquir.

Entre otros sus límites son:

1.- El interés Público.- Esto significa que habrá momentos en los que la autoridad pueda violar el derecho a la intimidad, por existir un valor o principio supremo que puede violentarse por respetar la intimidad, obviamente como ya se estableció en líneas anteriores la autoridad debe justificar la intromisión<sup>20</sup>.

Lo anterior cobra relevancia en la práctica, toda vez que no está definido qué parte de la intimidad es pública y cuál es la privada, por tanto podrían suscitarse controversias en las cuales los tribunales tendrán que dar una interpretación sobre ese aspecto, incluso se ha confundido que el hecho de ser un personaje público da origen a que sufra de intromisiones en su persona aun en cuestiones de carácter privado.

Para dejar en claro la idea, sabemos por disposición expresa de la ley que un expediente clínico es confidencial, y sólo debe interesar al hospital, médicos tratantes y el sujeto atendido, pero qué pasa cuándo ese expediente clínico refiere a la salud de un jefe de Estado, o en el caso de México al Presidente de la República, en este supuesto es de interés público saber acerca de la salud del presidente y por tanto se debe tener acceso al mismo cuando se justifique la intromisión, habrá quien contraargumente estableciendo que el expediente clínico del Presidente de la República no sólo debe estar en secreto por la intimidad del sujeto, sino además por estar reservado como confidencial por seguridad nacional, situación que en efecto es cierta, sin embargo, cuando existen presunciones sobre un posible debacle de la salud de un jefe de estado, es necesario que se de a conocer por lo menos a los poderes públicos,

---

<sup>20</sup> Véase arriba, cap. Primero, 1.3.2.

a efecto que éstos prevean las salidas políticas que pudieran existir para el caso de muerte o licencia por enfermedad, así pues considero que en el ejemplo estamos en presencia de un caso de intromisión de la vida privada por interés público.

Bajo este esquema pudiera enumerarse un sinnúmero de ejemplos en los que se invade la privacidad por causas de interés público, teniendo siempre como característica primordial, que la autoridad justifique con base en la norma la intromisión.

Ahora bien, ¿un particular por causa de interés público está justificado para invadir la privacidad de otro sujeto?, pienso que la respuesta es no, toda vez que el único que puede ejercer límites a un derecho subjetivo público por esa causa es el estado, ya que en este radica la obligación de hacer prevalecer el interés público aun por encima del interés privado, además que un particular no tendría argumentos para justificar con base en la ley esa invasión.

2.- Por consentimiento expreso o tácito del sujeto.- Esto se da cuando el particular autoriza a la autoridad o a otro particular utilizar sus datos personales o entrar a su privacidad. Estas autorizaciones pueden ser expresas o tácitas: la primera de ellas es cuando el sujeto titular del derecho manifiesta por escrito que desea o que no tiene objeción en la publicación, transmisión o uso de sus datos personales o en la invasión a su privacidad; en la tácita, el silencio del sujeto permite presumir que está de acuerdo con el manejo de sus datos personales o con la invasión a la intimidad, hay que mencionar que la tácita siempre ha de venir por disposición de la norma general o de un contrato.

En México se tienen ejemplos muy claros sobre este punto, uno de ellos se da en el ámbito judicial en el que la autoridad pregunta a las partes si desean o no que sus datos personales sean publicados, otorgando un plazo al sujeto para decidir esa situación con apercibimiento que de no hacerlo se entenderá que autoriza la publicación de los mismos, en este supuesto, si el sujeto da un “sí” expresamente permite la publicación de



datos, pero si guarda silencio omitiendo responder, entonces, tácitamente se entiende que brinda su consentimiento<sup>21</sup>.

En el ámbito privado también existen diversos supuestos donde las personas autorizan el uso de sus datos personales e incluso la invasión a la privacidad, ejemplo de ello es un contrato de crédito hipotecario, en el que además de obligarnos mercantilmente, se autoriza a la empresa para usar los datos personales suministrados para la apertura del crédito, también se autoriza la práctica de estudios socioeconómicos y la investigación crediticia en el buró de crédito<sup>22</sup>, en este contrato en forma expresa autorizamos la entrada en la intimidad ya que permitir que usen, dispongan o analicen los datos personales o que se practique el estudio socioeconómico o investiguen la historia crediticia, son sin duda actos de invasión a la intimidad obviamente con consentimiento expreso. Otro ejemplo más claro sobre autorizaciones de este tipo son los denominados *reality shows* o *talk shows*<sup>23</sup>, donde una serie de sujetos renunciando a vida privada permiten que durante un lapso de tiempo se invada su privacidad a cambio de un precio, precisando que la invasión a ese derecho sólo se sujetará al tiempo determinado en el contrato y versará sobre escenarios autorizados para la intromisión, situación que no debe llevar a invadir la privacidad de un sujeto fuera de los plazos pactados o más allá de las situaciones o actos autorizados, toda vez que el sujeto que renuncia por virtud de ese contrato a su intimidad no lo hace en forma indefinida sino limitada, además que siempre gozará del derecho fundamental a la intimidad. Debo aclarar que una autorización expresa o tácita para invadir la intimidad a una persona siempre debe ser lícita o por lo menos ese debiese ser el sentido, toda vez que de no ser así se

<sup>21</sup> Véase abajo, cap. Segundo, 2.3.

<sup>22</sup> El buró de crédito es el nombre con el que popularmente se identifica a una sociedad de información crediticia. Ley para regular las sociedades de información crediticia, [en línea], México, Cámara de Diputados, 2008, [citado 23-04-2008], formato html, disponible en Internet <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/237.doc>.

<sup>23</sup> Los *reality shows* y los *talk shows* son programas televisivos en los que sus protagonistas autorizan a la televisora transmitir su vida diaria, sus pensamientos, problemas, enojos y todo tipo de situaciones íntimas de una persona.

alentaría la realización de conductas indeseables para la sociedad, no pudiera existir una autorización de invasión a la privacidad para transmitir como se golpea, viola o mata a un niño o cualquier persona, o para difundir datos sobre estado de salud o estados financieros, es decir, aun en las autorizaciones deben existir límites.

Hoy en día las autorizaciones en el sector público tienen bases, es decir, se aclara en qué consiste la autorización y su límite, sin embargo, en el sector privado no lo hay, empero, se resuelven con prácticas comerciales, lo ideal es que exista una norma que regule esta situación.

3.- Libertad de expresión y de imprenta.- Tal vez éste sea el límite más sensible del derecho a la intimidad, tomando en consideración que quienes invaden la privacidad de una persona, siempre alegan a su favor su derecho a la libertad de expresión o de imprenta. Lo anterior en parte es cierto, sin embargo, también la libertad de expresión y de imprenta tiene como límite el derecho a la intimidad, por tanto este tipo de conflictos sólo podrán resolverse con la interpretación de la norma en los Tribunales.

Partiendo de lo anterior considero que todos podemos criticar, divulgar, dibujar o escribir sobre otra persona, empero, todas esas actuaciones deben realizarse con pleno respeto a la integridad del sujeto titular del derecho, sin menosprecios, discriminación, insultos o cualquier otro apelativo que vulnere su imagen.

Esto último cobra importancia toda vez que la libertad de expresión o de imprenta no debe ser un medio para denigrar una persona o para perjudicar su imagen, debe ser un medio por el cual se ejerza una libertad que no afecte a otro sujeto.

El problema en sí es complejo, sobre todo para los personajes públicos y en menor medida para las demás terrenales, en los primeros bajo la bandera de libertad de expresión y de imprenta se les persigue filmándolos, grabándolos, criticándoles, esas actuaciones en sí no tienen trascendencia jurídica, trasciende cuando lo que se filma, se graba o critica se relaciona con la vida privada del sujeto público; así vemos tanto en televisión, revistas e Internet, que los

artistas, deportistas, políticos, se les persigue a efecto de saber sobre su vida sentimental, sobre lo que compra, dónde viaja, qué gasta, con quién tiene relaciones sexuales, si es bígamo, que preferencia sexual tiene, entre otros puntos que sólo debiesen interesar al sujeto titular del derecho y no a las demás personas, sin embargo, al ser rentable por parte de los que comercian con este tipo de noticias se invade la privacidad de esos sujetos sin interesar el daño que se les pueda causar, argumentando quienes ejercen esa actividad su libertad de expresión y de imprenta. Se ha llegado a tal extremo que proliferan en la programación televisiva así como en Internet, páginas y programas que refieren a la divulgación de vidas privadas conocidas en México como “chisme”<sup>24</sup>, en los que sólo interesa la vida sentimental y otros aspectos íntimos de los artistas en mayor medida. En cuanto a los demás sujetos terrenales, la libertad de expresión y de imprenta también puede dañar, toda vez que en ocasiones se dan a conocer en periódicos, radio, televisión y en Internet noticias que vulneran la intimidad de las personas, como ejemplo expongo un caso real sucedido en la ciudad de Veracruz<sup>25</sup>, sucede que unos adolescentes entre 12 y 14 años se filmaron teniendo relaciones sexuales a las afueras de la escuela secundaria en la que estudiaban, uno de los participantes subió sin el consentimiento de los demás el video a una página de Internet, en la página se divulgó el video, y posteriormente la prensa local se enteró del contenido y se encargo de difundirlo a través de los noticieros escritos, de radio y televisivos –todo el puerto de Veracruz se enteró de la noticia–, esta situación detonó en un gran problema para los participantes en el video, toda vez que en primer lugar fueron expulsados de la escuela, se les inició una denuncia penal por violación y corrupción de menores, pero sobre todo ocasionó la muerte de la jovencita

---

<sup>24</sup> Chisme significa: m. Murmuración, cuento sobre alguna noticia verdadera o falsa para dañar a alguien. Wordreference.com, diccionario de la lengua español, [en línea] lugar de publicación desconocido, Wordreference.com., 2008, [citado 8-04-2008], formato html, disponible en Internet: <http://www.wordreference.com/definicion/chisme>.

<sup>25</sup> Véase para mayor información la página de Internet: <http://www.notiver.com.mx/index.php?id=94075>

protagonista del video ya que ésta se suicidó, cierto era que la población tiene derecho a informarse, también es cierto que la prensa tiene libertad de expresión y también lo es que los jóvenes participantes pudieron violentar normas más que penales, administrativas, pero a pesar de todo ello, no había derecho a difundir la noticia como se realizó, toda vez que esos jóvenes tienen derecho a mantener en la intimidad sus parafilias sexuales mientras éstas sean legales – en nuestro país no se prohíbe las relaciones sexuales entre tres o más sujetos– además tenían derecho en que su imagen no fuera dañada; sin embargo, la voracidad de la prensa no sólo provocó las sanciones administrativas que ilegalmente les impusieron, sino también ocasionó la muerte de la jovencita quien no pudo resistir el daño a su imagen. Ciertamente es que se puede contraargumentar estableciendo que el video fue divulgado en primera instancia por uno de los participantes, lo que llevaría a la presunción de un consentimiento tácito para la difusión masiva de las imágenes, sin embargo, resulta que no había el consentimiento de todos los involucrados sino sólo el de uno de ellos, también pudiera argumentarse que deben darse a conocer ese tipo de noticias para frenar actividades que se relacionen con el tema en las escuelas, al respecto pienso que no es la forma de lograrlo, toda vez que se pudo difundir la noticia sin aclararse el lugar donde se realizó el acto, ni aclararse la escuela a la que pertenecían los alumnos, ni mucho menos pasar las imágenes, toda vez que esas circunstancias despertaron el morbo de la gente, que se dio a la tarea de investigar quiénes eran los involucrados así como obtener el video. Obviamente lo anterior sucedió ante el vacío legal que existe sobre el tema, ya que de haber existido normatividad sobre este punto, se pudo evitar la muerte de una persona.

En resumen el límite del que se viene hablando es la parte más tensa de la relación entre la intimidad y libre expresión, ya que no pudieran existir catálogos en la ley en los que se establecieran qué puntos son íntimos y cuáles no, tampoco pudiera existir un catálogo sobre regulación de contenidos, más bien debiese como límite

establecerse reglas generales que abarquen los aspectos más vulnerables del derecho a la intimidad, permitiéndose acciones inmediatas que paralicen una transmisión o contenido por cualquier medio que se difunda, mediante la petición que haga el afectado y que pudiera volverse a difundir si la autoridad considera que no se violenta la intimidad e imagen de los sujetos.

### 5.- AMENAZA AL DERECHO A LA INTIMIDAD

Miguel Carbonell identifica dos tipos de amenazas contra la intimidad, la acción o intromisión en un espacio o zona propia, y el conocimiento o intromisión sobre hechos, datos o aspectos relativos a la vida privada de una persona, puede hablarse en consecuencia, de una intimidad “territorial” y de una intimidad “informativa”, que también puede llamarse confidencialidad.<sup>26</sup> Las amenazas a que aduce el tratadista son interesantes, sin embargo, pienso que no son amenazas al derecho a la intimidad, sino más bien ámbitos de protección o campo de estudio de ese derecho.

Una amenaza consiste en dar a conocer a otro que se quiere hacer un daño<sup>27</sup>, o bien el anuncio traducido en palabras o en actos, de un mal que ha de recaer en alguna persona, formulado directa o indirectamente<sup>28</sup>, aplicado esa definición al derecho a la intimidad, se podría afirmar que una amenaza consiste en la posibilidad de causar un daño o violentar ese derecho a través de cierto medio legítimo o no.

Con base en lo anterior, la amenaza al derecho a la intimidad no debe considerarse como: 1.- una acción o intromisión en un espacio, 2.- ni como la intromisión o conocimiento de ciertos datos de la vida privada, toda vez que al ejecutarse la intromisión, deja de ser amenaza para convertirse en una violación presente, en cambio la amenaza tiene como característica una realización futura que puede causar daño.

<sup>26</sup> Obra citada, nota 9, p.458.

<sup>27</sup> Campuzano Claudia y otro, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM-PORRÚA, 2002, p.174.

<sup>28</sup> De Pina y otro, *Diccionario de Derecho*, 20ª ed., México, PORRÚA, 2000, p.78.

Bajo ese contexto, una amenaza al derecho a la intimidad es la tecnología, en razón que la misma puede servir como medio para inmiscuirse en la vida privada de una persona, o simplemente como medio para la obtención de datos personales. Tan es cierto lo que afirmo que pese a que este derecho fundamental data del siglo XIX, no fue suficientemente estudiado o abordado en aquellos tiempos, esto en razón que no era necesario delimitar su campo de estudio, ni estudiar la consecuencia de su violación, eran pocas las oportunidades que se tenía de violarlo<sup>29</sup>, antes, el diario íntimo o la correspondencia personal eran casi los únicos documentos que se consideraban como pertenecientes a la intimidad de la persona, hoy, ese campo debemos extenderlo a ciertas comunicaciones por fax, a la computadora personal, o los datos personales, o a los datos almacenados en discos compactos o memorias USB, estas circunstancias detonaron o provocaron que el derecho a la intimidad resurgiera en el debate jurídico, justificado por las continuas intromisiones que existen a la vida privada de un sujeto a través de la tecnología.

Así pues la tecnología es una amenaza para la intimidad, ya que, tanto el Estado como particulares la han utilizado en perjuicio de ese derecho de la humanidad, ideando diversos mecanismos para lograr ese fin como: telefotos a distancia, micrófonos ocultos, grabaciones a distancia<sup>30</sup>, celulares, Internet, entre otros medios; que si bien es cierto, esos avances han contribuido en forma positiva en diversas áreas de estudio y en el mejoramiento de la vida cotidiana, también lo es que en su aspecto negativo han perjudicado la intimidad de la persona.

La amenaza de la tecnología como medio para violentar el derecho a la intimidad se hace presente por lo siguiente:

1.- facilidad en su uso, ya que se tenga o no instrucción la persona puede utilizar la tecnología como medio para comunicarse,

---

<sup>29</sup> Pacheco Escobedo, Alberto, Sobre el derecho a la intimidad de los incapaces y en especial de los no nacidos, [en línea] México, Biblioteca Jorge Carpizo, fecha de edición desconocida. Página desconocida [citado 15-04-2008], formato info, disponible en Internet: <http://www.pruebadepaternidad.info/?p=130>.

<sup>30</sup> Ibidem, página desconocida.

para obtener fotos o videos, como muestra son los niños, quienes a su corta edad puedan manejar tecnología como una computadora, un ipod, un celular e Internet, obviamente hay alta tecnología que sólo puede utilizar expertos en la materia, sin embargo, la tecnología común la que esta al alcance del grueso de la población son medios que pueden ser utilizados para invadir la privacidad.

2.- Facilidad en la adquisición, en razón que hay tecnología que en el mercado se adquiere a bajos costos e incluso en cómodas facilidades, lo que ha permitido que cada día más y más gente tenga acceso a la misma, situación que no es mala, lo grave es cuando esa tecnología se utiliza en detrimento del mismo ser humano.

3.- Una moda que se esta implantando, toda vez que existen sitios en el Internet y programas televisivos, que invitan al público en general a enviar fotos y videos de situaciones de la vida diaria, hechos o actos que posiblemente en algunos supuestos no afectan derechos de terceros, pero que en otros sí los dañan.

Estas tres circunstancias se han conjugado para que la tecnología se convierta en la amenaza principal del derecho a la intimidad.

## **6.- QUIÉNES PUEDEN VIOLENTAR EL DERECHO A LA INTIMIDAD**

El derecho a la intimidad puede ser violentado por el Estado y por los particulares, el primer punto no causa sorpresa, en razón que tradicionalmente se ha entendido que el Estado es el único que puede violar derechos humanos, sin embargo el derecho a la intimidad también puede ser violentado por particulares.

### **6.1. El Estado y la violación a la privacidad**

El estado a través de sus servidores públicos llega a violentar el derecho a la privacidad por malicia, ignorancia, obtención de beneficios económicos o por ley:

1.- Hay malicia, cuando bajo el pretexto de la seguridad nacional se vigila a ciertos sujetos –políticos, grandes empresarios, pro-

bables mafiosos— interviniendo sus comunicaciones, grabando sus actividades, accediendo a su información confidencial y a su base de datos, sin que exista una justificación legal para ello, sólo con el fin de utilizar esa información en perjuicio del vigilado y en beneficio del vigilante. En nuestro país tenemos ejemplos muy claros de este tipo intromisiones a la privacidad de un sujeto sin justificación alguna<sup>31</sup>, sobre todo de políticos y empresarios, gracias a los cuales se ha puesto a la vista del público en general las actividades ilícitas que realizan.

Ese tipo de intromisiones afecta al sujeto vigilado, toda vez que en la mayoría de los sucesos los protagonistas salieron del escenario político, y existió un beneficio a favor del sujeto intruso que lo capitalizó con votos en las elecciones.

Desafortunadamente no ha existido castigo para los involucrados, es decir, no han sido sancionados ni el sujeto vigilado ni el sujeto intruso, en el caso de los primeros no fueron sancionados tomando en consideración que la prueba que se aporta es una grabación —video o versión estereofónica— obtenida en forma ilegal, ya que para su obtención no existió autorización de la autoridad competente que diera luz verde para la intervención de comunicaciones o la grabación de los videos, y para los segundos tampoco ha existido castigo, en razón que el sujeto intruso actúa en sigilo y por tanto permanece en el anonimato.

2.- Hay ignorancia, cuando los funcionarios dan a conocer ciertas bases de datos o información confidencial del sujeto, pero no por mala fe sino por desconocer que hay prohibiciones. Ejemplo de estos casos se da frecuentemente por las autoridades judiciales o ministeriales, en el que al ser entrevistados los titulares, revelan datos íntimos del indiciado o de la víctima del delito, o permiten la entrada en general de la prensa a ciertas audiencias o desahogo de

---

<sup>31</sup> Los ejemplos a que me refiero y más conocidos son los casos que fueron denominados por la prensa como: “el señor de las ligas”, “el chamaqueado”, “el jugador de Las Vegas”, “el Gober precioso”, sucesos que escandalizaron el ambiente político en México, toda vez que a través de intervención de comunicaciones y grabación en videos, se mostró la baja moral de los políticos involucrados, en los cuales invariablemente obtenían beneficios económicos a cambio de prebendas.



pruebas, bajo el argumento de que las audiencias son públicas y que la ciudadanía debe estar informada<sup>32</sup>.

Hay que aclarar que no es justificante para la revelación de un dato íntimo: “el derecho a la información o el derecho a la audiencia públicas”, ya que por encima de esos principios se encuentra el respeto a la intimidad, y por tanto la autoridad judicial o ministerial debe cuidar que, cuando se pongan sobre el escenario ciertos capítulos íntimos de las partes que pudieran perjudicar el honor o la imagen, se abstengan de dar esa información y se restrinja la entrada incluso en la audiencia pública, lo anterior partiendo que la ciudadanía puede seguir informada de los aspectos generales de la audiencia o de los sucesos que se vayan generando, sin revelarse los aspectos particulares de las partes involucradas que sólo debe interesar a estos.

3.- Hay obtención de recursos económicos, cuando un servidor público hace uso indebido de la base de datos que tiene a su disposición por la función que realiza, y vende la misma tanto a particulares como a entidades de interés público.

Esa actuación es desde luego ilegal e inmoral, sin embargo, llegó a ser una práctica muy socorrida, toda vez que empresas transnacionales y partidos políticos empezaron a comprar bases de datos, y ante la falta de regulación respecto el resguardo de datos se vendían sin ningún escrúpulo.

El caso más sonado en México, fue la venta de la base de datos de ciudadanos registrados ante el Instituto Federal Electoral a una empresa transnacional de nombre “Choice Point”, misma que revendía esa infamación o parte de ella a empresas interesadas en su dominio<sup>33</sup>, esta situación no paso más que del escándalo político,

---

<sup>32</sup> Un ejemplo sobre el tema, es el denominado “asesino de Cumbres”, suceso que estremeció al país entero al saber que un joven en la ciudad de Monterrey, mató a dos menores de edad a sangre fría, este suceso fue cubierto por toda la prensa nacional, incluso en la ciudad de Monterrey fueron grabadas las audiencias y desahogo de probanzas transmitiéndolas en vivo y en directo por televisión, en las cuales en forma indirecta se daba a conocer episodios íntimos de las partes involucradas; sobre todo acerca de la vida íntima de la mamá y de la hermana de las víctimas del delito. Véase para mayor información del tema, las siguientes páginas de Internet: <http://www.terra.com.mx/articulo.aspx?articuloId=184826>.

<sup>33</sup> Véase, autor desconocido, Sustracción de datos del Padrón electoral Mexicano y la empresa Choice Point, [en línea] México, editor desconocido, fecha de edición desconocida. Página des-

sin resarcirse el daño causado a todos los ciudadanos registrados, ya que sus datos quedaron a la vista, compra y venta de la empresas o de cualquier interesado, cierto fue que los responsables fueron sentenciados por los delitos de revelación de secreto, además de la fijación de una multa millonaria por la cantidad de mil 658 millones 589 mil 135 pesos<sup>34</sup>; sin embargo, la multa impuesta no llevaba como efecto resarcir el daño causado a la ciudadanía a quién le pertenecía la información y quiénes éramos en realidad el sujeto pasivo del delito, la multa llevó como efecto indemnizar al Instituto Federal Electoral cuando éste era responsable por omisión de la revelación de datos confidenciales.

El anterior acontecimiento permitió advertir que, de no regularse eficazmente el manejo, resguardo y disposición de bases de datos que tiene algún órgano del Estado, los funcionarios públicos seguirán disponiendo de los mismos a cambio de unos pesos, hecho que es grave, ya que una cosa es que el Estado obtenga información de su población y otra muy distinta que particulares revelen esa información para cualquier fin lícito o ilícito.

4.- Por disposición de la ley, ésta se actualiza cuando la norma en forma expresa autoriza la revelación de un dato, situación que es común en un litigio, en donde la parte litigante que carece de un dato solicita a través del juzgador que se giren oficios a alguna entidad pública o privada a efecto de que revele algún dato que se solicita y que sea necesario para la solución o inicio de la controversia, los datos más comunes que se piden son: domicilio, número de cuentas bancarias, números de afiliación en los institutos de seguridad social, entre otros. Lo destacado en este punto es que la revelación del dato está permitida por la norma, y es autorizada por una autoridad jurisdiccional que previamente analiza la procedencia o no de la solicitud.

---

conocida [citado 17-04-2008], formato htm, disponible en Internet <http://profesor.sis.uia.mx/aveleyra/comunica/privacidad/noticias/choicepoint-mx.htm>.

<sup>34</sup> Multa millonaria a vendedores del padrón electoral, [en línea] México, *El Universal*, 6 diciembre de 2006. Página desconocida [citado 18-04-2008], formato html, disponible en Internet <http://www.el-universal.com.mx/notas/394453.html>.

## 6.2 El particular y la violación a la privacidad

La accesibilidad a la tecnología, su fácil uso y la moda, han provocado que los particulares se interesen por entrar a la privacidad de las personas, incluso de cualquier persona; desde un político, un artista o un vecino, no importa quién, lo que importa es entrometerse en la vida de otro, pues esta información se ha convertido en medio de vida para algunos y de diversión para otros.

Bajo ese contexto, la pregunta es: ¿cuáles son los fines de los particulares para invadir la intimidad de otro particular?, a mi consideración los sujetos invaden la privacidad por los siguiente:

1.- Fin comercial, muchas empresas requieren de bases de datos de la población, ello a efecto de saber no sólo su nombre, edad, domicilio o teléfono, sino también saber, cuáles son sus ingresos; sus gustos; sus enfermedades, pues esta información permite a las empresas determinar estrategias de ventas, imagine usted lo importante que es para una aseguradora saber sobre su estado de salud, o para un banco saber sobre sus ingresos mensuales, o para una tienda departamental saber sus gustos. Obtener la información anterior permitirá a la aseguradora vender o no un seguro de vida o de gastos médicos o en su caso determinar el monto de la prima o de determinar el clausulado, en el caso del banco le permitirá ofrecer o no sus servicios bancarios –tarjetas de crédito, hipoteca, préstamos de todo tipo– la forma de otorgarlos; la seguridad de su recuperación, para el caso de la tienda departamental le permitirá conocer a su cliente, y ofrecer sólo lo que le acomode ya sea al contado o a crédito. De allí que las empresas están deseosas de obtener a cualquier costo bases de datos de la población que le conviene, y obviamente la forma de obtenerla es en forma directa o indirecta, la directa se actualiza cuando el sujeto aporta a la empresa sus datos personales en forma espontánea y voluntaria, la indirecta es cuando la empresa obtiene dichos datos a través de un tercero.

Lo importante en este punto es precisar que, pese a que la información que utilizan las empresas mencionadas sea con fines lícitos y posiblemente obtenidos por consentimiento de la persona

interesada, el manejo de la base de datos se realiza indiscriminadamente, ya que no hay controles por parte del Estado que regule dicha actividad, por lo que las empresas disponen de la base de datos en forma caprichosa, decidiendo si utilizan sólo para el fin que fueron aportados los datos o para otros fines, o bien comparten en forma gratuita o a través de un pago con otras compañías esa información. Siendo que cuando un particular otorga ciertos datos a una empresa –banco, aseguradora, prestatarios de servicio, etc.,– los da sólo para los fines contractuales y exclusivamente para el desarrollo de la actividad que en ese momento se realiza, sin autorizar que la información proporcionada se utilice para diverso acto comercial, o para que dichos actos sean transferidos a diversas compañías.

En la actualidad las empresas disponen de las bases de datos para los fines que a ellos les plazca, sin interesar si el sujeto otorgó o no su consentimiento para el manejo y disposición de su información confidencial, resultando que la información proporcionada en X sitio esta siendo utilizada en Y lugar sólo con fines comerciales.

2.- Fines ilícitos, la delincuencia organizada violenta la privacidad de las personas con el objeto de obtener datos personales de un sujeto, datos que pueden ser utilizados para la comisión de algún delito, desde los llamados informáticos hasta los de tipo patrimonial o privativos de libertad.

En el caso de los delitos informáticos la delincuencia organizada obtiene bases de datos directamente desde la red a través de *spywares*<sup>35</sup>, y en el caso de otros delitos –patrimoniales, privativos de libertad, etc.,– obtiene la base de datos a través del sector público o privado, ya sea comprando la información o a través de la amenaza del directivo o servidor público encargado del resguardo de la información, o también obtiene su base de datos en forma directa investigando a la víctima del delito.

---

<sup>35</sup> Los *spywares* son pequeños programas que se instalan en nuestro sistema para robar nuestros datos y espiar nuestros movimientos por la red. Qué son los *Spywares*, [en línea] 2007. Página desconocida [citado 19-04-2008], formato htm, disponible en internet: <http://www.infospware.com/Que%20son%20los%20Spywares.htm>.

La obtención de una base de datos por la vía que sea, allana el camino al delincuente, ya que permite a éste tener certeza sobre la conducta, patrimonio, familia y demás datos personales de los sujetos pasivos, mismos que son usados para la consumación del delito que se pretenda realizar.

A manera de ejemplo pensemos en un secuestro, en éste el sujeto activo sabe no sólo el nombre de la víctima, también sabe su domicilio, edad, el monto de su patrimonio, así como demás datos de su familia, lo que permite al activo amenazar y negociar a su antojo. En el caso de un delito financiero consumado a través de la red, el delincuente obtiene primero datos como nombre, dirección, teléfono, fecha de nacimiento, número de seguridad de cuentas bancarias, que le permitirán consumir el delito en el momento que obtenga toda la información.

Así pues, el manejo de una base de datos por parte de la delincuencia organizada o no, es la llave para delinquir en forma más segura, al tener en su dominio información que vulnera al sujeto pasivo.

3.- fines de diversión, como he establecido el fácil uso de tecnologías y los bajos costos para adquirirla, han permitido que algunas personas – sobre todo jóvenes– realicen actos que violentan la intimidad de otros sujetos, siendo común la grabación de videos, de voz, toma de fotos de ciertas situaciones comprometedoras o no del sujeto grabado.

El solo hecho de tomar la foto o grabar el video o voz de una persona desde luego que no violenta la intimidad de las personas, esta se violenta cuando sin autorización de quien debe otorgarlo se realicen esos actos, o aun habiendo autorización para realizarlas, se exponga el video, la foto o la grabación a otro sujeto distinto de la persona a quién se otorgó el permiso.

Por lo regular se exponen las imágenes con el propósito de diversión, a efecto de poner en ridículo al sujeto grabado, o de resaltar sus cualidades físicas, entre otras cosas. A manera de ejemplo se puede encontrar en la red videos o fotografías de accidentes, de

chicas guapas, de bromas entre jóvenes, de jóvenes ebrios, en fin, en la que se nota como constante el fin de diversión del sujeto que sube las imágenes.

Ahora bien, hay que mencionar que aunque se tenga como fin divertirse con situaciones chuscas, trágicas o eróticas, eso no justifica la invasión a la privacidad de una persona, ya que habrá sujetos a los que perjudique una foto o un video en el que aparezca ebrio haciendo ridiculeces en un fiesta, o simplemente se moleste de ser la causa de burla o diversión de otros.

Lo grave en este tipo de invasión a la privacidad, radica en el hecho que aunado al fácil uso de la tecnología y su fácil acceso, hay un incentivo más, consistente en programas televisivos o páginas web que invitan a la comunidad a grabar lo que a ellos les parezca divertido, lo que consideren genera alguna noticia, y lo suban a la red para su divulgación.

Cabe decir que muchos videos o fotos que se envían tanto en la red como en las televisoras, son denuncias ciudadanas sobre acontecimientos que les afectan, convirtiéndose en este caso en una herramienta que permite poner a la vista del público en general alguna anomalía. Así se ha logrado apreciar videos de policías amenazando, golpeando o extorsionando gobernados, y es aquí donde se agradece el entrar a la intimidad de las personas, pues se había ya aclarado que los derechos fundamentales tienen límites, y un límite es desde luego el interés social, y no hay duda de que la sociedad esta interesada en acabar con ese tipo de actuaciones.

Pese a la anterior excepción, debe regularse en cualquier medio masivo la exhibición de videos, fotos o grabación de voz, aunque las mismas sólo sean usadas como medio de diversión, ya que el derecho a divertirse tiene como límite el respeto a la integridad, dignidad e intimidad del sujeto involucrado, toda vez que una persona no puede ser el medio para divertir a otros, obviamente salvo que exista un consentimiento previo.

Se pudiera contraargumentar estableciendo que los videos, fotos o grabaciones de voz, se suben a la red o se exhiben en la televisión

con previo consentimiento de la persona que lo envía, sin embargo, considero que esa autorización tampoco justifica la exhibición del material, ya que el consentimiento no sólo debe ser por parte de quien envía las imágenes o grabaciones, sino de las personas que fueron grabadas.

Así pues invadir la intimidad de una persona por diversión, se ha vuelto una practica recurrente por parte de los particulares, práctica a la que nos estamos acostumbrando, toda vez que la población acepta ese modus operandi e incluso comienza actuar de la misma forma, es decir, empezamos a grabar videos o tomar fotos de cosas chuscas de la vida diaria, de mujeres hermosas, de accidentes, de difuntos, con el propósito de tener dos minutos de fama en la red o en las televisoras, sin interesar la afectación que pudiera ocasionarse a la persona grabada o fotografiada.

4.- Con fines de desprestigio, rechazo y discriminación, muchos particulares invaden la privacidad de un sujeto sólo con el propósito de causar un daño en la imagen o en el honor de otro, haciendo públicos tanto datos personales como acontecimientos íntimos, mismos que son bochornosos para el sujeto involucrado, o que de conocerse afectarían las relaciones familiares, de amistad o de trabajo.

Situaciones como narrar en un panfleto o en una página de Internet con fines de divulgación, la infidelidad, la enfermedad, preferencias sexuales, intimidad sexual, un hecho pasado ilícito, equivocaciones laborales, son sólo algunos ejemplos de la forma en que se violenta la intimidad de una persona, con propósitos de desprestigio, de rechazo o discriminación. Ya que una vez conocido el secreto se perturbaría la vida del sujeto afectado.

Imagine que se dé a conocer que un médico fue sancionado con suspensión por negligencia a finales del siglo pasado, de inmediato la reacción de los clientes será la de salir de su esfera, no interesará saber la causa de la negligencia ni la calificación de la misma, tampoco va a interesar la veracidad de la fuente, sólo interesará el hecho de la negligencia, en este caso la revelación de ese

dato traerá como consecuencia el desprestigio del médico e indirectamente un perjuicio económico. Otro ejemplo clásico es el dar a conocer que una chica ha tenido relaciones sexuales con X,Y,Z, e incluso la información la acompañan con imágenes en video o en fotos, la revelación del secreto trae como consecuencia el desprestigio, rechazo y discriminación de la chica, pues de inmediato será catalogada bajo un concepto nada agradable, en este supuesto tampoco interesa la fuente, la sociedad sólo se guiará por lo que lea o vea, y partiendo de ello emitirá su juicio.

En los ejemplos mencionados se revelan datos y acontecimientos privados de una persona, situación que en sí ya es grave, y que fueron revelados con fines de lograr que dichos sujetos sean rechazados, desprestigiados o discriminados, pues no explicaría de otra forma, la causa de la revelación del secreto.

### **6.3 Efecto de la violación del derecho a la intimidad por los particulares**

Nuestra tradición jurídica no admite expresamente la violación de derechos humanos por parte de particulares, sin embargo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se tuvo que pronunciar ya en una ejecutoria sobre este punto<sup>36</sup>. En la ejecutoria pronunciada por la Corte, primeramente se admite que sí puede existir violación de derechos humanos por parte de los particulares, y que de darse esa violación se estaría frente a lo que denominó “ilícito constitucional”, estableciendo en la parte de la ejecutoria que interesa lo siguiente:

---

<sup>36</sup> El asunto del que trata la ejecutoria refiere a la inviolabilidad de comunicaciones por los particulares, como medio de prueba en un juicio, en la cual se emitió la tesis que al rubro establece: “COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES Oponible tanto a las autoridades como a los gobernados, quienes al transgredir esta prerrogativa incurren en la comisión de un ilícito constitucional.” *Semanario Judicial de la Federación*, [en línea] México, Novena época, vol. XII, tesis 2a. CLX/2000, p.428. [citado 21-04-2008], formato pdf, disponible en Internet: [http://cgcsdsql/IUSWebUnaTesis.asp?nIus=190652&cPalPrm=INVOLABILIDAD, COMUNICACIONES,&cFrPrm=](http://cgcsdsql/IUSWebUnaTesis.asp?nIus=190652&cPalPrm=INVOLABILIDAD,COMUNICACIONES,&cFrPrm=).



*“...lo expresado hasta aquí llevó a la sala a considerar que el ilícito constitucional entraña una violación de un mandato constitucional, el cual puede ser o no una garantía, pues si bien se admite como garantía la libertad y por ello se prohíbe la esclavitud, el contribuir para los gastos públicos no entraña garantía alguna, como tampoco lo es la obligación de los padres de enviar a sus hijos a la escuela; por tanto, toda violación a las garantías implica un ilícito constitucional pero no todo ilícito constitucional implica violación de garantías...los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los gobernados, toda vez que tanto uno como otros pueden ser sujetos activos en la comisión del ilícito constitucional con total independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente<sup>37</sup>...”*

La anterior transcripción permite advertir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha admitido que los particulares pueden violar derechos humanos, siendo éste un avance importante dentro del atraso en que se vive sobre el tema, la corte denominó a esa violación como ilícito constitucional; el nombre es lo de menos, lo realmente rescatable es haber admitido la existencia de un problema y haber intentado dar solución. En el caso del cual deriva la ejecutoria, la solución fue sencilla, ya que el particular que violó las comunicaciones privadas fue sancionado con la nulidad de su prueba.

Lo interesante ahora es poner sobre el debate jurídico nacional, qué hacer cuando un particular violente una norma constitucional, ya que en la actualidad el problema se soluciona a través de normas penales o civiles, sin que opere algún medio de control constitucional, que impida de inmediato la consumación del acto particular de violación de derechos fundamentales.

En nuestro país, hablar sobre medios de control constitucional por violaciones de particulares a los derechos humanos de otro particular es una blasfemia, sin embargo, en otros países incluso con la misma tradición jurídica que la nuestra, se discute o se está

<sup>37</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *Inviolabilidad de las comunicaciones privadas*, México, SCJN-UNAM-IIJ, 2005, p.40.

discutiendo e incluso se aplican ya medios de control constitucional sobre el tema. Alemania fue el primer país en poner sobre el debate jurídico la necesidad de crear ese tipo de medios de control denominándolo “Drittwirkung der Grundrechte” (efecto de los derechos fundamentales frente a terceros) con el cual se pretende proteger a particulares contra la invasión, violación o disminución de un derecho fundamental por parte de otro particular de gran poder, bajo el esquema que hay ciertas normas sobre derechos fundamentales que dotan al ciudadano de un *status socialis* que el ordenamiento constitucional garantiza frente a particulares y, en especial, en relación con los grandes poderes económicos<sup>38</sup>. Otro ejemplo es el caso Colombia en el cual existe el medio de control constitucional denominado “acción de tutela”, mismo que procede por violación a los derechos fundamentales por parte de la autoridad pública o de particulares, en este último supuesto procederá siempre que esa violación refiera a una prestación de un servicio público o cuando la conducta del particular afecte en forma grave y directamente el interés colectivo o cuando quien lo solicite se halle en un estado de subordinación o indefensión, lo relevante de este medio de defensa radica en el hecho que se encuentra expresamente dentro de la Constitución Política, en el artículo 86, mismo que se transcribe para mejor comprensión:

*“ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez compe-*

---

<sup>38</sup> Cifuentes Muñoz, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales*, [en línea] México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Página 12 [citado 21-04-2008], formato pdf, disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/119/2.pdf>.

tente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.*<sup>39</sup>

Lo anteriormente expuesto, es relevante toda vez que un particular puede resentir abusos no sólo del estado, sino también de otro particular, que regularmente es más poderoso por detentar en el concierto social posiciones de supremacía. La suma de poder no se reduce al que ejerce el estado, ya que en la sociedad surgen y se consolidan poderes al amparo de la ley o fuera de ella frente a los cuales los particulares pueden resultar tanto o más vulnerables que frente a las autoridades públicas<sup>40</sup>. De allí que los Estados deben buscar medios de control constitucional frente a actuaciones de particulares que violenten los derechos fundamentales, con el efecto de restituir en forma inmediata, sumaria y sencilla el derecho humando violentado<sup>41</sup>.

El tema que se discute es interesante, en la medida que el derecho a la intimidad es mayormente violado por particulares que por el Estado, por tanto se requiere no sólo la existencia de diversos

---

<sup>39</sup> Constitución Política de la Republica de Colombia de 1991, [en línea] Colombia, Base de datos políticos de las Américas, 2007, Página desconocida [citado 21-04-2008], formato html, disponible en Internet: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>.

<sup>40</sup> Cifuentes Muñoz, Eduardo. Obra citada, nota 32, p. 22.

<sup>41</sup> Sobre el tema y en español pueden consultarse además del autor citado en la nota 32, Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005; Estrada Alexia Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000; Fix-Zamudio, Héctor, *Algunos aspectos de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares en México y Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Porrúa, 1988.

tipos penales que sancionen la revelación de un secreto o el daño al honor, o la existencia de juicios civiles para resarcimiento de daño moral, toda vez que si bien estos medios de defensa tienden a sancionar al sujeto que invade la privacidad de otro, también lo es que tienen como característica común la lentitud de cómo operan, además que con la sola presentación de la demanda o de la denuncia no frenan la revelación de la información o de imágenes.

No debe perderse de vista que el derecho a la intimidad, al ser un derecho fundamental, debe ser controlado con diversos medios de defensa –distintos a los tipos penales o acciones civiles– que refieran al control constitucional, ya que al ser ese derecho de tal magnitud y trascendencia debe resolverse en un plano distinto, es decir, en un plano donde las partes no actúan en igualdad de circunstancias, sino más bien actúan en desigualdad tanto económica, política, cultural, tecnológica, e incluso, el anonimato del sujeto que invade el derecho fundamental es sin duda una expresión de desigualdad, toda vez que de encausar la violación a la privacidad por los canales normales –penal o civil– habría impunidad al no saber a qué persona se deba demandar o denunciar, en cambio con un medio de control constitucional se puede paralizar provisional o definitivamente la invasión al derecho.

Así pues, sirva este apartado para poner sobre la mesa el debate de medios de control constitucional por violaciones a los derechos humanos perpetrados por particulares en contra de particulares.



# La reforma judicial en el Estado mexicano

Cornelia Sánchez Campos\*

*Sumario: I. Causas que originaron la reforma del sistema de justicia penal en el Estado Mexicano; II. Las reformas en América Latina; III. Los principios fundamentales que regirán el sistema penal acusatorio, oralidad, publicidad, presunción de inocencia, intermediación, contradicción, continuidad, concentración, oportunidad; IV. Los artículos constitucionales que fueron modificados y los aspectos torales que comprende la reforma; V. Cambios en la averiguación previa; VI. Los tipos de jueces que existirán; VII. En qué forma se beneficiará la defensa; VIII. Cambios en relación con la víctima; IX. Conclusiones.*

## I. CAUSAS QUE ORIGINARON LA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO MEXICANO

El cambio ha sido un reiterado reclamo del pueblo mexicano por un eficiente sistema de justicia penal, que pese a los intentos de un gran número de reformas anteriores, no lograron disminuir los índices de criminalidad, de inseguridad social y de impunidad, por el contrario, se acrecentó el número de delitos en general y de los ilícitos cometidos por la delincuencia organizada, la cual cada día ha adquirido más fuerza y poder. Las acciones del gobierno han sido insuficientes para contrarrestar al crimen organizado, combatir la inseguridad pública y propiciar un clima de tranquilidad para la sociedad.

---

\*Delegada del Instituto Federal de Defensoría Pública.

El interés por crear un estado de derecho acorde con las exigencias internacionales y con los sistemas de justicia de los diversos países europeos y latinoamericanos que desde tiempo atrás han seguido esquemas con tendencia a un procedimiento acusatorio más justo y democrático, fue una de las razones que motivó la iniciativa de una reforma trascendental en el estado mexicano, además de las causas internas que constituían un enorme descontento social, tales como: la injusticia, la ineficiencia del sistema, la impunidad, la corrupción, la excesiva carga de trabajo de los operadores del sistema de justicia penal, la violación continua de los derechos humanos de los gobernados, la lentitud en los procedimientos, la falta de capacitación y de entrenamiento de los órganos policiales, así como la escasa retribución y reparación del daño a las víctimas.

## II. LAS REFORMAS EN AMÉRICA LATINA

El primero de los ordenamientos procesales que introdujo el sistema oral en Latinoamérica fue el código de procedimientos penales para la Provincia de Córdoba, Argentina, vigente desde 1940 (sus fuentes fueron los códigos procesales penales italianos, la ley de enjuiciamiento penal española y la ordenanza procesal penal alemana). Después debieron pasar más de 30 años para que otros países de Latinoamérica continuaran con la adopción del sistema oral. En 1973, Costa Rica promulgó su código procesal penal. Guatemala fue el siguiente país de Centroamérica que dio a luz a un nuevo código procesal de corte acusatorio en 1994; en 1998 Paraguay, y más tarde Bolivia, Honduras y República Dominicana, se sumaron al proceso de reforma. En las jornadas de Río de Janeiro de 1998, convocadas por el Instituto Iberoamericano del derecho procesal, se aprobó el Código Modelo para Iberoamérica, el cual tuvo como fuentes las leyes procesales de Francia, Italia, España y la ordenanza procesal penal de Alemania.

En 1999 nació el Centro de Justicia de las Américas (CEJA) por resolución de la asamblea general de la Organización de Estados Americanos (OEA). Otro de los centros que promovió la

transformación del sistema judicial fue el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, creado en 1999 a través de un convenio con la ONU. Los países del cono sur que recientemente han llevado a cabo reformas a sus sistemas de justicia son: Chile, Venezuela y Colombia.

La tendencia de las reformas citadas ha estado vinculada con los procesos de transición democrática, así como con la necesidad de superar la crisis de legitimidad que ha sacudido a varias naciones. El sistema acusatorio representa el puente más directo entre un régimen democrático y un sistema de justicia moderno, imparcial, transparente y eficiente.

### **III. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE REGIRÁN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

**Oralidad.** La oralidad en el proceso penal es una característica jurídica que se potencializa en el sistema acusatorio y que no se circunscribe a desahogar las pruebas en forma oral, sino que implica que el proceso penal (fijación de la litis, vinculación a proceso, ofrecimiento, preparación, recepción y desahogo de pruebas, formulación de alegatos y emisión de la sentencia) se desarrolle a través de audiencias y que en éstas todo debe ser tratado de forma oral. Deben desarrollarse verdaderos interrogatorios que permitan el debate y el análisis del desenvolvimiento psicológico de los intervinientes para su valoración por parte del juez.

**Publicidad.** Es un instrumento ligado a la transparencia de la actuación judicial y se convierte en un elemento esencial para legitimar sus decisiones; fortalece también la confianza de los ciudadanos en la independencia e imparcialidad de sus tribunales. La recta administración de justicia requiere la colaboración de una opinión pública informada en el ámbito de los derechos de libertad de expresión y de recibir información veraz. La publicidad se limitará por excepción.

**Presunción de inocencia.** Es un límite frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad



y conlleve para el inculpado la carga de probar su inocencia. Evita la imposición por anticipado de las consecuencias propias de la sentencia (privación de la libertad en la prisión preventiva).

Inmediación. Consiste en la obligación del juez de recibir en forma directa la prueba y no a través de otras personas, así como de resolver únicamente con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba desahogados en su presencia. (Prohibición de delegación de funciones y de valorar elementos distintos a los desahogados en el juicio).

Contradicción. Las partes deben probar sus afirmaciones en juicio en igualdad de condiciones, produciendo información de calidad que permita al juez tomar una buena decisión. El principio se concreta en el debate entre las partes.

Continuidad. La audiencia debe comenzar y terminar con continuidad, de forma tal que se posibilite a las partes una coherencia en sus argumentaciones y al juzgador un real conocimiento de los hechos, de las pruebas y de las peticiones.

Concentración. Consiste en reunir todas las cuestiones debatidas o el mayor número de ellas en la misma audiencia para emitir el fallo.

Oportunidad. Es la facultad de la autoridad ministerial para no iniciar, suspender o interrumpir el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejen razones de utilidad social o de política criminal. Su aplicación responde a dos objetivos principales: la discriminalización de los hechos punibles, evitando la aplicación del *ius puniendi* del Estado en los casos en que existan otros mecanismos de reacción frente al injusto penal o que resulte innecesaria su aplicación; y lograr la eficiencia del sistema procesal, procurando el descongestionamiento de una justicia penal saturada; otra manifestación del principio es el proceso abreviado cuando existe confesión del inculpado y es acorde con las demás pruebas existentes.

#### **IV. LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES QUE FUERON MODIFICADOS Y LOS ASPECTOS TORALES QUE COMPRENDE LA REFORMA**

##### **Artículo 16:**

Aparece la figura del arraigo por cuarenta días o su prórroga por un máximo de ochenta.

Se elimina que la orden de cateo sea escrita y se deja abierta la posibilidad para que se expida por otros medios.

Se establece la posibilidad de aportar como prueba las comunicaciones privadas, siempre y cuando se realice por alguno de los particulares que participen en ellas.

Se crean los jueces de control para resolver por cualquier medio las solicitudes del ministerio público.

##### **Artículo 17:**

Aparece la figura de mecanismos alternativos de solución de controversias (asegurarán la reparación del daño y se establecerá la supervisión judicial, cuando el caso lo amerite).

Las sentencias deberán ser explicadas en audiencia pública.

Se garantizará la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad y se asegurarán las condiciones para el servicio profesional de carrera de los defensores. Sus percepciones no podrán ser inferiores a las del ministerio público.

##### **Artículo 18:**

Se destaca la concesión de beneficios para los sentenciados y la celebración de convenios para que extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

Limita el traslado de reos tratándose de delincuencia organizada o de internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Se crearán centros especiales para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada, así como de internos que requieran medidas especiales. Para los primeros se restringen sus comunicaciones, salvo con su defensor, y se les podrán imponer medidas de vigilancia especial.

### Artículo 19:

Se cambia el término de “auto de formal prisión” por el de “vinculación a proceso”, así como los de “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad” por los de “hecho” y el de “la probabilidad de que el indiciado lo hubiese cometido o participado en su comisión”.

Se establece que el ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no fuesen suficientes para garantizar la comparecencia del imputado, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, o cuando el inculpado esté siendo procesado o hubiese sido sentenciado por la comisión de un delito doloso. Se prevé que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos, así como delitos graves en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Se señala que la ley determinará los casos en los que el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

Desaparece la figura del auto de sujeción a proceso.

Si el inculpado por delincuencia organizada evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso y los plazos para la prescripción de la acción penal.

### Artículo 20:

Establece que el proceso será acusatorio y oral, así como los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

La letra A ahora se refiere a los principios generales:

Prevé que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados se reparen.

Establece que la audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas (inmediación), la cual deberá realizarse de manera libre y lógica (no prueba tasada).

Sólo se considerarán como prueba las que hubiesen sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones para admitir en el proceso la prueba anticipada, que requiera desahogo previo.

El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y pruebas se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral.

La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora (presunción de inocencia). Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente (contradicción).

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

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

Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

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

La letra B se refiere a los derechos de los imputados:

Tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Prevalece el párrafo que prohíbe y

sanciona toda incomunicación, intimidación o tortura, así como el que refiere que la confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio, sin embargo, desaparece la prohibición de que sólo el ministerio público y el juez pueden recibir confesiones, entendiéndose que también la policía lo podrá hacer.

Señala que se le informarán, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada.

Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley: por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo (principio de publicidad restringido).

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley, cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean

oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa.

Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrarlo, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera (desaparece la figura de la persona de confianza).

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

La letra C se refiere a los derechos de la víctima o del ofendido:

Se le faculta para intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley, así como para solicitar la reparación del daño directamente.

Tendrá derecho al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El ministerio público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación.

Podrá impugnar ante autoridad judicial las omisiones del ministerio público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

### Artículo 21:

Establece que la investigación de los delitos corresponde al ministerio público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al ministerio público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial (se elimina el monopolio del ejercicio de la acción penal).

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial (lo último a través del juez de ejecución).

El ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley (el principio de oportunidad consiste en la facultad de la autoridad ministerial para no iniciar, suspender o interrumpir el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejen razones de utilidad social o de política criminal).

Desaparece la disposición de que las resoluciones de no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrían ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos de ley.

Se establece que la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que la Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El ministerio público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el

sistema nacional de seguridad pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

A. La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.

B. El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema.

C. La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.

D. Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública.

E. Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.

#### Artículo 22:

Se prevé que no se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento jurisdiccional y autónomo del de materia penal, el cual se regirá por sus propias reglas.



## V. CAMBIOS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

Las pruebas recabadas por el ministerio público no tienen valor probatorio a menos que sean desahogadas y producidas en la audiencia de juicio, de acuerdo con los principios del sistema acusatorio.

Se le otorga mayor participación a las policías en la investigación de los delitos.

El ministerio público facilitará la aplicación de medidas alternativas para la resolución de casos en delitos no graves (principio de oportunidad).

Se le otorgan facultades al ministerio público para garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general a todas los sujetos que intervengan en el proceso.

La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial (se elimina el monopolio del ministerio público en el ejercicio de la acción penal).

Desaparece la disposición de que las resoluciones de no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrían ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos de ley.

Se establece que el ministerio público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el sistema nacional de seguridad pública.

## VI. LOS TIPOS DE JUECES QUE EXISTIRÁN

Juez de control. Según el texto constitucional, resolverá, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Se prevé que en las actuaciones previas al juicio oral, también se observarán los principios que regirán el proceso.

Juez de juicio oral. Será quien participe en la etapa central del proceso penal sin que hubiese conocido del caso previamente. La

prohibición de la delegación de funciones, indica que sólo podrá sostener una audiencia por vez, y el principio de continuidad manda que deba concluir antes de iniciar otra; la decisión deberá tomarse inmediatamente después de terminada la audiencia sin ninguna posibilidad de consulta a antecedentes de la etapa previa al juicio.

Juez de ejecución. Esta figura implica considerar la etapa de ejecución de la pena como una parte integrante del procedimiento penal desde el ámbito jurisdiccional y no ya meramente administrativo; viene a romper en alguna medida el tradicional esquema administrativo, incorporando un control judicial extra que requiere un diseño que posibilite resultados positivos y no genere rupturas en la lógica de la administración penitenciaria.

## **VII. EN QUÉ FORMA SE BENEFICIARÁ LA DEFENSA**

El ministerio público y la defensa tienen las mismas oportunidades para demostrar y convencer al juez sobre los hechos y los argumentos que cada parte presenta.

Serán los protagonistas de los juicios orales. La defensa tendrá la obligación de promover la contradicción, medir la calidad de la prueba aportada y mostrarle al juzgador aquellos aspectos que no resulten creíbles.

Desaparece la figura de la persona de confianza, por lo que la defensa deberá en todos los casos ser profesional.

Se garantizará la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad y se asegurarán las condiciones para el servicio profesional de carrera de los defensores. Sus percepciones no podrán ser inferiores a las del ministerio público.

## **VIII. REFORMAS QUE BENEFICIARÁN A LA VÍCTIMA**

Se prevé una mayor participación y más beneficios a las víctimas del delito en el procedimiento penal acusatorio, toda vez que dentro de las reformas penales se establece que tendrá derecho a intervenir en el juicio para defender su posición; podrá impugnar las

decisiones del ministerio público o del juez que la afecten; gozará de una efectiva reparación del daño; conservará el anonimato en los casos de delitos que la afecten seriamente; podrá refutar las omisiones o deficiencias del ministerio público en la investigación de los delitos; y acusará directamente ante el juez al responsable de un delito, en ciertos casos que se establecerán en la ley.

## IX. CONCLUSIONES

El espíritu de la reforma a través del cambio estructural y trascendental del sistema de justicia mexicano es lograr el establecimiento de un estado de derecho democrático y más justo que paulatinamente venga a solucionar los grandes problemas de criminalidad, injusticia, inseguridad pública, corrupción, falta de capacitación y equipamiento, entre otros, que aquejan actualmente a la sociedad, considerando que para ello se requiere de un exhaustivo trabajo legislativo que genere leyes bajo los principios que regirán el sistema acusatorio en el país.

Se estima que con el esfuerzo de todos los involucrados en la aplicación de las reformas constitucionales se alcanzarán grandes beneficios a la sociedad en general, a la vez que el país se incorporará a los sistemas de justicia penal de los países que se han adelantado en la adopción del sistema acusatorio y de los principios que actualmente lo rigen, estimándose que los logros más relevantes serían los siguientes:

1. Reducir la impunidad: se sientan las bases para que el ministerio público y la policía investiguen el delito de manera eficaz, expedita y profesional.
2. Evitar la arbitrariedad y la violación a los derechos humanos: en la investigación de los delitos se respetarán los derechos de libertad y defensa adecuada de los acusados, pues se crean jueces de control que revisarán la actuación del ministerio público.
3. Agilizar y transparentar los procesos penales: las audiencias de los juicios deben ser orales y públicas, en las que se desahoguen las pruebas en forma inmediata y continua, sin interrupciones.

4. Elevar el nivel del servicio de policía: se crea un nuevo sistema nacional de seguridad pública que contará con recursos y atribuciones para aplicar estándares de calidad en la capacitación de las policías.

5. Despresurizar el sistema de justicia: que se apliquen medios alternativos de solución para que no todos los asuntos penales tengan que terminar con la imposición de una pena de prisión y facilitar la retribución a las víctimas.

6. Mejorar el sistema penitenciario: el control de la ejecución de las penas se mejorará al quedar a cargo de los jueces de ejecución y no del poder ejecutivo.

7. Ampliar los derechos de las víctimas del delito: las víctimas y ofendidos han sido beneficiados con las reformas constitucionales al conferirles más participación en los procedimientos penales y pretender que se les otorgue una justa retribución y reparación de los daños ocasionados por el delito.



**Sección Tercera**  
CONFERENCIAS MAGISTRALES



## La jurisdicción interamericana de derechos humanos. Presencia del defensor público

*Sergio García Ramírez\**

Me satisface expresar, ante todo, mi cordial reconocimiento al Instituto Federal de la Defensoría Pública, y particularmente a su Presidente, el Lic. César Esquinca Muñoa, distinguido amigo y antiguo compañero universitario, por la invitación que me trae a este organismo y me asocia a sus tareas académicas, valiosas y constructivas. Es un honor regresar al recinto en el que tuve oportunidad de compartir proyectos y tareas, a lo largo de varios años, con mis colegas de la Junta Directiva del Instituto.

Soy testigo del ejemplar desarrollo que ha tenido este organismo al abrigo de una nueva legislación que se propuso fortalecer la defensa que el Estado brinda a los ciudadanos, y bajo el impulso y conducción del magistrado Esquinca, que ha sabido colocar al Instituto en la posición de avanzada que ahora presenta. Es significativo que en la reforma penal constitucional en ciernes, emprendida con base en proyectos del año 2006 y 2007, se haya puesto el acento en el papel del defensor público y en la exigencia de que se brinde a este promotor de la justicia por lo menos el mismo apoyo que se provee a quien suele figurar en el otro extremo de la contienda: el Ministerio Público.

---

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Juez (1998–) y ex Presidente (2004-2008) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conferencia Magistral dictada el 15 de febrero de 2008.



Se ha dicho con razón –y es pertinente recordarlo en el marco de la exposición que tengo a mi cargo en esta jornada– que el defensor en general, público o privado, concurre a “integrar la personalidad procesal” del enjuiciado. Por este conducto se provee al justiciable el medio para que sus intereses, derechos y pretensiones lleguen al foro de la justicia y adquieran presencia y prestancia ante los ojos del tribunal que deberá resolver la contienda. El defensor asume un papel prominente a la luz del proceso penal democrático. Este aleja las sombras del régimen inquisitivo, que negó o regateó derechos al inculpado, concebido como objeto de investigación y juicio, y le reconoció la calidad de sujeto del proceso –como parte procesal, además de parte material–, que trae consigo una suma de derechos y prerrogativas cuyo ejercicio se deposita en las manos y en la competencia profesional y responsabilidad moral y legal del defensor.

Como nos hallamos en el ámbito de un servicio del Estado que se ejerce con especial énfasis en cuestiones penales –aunque ciertamente va más allá de ellas, y conviene que así sea– y dado que ahora nos ocupamos del gran tema de los derechos humanos, conviene recordar que en el terreno de la justicia penal se pone de manifiesto el talante democrático o autoritario del Estado en el encuentro entre el poder público, preservador de la paz y la seguridad, y el sujeto al que se atribuye una conducta ilícita y que por ello enfrenta la potestad punitiva del Estado en su máxima expresión. Es en el campo de la justicia penal donde corren mayor riesgo los derechos fundamentales del individuo, etiquetado o estigmatizado como “enemigo social”, y donde se requiere, por lo tanto, la más diligente defensa de esos derechos en el curso del enjuiciamiento.

De ahí que las Constituciones de los Estados democráticos de Derecho y los grandes instrumentos internacionales sobre derechos humanos –varios de ellos vinculantes para México, porque forman parte de la ley suprema de la Unión en los términos del artículo 133 constitucional– hayan previsto uniforme y puntualmente el

amplio ejercicio del derecho de defensa y exigido la presencia de defensores en bien del inculpado. Y de ahí que en esa previsión figure la posibilidad –que es deber para el Estado– de dotar a aquél con defensa eficiente y gratuita, cuando no pueda contar con asistencia particular. Esta disposición constitucional e internacional ha sido amplia y constantemente analizada y afirmada tanto por los tribunales nacionales como por las instancias internacionales que atienden al debido cumplimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La presencia y actuación competente de los defensores públicos quedan de relieve, más todavía, si se recuerda la situación que generalmente prevalece en el panorama de la justicia penal en los países de América –México no es excepción– y en otros lugares del mundo. La realidad, documentada por la estadística (así lo acreditan, por ejemplo, los estudios realizados por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, ILANUD), pone de manifiesto que la gran mayoría –que en algunos medios se aproxima a la totalidad– de los inculpados se integra con personas de muy escasos recursos económicos, incapaces de contar con defensa particular. Esta situación no es diferente, por cierto, a la que padece la mayoría de las víctimas de los delitos.

La defensa pública –a la que solíamos llamar defensa “de oficio”– constituye una pieza esencial, determinante, de la justicia penal en su conjunto, y no apenas un instrumento auxiliar, concurrente o circunstancial, como algunos supusieron. Si no se dispone de defensa pública, la mayoría de los inculpados carecerá de medios verdaderos para acceder a la justicia, con severo quebranto del debido proceso legal. Esto cierra la puerta, de hecho, a la tutela estatal de diversos derechos humanos, que el Estado se ha comprometido a reconocer, respetar y garantizar. Por ende, es absolutamente preciso que se cuente con una defensa pública suficiente, oportuna, competente y gratuita que haga posible la adecuada impartición de justicia en el ámbito donde más peligran los derechos

fundamentales del ser humanos: el orden de los delitos y las penas.

Quienes me hacen el favor de escucharme, apreciados compañeros en la profesión jurídica, conocen bien la forma en que se ha desenvuelto la defensa pública en los últimos años. Ha salido gradualmente –pero todavía insuficientemente–, de la postración en que estuvo. Escasos defensores, mal remunerados, colmados de trabajo, adscritos a unidades que no siempre disfrutaron de la autonomía indispensable para el ejercicio de la defensa, debían atender centenares de procesos de diversa complejidad, pero todos relevantes para la buena administración de justicia, y ciertamente vitales para quienes se hallaban involucrados en ellos. Esta precaria condición experimenta cambios positivos. El Estado reconoce la importancia de la defensa pública, y los propios defensores adquieren conciencia de la dignidad de su función y la trascendencia que tiene para el imperio de la justicia. Esta convicción creciente no sólo aparece en el horizonte nacional. También ha determinado un pujante movimiento de solidaridad y desarrollo profesional de las defensorías públicas, a través de su organismo interamericano.

El defensor público –y ahora me referiré específicamente a la vertiente penal de la defensoría– concurre al procedimiento con las armas que le confía el orden jurídico. Es depositario de conocimientos e instrumentos normativos, que serán la “espada y el escudo” –para utilizar la expresión juarista– de su desempeño ante las instancias de persecución penal. Para el defensor reviste la más elevada importancia el marco jurídico de su desempeño y el orden normativo que sustenta el acceso a la justicia de la persona a la que presta sus servicios.

Tradicionalmente, ese marco y ese orden se han localizado en el ámbito interno, nacional, doméstico. El defensor había mirado únicamente hacia la Constitución y las leyes emanadas de ésta, los códigos penales y procesales, las leyes orgánicas de las instancias persecutorias y, en fin, una suma numerosa de disposiciones nacionales. Esta situación está cambiando en bien de la justicia y de los justiciables. El panorama se ha enriquecido apreciablemente. El

defensor público debe conocer el cambio, valerse de él y promoverlo en la medida de sus fuerzas y atribuciones.

Ya evoqué el mandamiento contenido en el artículo 133 constitucional. Además de la ley fundamental, que se halla en el más alto rango, y de las leyes federales que emanan de ella, hay otro componente de la “ley suprema de toda la Unión”, a la que deben plegarse los legisladores y los juzgadores: los tratados internacionales conformes con la Constitución, celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República.

En ese cúmulo de pactos internacionales vinculantes para México figuran sendos instrumentos de derechos humanos. No aludo únicamente a declaraciones, cuyo carácter vinculante se ha discutido –debate que pertenece, más bien, al pasado–, sino a verdaderos convenios, pactos, tratados, convenciones en el sentido del artículo 133. Estos documentos forman el Derecho internacional (convencional) de los Derechos Humanos, cuyo mayor desarrollo se observó en el curso del siglo XX, sobre todo a raíz de las grandes conflagraciones mundiales, y en el que el ser humano tiene presencia central, como eje del orden jurídico. Si en el Derecho internacional del pasado cercano sólo aparecía como sujeto el Estado, personaje solitario de las relaciones internacionales, en el presente ha llegado a la escena el ser humano, titular de derechos que interesan a la comunidad jurídica internacional y que ésta reconoce, enuncia y garantiza.

En consecuencia, el cimiento contemporáneo del ordenamiento penal que el defensor público debe conocer y manejar, y que ampara al justiciable ante los órganos de procuración y administración de justicia, así como en la etapa de ejecución de condenas, tiene una doble fuente o naturaleza. Por una parte, el sistema de justicia penal se funda en la tradición constitucional interna, que es el producto de poderosas corrientes mundiales con una historia larga y azarosa –principalmente al cabo del siglo XVIII y como reacción contra las instituciones que entonces prevalecían–, que hallaron acogida y desenvolvimiento, con características diversas,

en el ámbito nacional. Por otra parte, la justicia penal se funda también en el nuevo orden jurídico depositado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que contribuye a la aplicación, la interpretación, la relectura e incluso la reconstrucción del Derecho interno en múltiples cuestiones que atañen a la justicia penal.

Diré desde ahora que es diverso el grado de recepción interna que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, integrado por declaraciones, tratados, sentencias y otros actos jurídicos de distinto carácter. Muy amplia y diligente, en un crecido número de países; menos frecuente y franca en otros. Es preciso, me parece, seguir abriendo las puertas del porvenir, cuando se trata de la tutela de los derechos del ser humano.

Lo que llevo dicho sugiere el siguiente capítulo de mi charla, en la que me referiré a la formación y situación actual del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Este es una vertiente destacada del Sistema Mundial. Hay, pues, un sistema de alcance universal –al que pertenecen, por ejemplo, algunos instrumentos señeros, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales, de Naciones Unidas– y varios sistemas de alcance regional, con caracteres distintivos. El más antiguo y consolidado es el Sistema Europeo; sigue, cronológicamente, el Sistema Americano, al que en seguida me referiré con algún detalle; y luego figura, naciente y esforzado, el Sistema Africano.

Son diferentes los instrumentos en cada caso, y desde luego hay diversidades apreciables en el cimiento cultural y político que constituye la base de cada sistema, pero todos concurren, con el mundial, en un objetivo común: preservar la dignidad humana, abastecida con un número creciente de derechos que constituyen lo que he denominado el “estatuto contemporáneo del ser humano”, al que concurren tanto los derechos y libertades sustentados en el ordenamiento interno como los que toman su fuente del ordenamiento internacional.

La idea de contar con un Sistema Interamericano de Derechos Humanos proviene de mucho tiempo atrás. Nuestro Continente no ha sido, precisamente, un modelo de respeto al orden democrático y a los derechos fundamentales. Por lo demás, ¿dónde se halla semejante modelo? En 1945, al cabo de la Segunda Guerra Mundial, la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz –Conferencia de Chapultepec– celebrada en México, dispuso la elaboración de un documento que alojaría los derechos y libertades del ser humano.

No sobra recordar que en aquellos años eran frágiles, por decir lo menos, las instituciones democráticas de nuestra América y que no sobresalía el desvelo por los derechos humanos. Empero, las fuerzas democráticas del Continente –sobre el que soplaban vientos renovadores de otro origen– alentaron las novedades y mantuvieron viva la iniciativa humanista, “garantista” –decimos ahora–, que trajo consigo avances notables y produjo, con ellos, un cambio cualitativo en la actitud de los Estados Americanos. Por otra parte, en esta región del mundo existía –lo destacó Jiménez de Aréchaga, uno de los inteligentes redactores de proyectos que penetraron en la voluntad continental– una “unidad básica” de ideas que favorecía el consenso americano.

En 1948, en la capital de Colombia, cimbrada por el “Bogotazo”, la Novena Conferencia Interamericana adoptó algunos documentos trascendentales para el establecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Entre éstos destacan la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que entre sus principios acoge el respeto a los derechos del ser humano, y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, que se anticipó algunos meses a la Declaración Universal y constituye, por lo tanto, el primer documento de su género. Tanto la Novena como la Décima Conferencias Interamericanas adoptaron resoluciones conducentes a preparar un verdadero convenio internacional sobre esta materia y establecer un genuino tribunal de carácter internacional o supranacional que ejerciera su jurisdicción

sobre los Estados americanos en cuestiones concernientes a la interpretación y aplicación de dicho convenio.

De esta suerte se contó con los fundamentos y los proyectos indispensables para que la Conferencia Interamericana Especializada en Derechos Humanos, reunida en 1969 en San José, Costa Rica, adoptara la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa Conferencia se elevaron muchas voces para defender las sugerencias contenidas en el proyecto ajustado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –órgano existente desde 1959–, específicamente la creación del tribunal de la materia.

Entre esas voces figuró la del ilustre jurista francés René Cassin, invitado especial a la Conferencia, participante en la redacción de la Declaración Universal y de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas, quien sugirió a la Asamblea mantener los territorios ganados por la actividad de la Comisión Interamericana y profundizar la obra tutelar de los derechos humanos a través de un tribunal cuya jurisprudencia contribuyese, como había ocurrido en Europa, a la definición y consolidación de esa obra.

Antes de la Conferencia de 1969, México había expresado oficialmente ante la Organización de los Estados Americanos su posición favorable al instrumento convencional sobre derechos humanos, sin perjuicio de las novedades y cambios que aportaría la deliberación final, y su impresión de que aún no había llegado el momento de instituir un tribunal que pudiera emitir resoluciones vinculantes para los Estados. No había objeción de fondo, inamovible. Nuestro país sustentaba sus consideraciones cautelosas en un punto de oportunidad: ya llegaría la hora de crear la Corte que muchos solicitaban.

Prevaleció la opinión favorable al establecimiento del tribunal, a la que finalmente se sumó México, en la inteligencia de que la jurisdicción internacional que se crearía no sustituiría o desplazaría a las jurisdicciones nacionales, cuya facultad de conocimiento inmediato y directo se mantendría a salvo. En otros términos, la jurisdicción interamericana sería subsidiaria o complementaria de

la nacional. Así lo planteó el proyecto conocido por la Conferencia y lo aprobó ésta. Ya se contaba, en consecuencia, con una Convención Interamericana, que alcanzaría vigencia nueve años después, cuando se dispuso del número de ratificaciones necesario para ese efecto.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos no se resume apenas en los dos órganos tutelares internacionales: la Comisión y la Corte Interamericanas. Es mucho más que eso. En tanto se trata de un auténtico “sistema”, de carácter político-jurídico, con arraigo filosófico, base social y proyección histórica, es preciso tomar en cuenta diversos elementos componentes del Sistema.

En primer término, existe un dato ideológico, doctrinal: una base de convicciones compartidas, que será el sustento, la guía, el origen y destino de los otros datos del sistema. Esas convicciones se hallan documentadas en los preámbulos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes y la Convención de 1969. Constituyen el “credo” filosófico, político, ético, jurídico de los pueblos de América, expuesto por sus representantes, a propósito del ser humano, la sociedad y el Estado. Aquél es el centro de todos los afanes. El orden jurídico y el sistema social y político se orientan a exaltar y defender sus derechos fundamentales. Existe, pues, una preeminencia del ser humano y se reconoce el papel instrumental y subordinado que tienen la sociedad y el Estado.

Fijadas las convicciones que constituyen el soporte ideológico del sistema, aparece la necesidad de recoger aquéllas en un orden jurídico –el *corpus juris* de los derechos humanos– que confiera precisión al conjunto, reciba y promueva su desenvolvimiento, permita y fomente su aplicación, especifique los derechos y las libertades y afirme los deberes de los Estados en esta materia. Nada de esto había –salvo la base filosófica común, de que habló Jiménez de Aréchaga– cuando comenzó el largo recorrido al que me he referido, en 1945.



El *corpus* normativo apareció apenas en 1948, a través de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana. En la prosecución del largo viaje habría numerosas estaciones, cuyo número no ha terminado. En cada una de ellas surgirían nuevas piezas de la normativa convencional, que a su vez serían sustento de múltiples actos jurídicos, políticas de Estado, normas nacionales, sentencias, recomendaciones, resoluciones, informes: estándares, en suma, del nuevo Derecho interamericano sobre derechos humanos.

La primera y mayor estación en el establecimiento del *corpus juris* sería, por supuesto, la mencionada Convención de 1969. A la fecha, son partes en este instrumento 24 Estados Americanos. Ahora bien, la OEA cuenta con 34 Estados en pleno ejercicio de sus derechos: por lo tanto, distamos mucho de haber conseguido la universalización –que en esta hipótesis sería “plena regionalización”– de los derechos humanos. El punto de llegada es: derechos para todos y jurisdicciones para todos. Adelante me referiré al estado que guarda el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Algunos temas proclamados por la Conferencia de San José no quedaron acogidos en la Convención de 1969. A ellos se destinaron los protocolos suscritos varios años más tarde: en primer término, el Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador– de 1988, y en segundo, el Protocolo sobre abolición de la pena de muerte, de 1990.

Posteriormente fueron adoptadas otras convenciones en torno a temas que el Pacto de San José había recibido de manera nuclear, directa o indirecta, y acerca de los cuales era preciso contar con mayor desarrollo específico, tomando en cuenta su relevancia jurídica y práctica. Aludo aquí a la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, de 1985; la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de 1994; de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, de 1994, y la Convención sobre

la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, de 1999.

Me parece útil mencionar igualmente un instrumento de reciente fecha, cuya materia central no son los derechos humanos: la Convención interamericana contra el terrorismo, de 2002. Se trata, evidentemente, de constituir un frente hemisférico para el combate eficaz a esta expresión insoportable y gravísima de criminalidad. Menciono ese instrumento –y creo pertinente hacerlo ante defensores públicos, que actúan en materia penal y tienen que ver, por lo tanto, con casos en los que se analiza la perpetración de delitos de suma gravedad–, porque tanto la Convención citada como las declaraciones políticas que la acompañaron contienen referencias destacadas a propósito de la protección de los derechos humanos: es preciso enfrentar con energía la delincuencia, pero también lo es dejar a salvo los derechos humanos y amparar, de esta forma, el orden jurídico de la sociedad democrática. Estado de Derecho y seguridad pública no entran en colisión. Hay que preservar el Estado de Derecho y la seguridad del pueblo, con esmero y sin desviaciones producidas por falsos dilemas fincados en esa inadmisible colisión.

Veamos ahora un tercer componente del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, una vez mencionadas las convicciones en las que éste se funda y el orden jurídico que traduce las ideas en deberes puntuales y derechos exigibles. En esta parte de la exposición me referiré a los agentes, protagonistas, actores del Sistema, que debieran operar al abrigo de las referidas convicciones y de las normas citadas, profundizando aquéllas y brindando eficacia a éstas. Hay protagonistas tradicionales, si se me permite decirlo así, y actores emergentes, que recientemente han subido a la escena de la tutela internacional de los derechos humanos –o debieran hacerlo– para cumplir funciones necesarias de las que provendrá una más amplia y mejor protección de esos derechos, y por lo tanto, la creciente fortaleza y bondad del Sistema en su conjunto.

El primer agente del Sistema es el Estado. Pudiera existir la errónea creencia de que el Sistema se formaliza “contra” los Estados. Por el contrario, debe erigirse “con” los Estados, que mantienen firme la vocación y la obligación de proteger los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, exactamente como lo previeron los documentos germinales del orden jurídico y político de la democracia al final del siglo XVIII.

El Sistema, “criatura convencional”, es producto de una determinación soberana de los Estados, expresada en sendos convenios internacionales. Aquéllos suscriben los convenios en ejercicio de la soberanía nacional; es así como adquieren compromisos a favor de los derechos humanos en la esfera internacional, y es así como se sujetan a las decisiones de las instancias de este carácter. Nada de esto constituye una imposición que desconozca o desdore la soberanía. Creadores de la Convención y de sus instancias tutelares, los Estados son también destinatarios de las decisiones de éstas. Tienen una función de garantes de los derechos humanos: garantes con respecto a sus ciudadanos, en el orden interno; y también garantes –garantía “colectiva”– en el plano internacional.

Afortunadamente han crecido la recepción interna, nacional, del orden jurídico internacional en lo que se refiere a derechos humanos, y la consecuente admisión e implementación de los actos provenientes de instancias internacionales reconocidas por los Estados. Esta creciente recepción constituye el acontecimiento más destacado de la hora actual en el ámbito que ahora nos interesa y traduce la verdadera voluntad democrática y garantista de un Estado, más allá de los consabidos reconocimientos que frecuentemente navegan en el discurso oficial.

La recepción interna es múltiple. Ocurre, ante todo, en el plano constitucional: ha caminado un largo trecho la reforma constitucional en América Latina. La feliz coincidencia entre decisiones políticas fundamentales nacionales e internacionales, que convergen en la dignidad humana, deja atrás la antigua polémica sobre la jerarquía del orden constitucional *vis a vis* el orden internacional.

Por lo que toca a derechos humanos, específicamente, prevalece la solución normativa que beneficie más al ser humano; en otros términos, es éste quien se halla en la cúspide de la pirámide. Esta idea se halla implícita en la reforma constitucional argentina de 1994, que otorgó rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos, y explícita en disposiciones constitucionales de Colombia y Venezuela, normas, todas ellas, sugerentes y renovadoras.

También ocurre la recepción nacional en el orden legal secundario –disposiciones de “implementación”–, en políticas públicas y, muy destacadamente, en resoluciones jurisdiccionales. Conviene subrayar este último hecho. Con creciente frecuencia, claridad, firmeza y convicción, los tribunales nacionales han acogido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y asumido los criterios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto sucede cada vez más –hay que subrayarlo, con seguridad– tanto en el ámbito de Cortes Supremas y Cortes Constitucionales o Salas Constitucionales, como en el de tribunales ordinarios.

Para esto último, se toma en cuenta tanto el compromiso adquirido –soberanamente– por el Estado parte en la Convención, como la facultad que ésta confiere a la Corte Interamericana para interpretar y aplicar dicho instrumento. Así, la interpretación que la Corte aporta es “vinculante” para las jurisdicciones nacionales, cuando se sustenta en las atribuciones y en los ámbitos de competencia atribuidos al tribunal internacional por los Estados soberanos. Obviamente, quienes actúan en juicios internos –así, los abogados defensores– pueden y deben invocar esa interpretación cuando vengan al caso cuestiones que se hallan bajo las normas de la Convención.

La Organización de los Estados Americanos forma parte del conjunto de actores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese marco se hizo la Convención; en él se ha desarrollado el *corpus juris*; constituye el foro hemisférico para numerosos planteamientos y decisiones concernientes a esta materia; sus

órganos políticos y administrativos mantienen una constante interacción con las instancias internacionales de protección de los derechos humanos.

En las normas y en el discurso de la OEA tiene un lugar muy destacado la protección internacional de los derechos fundamentales. No sobra preguntarse: si el fin del Estado, sociedad política nacional, es la preservación de los derechos del hombre, una organización de Estados, es decir, una sociedad política internacional, ¿podría tener otro fin más elevado, sin perjuicio, claro está de operar en otros ámbitos, que en definitiva constituyen –o debieran constituir– tareas instrumentales para el logro de aquel gran fin natural y concentrador?

En el espacio de la organización internacional figuran los dos organismos sobresalientes para la tutela internacional, cada uno con sus propias atribuciones, siempre complementarias. Ese binomio se integra con la Comisión Interamericana –con la que pueden y deben mantener estrecha comunicación quienes se ocupan, a escala nacional, de la defensa y promoción de los derechos fundamentales– y la Corte Interamericana. Esta última, en cuyas funciones no puedo extenderme en una exposición sumaria como la presente, ha recibido la encomienda de interpretar y aplicar la convención. Despliega sus atribuciones jurisdiccionales a través de diversas funciones o competencias: consultiva, contenciosa, preventiva y ejecutiva (de supervisión de cumplimiento).

La sociedad civil es otro de los actores tradicionales o “clásicos” del Sistema Interamericano. Ha estado presente y activa en la defensa de los derechos. Sus organismos –los conocidos organismos no gubernamentales: ONG’S– han llevado a cabo una enorme, benéfica labor de defensa. Por este conducto llegan los quejosos ante la Comisión Interamericana, y también por este medio se favorece la presencia de las presuntas víctimas ante la Corte Interamericana. El artículo 44 de la Convención de 1969 reconoce una amplísima legitimación a las organizaciones de la sociedad civil –y, en rigor, a todas las personas– para formular quejas y de-

nuncias y poner en marcha el procedimiento internacional. Aquí existe otro terreno propicio a la alianza entre defensores privados y defensores públicos de derechos.

En seguida me referiré a los que he denominado actores o protagonistas “emergentes” del Sistema Interamericano. Concurren a la tutela internacional de los derechos humanos por diversas vías. Han ido más allá de la posición del testigo o del simpatizante, en tanto asumen, sobre todo en tiempos recientes, una actividad muy relevante e incluso protagónica en la operación del Sistema, al lado de la Comisión o de las presuntas víctimas o ante la jurisdicción interamericana. Su actividad ha adquirido, de esta suerte, una relevancia protagónica aunque no formen parte de los entes incorporados formalmente en los mecanismos internacionales de tutela, como la Comisión y la Corte. Por lo demás, se hallan inmersos en el Estado, algunas veces, y en la sociedad civil, otras, pero no corresponden –o no siempre corresponden– a la categoría de las organizaciones no gubernamentales.

En esta área debo mencionar, primero, al ombudsman. Muchas consideraciones que cabe formular en torno a la actuación de este órgano en el plano internacional son igualmente aplicables a la defensoría pública, por lo que prefiero referirme a ellas, con mayor detalle, en la parte final de mi exposición. Nacido hace más de dos siglos, en Suecia, y luego acogido en el Derecho de los países escandinavos, el ombudsman ha llegado a numerosos países, entre ellos varios Estados americanos, que le acogen en las normas constitucionales de la última etapa. Es una instancia de tutela no jurisdiccional, sustentada en la autoridad moral que consiga como producto de la independencia y eficacia de su actuación.

Llamado a preservar los derechos humanos, el ombudsman posee, a mi juicio, un espacio natural en la tutela internacional. Se objeta, sin embargo, que forma parte de la estructura del Estado –aun cuando sea autónomo con respecto a los Poderes formales tradicionales: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como frente a otros órganos constitucionales que disfrutan de autonomía– y que

por ello es cuestionable su independencia en la escena internacional, a la que concurriría como adversario del Estado llamado a juicio, del que forma parte. En otros términos, el Estado litigaría con el Estado.

También me parece adecuado colocar a la “academia” en el ámbito de los actores emergentes del Sistema Interamericano. Múltiples universidades y centros de educación superior e investigación concurren activamente, desde la perspectiva de sus propias funciones, a la tutela internacional. Actúan en la formación de personal, el análisis crítico de la jurisprudencia –cada vez más apreciable y bienvenido por los órganos internacionales de protección–, la promoción de casos ante estos órganos a través de oficinas de defensa de los derechos y presentación de opiniones ante la Comisión y la Corte a título de *amicus curiae*, etcétera. Todo hace suponer que esta actividad crecerá. Vale mencionar que muchos integrantes de la Comisión y de la Corte, antes y ahora, provienen del medio académico, en el que han desarrollado sus tareas profesionales o una parte importante de ellas. Esto determina una amplia comunicación entre las instancias oficiales y el mundo de la academia.

Veamos a continuación la concurrencia de las profesiones afines a los quehaceres de defensa de los derechos individuales. En este campo destacan las profesiones jurídicas, entre ellas, principalmente, los defensores públicos, que recientemente se han sumado de manera individual o institucional a la obra tutelar internacional. A este respecto, tómese en cuenta lo que anteriormente señalé a propósito de la compleja situación que guardan los derechos humanos en el espacio de la justicia, en general, y de la justicia penal en particular. Un gran número de casos que llegan a los estrados de la Corte Interamericana, tras el procedimiento ante la Comisión, reflejan esa delicada situación y dan cuenta de violaciones a derechos humanos perpetradas con motivo del enjuiciamiento penal o de las actividades aledañas o conexas a éste, como la investigación policial y la seguridad pública.

En la estadística sobre violaciones a derechos humanos destacan las relacionadas inmediata y directamente con el debido proceso, en sus múltiples extremos: trátase de los temas cubiertos por el artículo 8 (garantías judiciales) o por el artículo 25 (protección judicial) de la Convención Americana –principalmente aquél, que se suele identificar con el marco del debido proceso–, trátase de otros extremos relevantes para esta materia, como los medios de impugnación de las condenas a muerte (artículo 4), el hábeas corpus (recogido en el artículo 7) y las garantías jurisdiccionales de ciertos derechos, inclusive en situaciones de emergencia (artículo 27). Todo ello suscita casos en materia procesal penal, que previamente han atraído la intervención, en el ámbito interno, de abogados defensores, privados o públicos.

En rigor, el planteamiento mismo de diversas violaciones a derechos, en principio ajenos al orden procesal, se halla asociado con quebrantos en el procedimiento penal en agravio de las presuntas víctimas de aquellas violaciones, a las que se ha negado el acceso a la justicia o enrarecido los medios de defensa. Esto se ha visto en el común de los casos, esencialmente vinculados con la protección y garantía de la vida, la integridad, la libertad, la expresión de las ideas, la asociación profesional, la tutela de los niños y la familia y otros derechos y libertades.

A menudo se advierte y declara, con todas sus consecuencias, la existencia de violaciones múltiples: tanto a derechos “sustantivos”, como los que acabo de mencionar, como a derechos instrumentales o procesales (garantías judiciales, protección judicial y otros) a través de hechos que son bien conocidos y han sido ampliamente rechazados, en el desempeño profesional, por los defensores públicos de inculpadados que resultan víctimas de esas violaciones o de personas que han pretendido, infructuosamente, preservar su seguridad y obtener justicia ante la instancias nacionales.

Es verdad que el quehacer del defensor público, cuando actúa en el ámbito penal –que es, como dije, el espacio que ahora nos interesa–, se dirige a la tutela de intereses legítimos y derechos del



inculcado en el curso del procedimiento, y en ocasiones va más allá de la sentencia e ingresa en la etapa de ejecución. Todo esto ocurre ante instancias nacionales de persecución, enjuiciamiento y ejecución. Pero también es verdad que en esas mismas etapas pueden presentarse violaciones a derechos humanos que no corrija suficiente y oportunamente la jurisdicción nacional y que se proyectan de diversa forma en el fallo del tribunal interno. En estos casos, la debida defensa del sujeto puede ir más allá de las fronteras del proceso nacional e intentar el rescate que significa la jurisdicción internacional. Así, el defensor estaría cumpliendo plenamente su función como procurador de los derechos del inculcado.

El acceso a la jurisdicción internacional es complejo, costoso y, a menudo, tardío. Para superar estos obstáculos se requiere el apoyo firme de agentes de la justicia que lleven de la mano al inculcado –víctima de una violación de derechos fundamentales– y sostengan su causa, o al menos la asistan, dondequiera que deba plantearse: esto es, ante las instancias internacionales de protección. No pierdo de vista que el defensor público –como el ombudsman, ya se dijo– es un órgano o funcionario del Estado y que en la esfera internacional se cuestiona al Estado mismo. Por ello se mira con extrañeza o desconfianza la intervención del defensor público, que debe “ganar su puesto” en la escena internacional y acreditar los títulos con que puede comparecer en ella o actuar a partir de ella, como adelante se verá.

En tal virtud es preciso que la defensoría pública deje bien establecida –necesidad que también se presenta en el ámbito interno– su autonomía frente a cualesquiera autoridades, la buena fe con que actúa, la solidaridad humana y social que mueve naturalmente su actividad. Si no acredita estos méritos, difícilmente se permitirá –o aceptará o alentará– su ingreso al ámbito de la tutela internacional. Se trata, pues, de un “personaje” pendiente de acreditación. Debe ganar el lugar que pretende y la confianza que le haga merecedor a éste: o a la inversa, la confianza, primero, y en seguida el lugar, como consecuencia de aquélla.

Desde luego, debe quedar en claro que el proceso internacional no es ni pretende ser una nueva instancia superpuesta a las instancias internas: oportunidad de revisión de las decisiones adoptadas en ésta, como las revisaría el tribunal *ad quem* en un ejercicio de apelación, por ejemplo. El proceso internacional se desarrolla a partir de la imputación de violaciones a derechos humanos, no de imputaciones de orden penal a determinadas personas señaladas como responsables de ilícitos penales. Esto último queda en manos de los tribunales penales internos, como ha sostenido la Corte Interamericana en numerosas ocasiones. Sólo aquello –el punto de derechos humanos– corresponde al enjuiciamiento internacional que ahora examinamos. Se trata, pues, de un tema distinto, un litigio diverso, entre diferentes sujetos procesales: en éste, la presunta víctima suele ser quien figura como victimario en el proceso interno.

Regularmente, quien asiste a la supuesta víctima de violación de derechos formula, en nombre de éste o en el suyo propio, la queja o denuncia que abre el procedimiento internacional. ¿Puede proceder así el defensor público? ¿Cuenta con la legitimación que le permita hacerlo? Éste es un punto discutible. Empero, el debate no debiera excluir la participación del defensor, que asiste al quejoso bajo el título de asesor o consultor. Si no actúa por sí mismo, lo hace al lado del denunciante de los hechos violatorios, ilustrando y apoyando sus gestiones. Lo acompaña, pues, en el arduo camino de la tutela internacional. Probablemente este desempeño despejará el camino de la justicia, aunque sólo en la medida en que se acredite la autonomía, buena fe y capacidad del defensor que favorece al quejoso en sus gestiones internacionales.

Me percaté de que diversos escollos entorpecen la marcha en esta dirección. Todavía se trata de un campo escasamente explorado, en el que las dudas y las objeciones suelen aparecer con más frecuencia que los apoyos. Pero conviene esforzarse en remover y superar esos escollos del mejor modo posible para beneficio de la justicia, no en detrimento de ella. La ausencia sistemática del

defensor público podría militar contra aquélla, en general y en el caso concreto, enrareciendo la posibilidad de alcanzar la tutela que se requiere y la satisfacción que se merece. En cambio, la sistemática –o al menos frecuente– presencia del defensor público podrá contribuir, como ya se ha visto en algunas ocasiones ejemplares, a que haya justicia ante las instancias internacionales.

El desarrollo íntegro del proceso y la emisión de una sentencia de condena, con las características que suelen tener ese proceso y esa condena, no son necesariamente la única vía para componer el litigio en materia de derechos humanos. Se sabe bien –recuérdense las enseñanzas de procesalistas que calaron hondamente en la doctrina iberoamericana, como Niceto Alcalá-Zamora– que hay alternativas a la mano para la composición del litigio. No me refiero ahora a la autodefensa, sino a la autocomposición, crecientemente admitida en el ámbito penal nacional y en el orden internacional de los derechos humanos, que acepta la amistosa intervención compositiva de la Comisión Interamericana y acoge el desistimiento y el allanamiento en el proceso ante la Corte Interamericana. Hoy día, en un apreciable número de casos se produce el denominado reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado, que entraña actos de confesión y actos de allanamiento.

Tomando en cuenta esta circunstancia, así como la ventaja de las soluciones compositivas –cuando son legítimas y adecuadas, por supuesto, no cuando constituyen medios para eludir la justicia y acumular agravios–, el defensor público podría alentar la composición cuando el asunto llega a las instancias internacionales, como puede favorecerlo mientras se encuentra pendiente en las instancias nacionales. Sería un “facilitador” de avenimientos legítimos. Se entiende, desde luego, que tanto la Comisión como la Corte sólo permitirían o acogerían una composición entre partes cuando puede operar, por la materia en litigio, el principio de disposición y no resulta necesario llevar adelante la causa para alcanzar fines del proceso internacional de derechos humanos que miran por encima de los casos particulares: hacia la tutela general y la evolución del

Sistema. Pero aún en esta hipótesis, el defensor público que actúa en el ámbito internacional puede favorecer la marcha del enjuiciamiento y la concurrencia de avenimientos cada vez que sea posible y debido alcanzarlos.

También hay campo propicio para el defensor público –como, en su caso, para el ombudsman– cuando llega el momento de ejecutar una recomendación o, más todavía, una sentencia de las instancias internacionales. En este caso, el problema ha vuelto a las manos del Estado, comprometido a cumplir los fallos de la Corte. El cumplimiento puede suscitar dudas, reticencias y resistencias de *facto*, amparadas en supuestas o reales consideraciones de *jure*.

El defensor público puede intervenir para allanar en el camino el cumplimiento y favorecer acuerdos entre quien debe cumplir cierta condena y quien es acreedor a determinadas reparaciones, no para eludir aquélla o reducir éstas, sino para facilitar la ejecución debida. Estoy seguro de que la jurisdicción interamericana verá favorablemente los buenos oficios del defensor público que logre oportunos y rigurosos cumplimientos. Con éstos se habrá cerrado el círculo de la justicia en el caso concreto, con la trascendencia que ello tiene para la justicia en general.

Un tema descollante en el ejercicio de la jurisdicción internacional es el relativo a las medidas provisionales que dicta la Corte Interamericana –o medidas cautelares que emite la Comisión Interamericana–, cuando existe riesgo inminente de daño grave a derechos de alguna persona, que pudieran resultar irreparables. En la especie, la decisión de la Corte equivale a una suspensión del acto reclamado a partir de elementos de juicio *prima facie*, que establezcan la existencia del riesgo que se debe ahuyentar y el peligro que traerá consigo la demora en adoptar medidas urgentes. El Tribunal internacional puede dictar medidas de ese carácter tanto en relación con casos de los que ya esté conociendo bajo su competencia contenciosa, como con asuntos que aún no hayan llegado a su conocimiento a través de una demanda formal, a instancia de la Comisión Interamericana.

Las medidas provisionales que dicta la Corte –y que han sido benéficas en numerosos casos– tienen carácter vinculante para el Estado. Ahora bien, es preciso ponderar cuidadosamente su fundamento, la conveniencia de que subsistan, la pertinencia de modificarlas o levantarlas. Todo ello requiere análisis y prueba suficiente. La Corte ilustra su juicio con informes que provienen del Estado, la Comisión Interamericana y los destinatarios o beneficiarios de las medidas.

También en este ámbito es posible la intervención del defensor público para diversos efectos: mediar entre aquellos sujetos, para obtener entendimientos razonables que permitan la tutela provisional de derechos; informar objetivamente al Tribunal sobre el estado que guarda el cumplimiento de las medidas y el riesgo que se cierne sobre sus destinatarios; verificar estos extremos con frecuencia y acuciosidad; contribuir con elementos de juicio a la conservación, modificación o extinción de las medidas.

Hay otra misión relevante, de gran alcance, en el catálogo de trabajos –de Hércules– que puede asumir el defensor público, al lado de otros protagonistas del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Me refiero al favorecimiento de la recepción del Derecho Internacional de Derechos Humanos –en toda su extensión: desde declaraciones y tratados hasta sentencias y recomendaciones– el orden interno; la llamada “implementación”, que constituye una prueba de fuego para la voluntad jurídica y política de los Estados y un territorio justamente ambicionado por la sociedad civil.

El defensor público favorece esa recepción, se convierte en promotor y gestor de ella, cuando invoca en el enjuiciamiento penal los derechos internacionalmente consagrados –y nacionalmente aceptados por el Estado, a través del compromiso adquirido como parte de la convención que los reconoce y garantiza–, con la misma naturalidad, constancia y energía con que reclama los derechos previstos en las leyes internas. Asume esa misma función promotora cuando milita en favor de la “cultura de los derechos humanos”,

que constituye el factor social indispensable para la observancia de éstos. Se requiere informar y formar a la población en la conciencia de los derechos humanos.

No es tarea fácil predicar los derechos humanos y labrar la cultura de la sociedad –y de los funcionarios públicos– en esta materia, si se piensa en que el defensor público que actúa en causas penales debe enfrentar a menudo el recelo de una comunidad agraviada por la incidencia y gravedad de los delitos que mellan la seguridad y la paz colectiva. Tropezará con el falso dilema al que me he referido: “seguridad o derechos humanos”, encrucijada que acostumbran destacar quienes, mal dispuestos o mal provistos para el desempeño de responsabilidades públicas, atribuyen a los derechos humanos los males que ellos mismos propician con su malicia e incompetencia.

Concluyo aquí una somera explicación sobre el estado actual del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, abarcado en sus diversos componentes. He querido acentuar la existencia y la función de diversos protagonistas de ese Sistema, de cuyo concurso eficiente y convencido, a la altura de las circunstancias, depende el imperio de los derechos fundamentales, siempre asediado por corrientes adversas. Al establecer el elenco de esos protagonistas me he referido a los defensores públicos, que están saliendo de la penumbra en que estuvieron confinados, y al papel que pueden cumplir, en mi concepto, en el escenario de la defensa internacional de los derechos humanos, a partir de la defensa nacional.

Reconozco que algunas de las afirmaciones que he vertido suscitan reparos. No será fácil vencer las resistencias que impone la tradición, amparadas, en el mejor de los casos, por la buena fe de quienes las esgrimen. Sin embargo, considero verdaderamente indispensable –y no apenas conveniente o deseable– la actuación de los defensores públicos en la defensa de los derechos humanos, tanto a través de su tradicional encomienda procesal interna, como por medio de nuevas actuaciones que repercutan en el ámbito de la justicia internacional.

Los defensores públicos constituyen un ejército poderoso, numeroso y bien calificado, del que cabe esperar aportaciones fundamentales a la tutela de los derechos humanos. Para ello es preciso revisar antiguos conceptos, abrir la puerta de par en par, aunque siempre con prudencia y sensatez, a nuevas posibilidades de servicio y favorecer experiencias renovadoras, sustentadas en la autonomía, la buena fe y la competencia de los defensores.

## La defensa adecuada

Julio Antonio Hernández Pliego\*

Los abogados generalmente culpamos a otros de nuestras calamidades y errores: *es que había línea de arriba; los Diputados son ignorantes y no entienden su función; hubo dinero o influencias; el pastel se cocinó fuera del Juzgado*. Fletcher dice que un abogado defensor al entrar al tribunal, implícitamente argumenta: “*Alguien en esta sala es culpable, y ese no es mi cliente*”. Se culpa al juez de un veredicto sesgado; *no funciona el sistema; todo está dominado por la ignominia*.

Creo por mi parte, que esto no es cierto, por lo menos no es lo que refleja generalmente la realidad que percibo. Sí me inquieta que los lamentos de mis colegas (y a veces los míos también) estén sostenidos por nuestra actitud conservadora a la que no resulta grato quien quiera mover el tapete, porque nos aferramos al pasado y como nos preciamos de conocer la ley tal como está, nuestro interés es que no se mueva, empeñándonos en mantener las cosas como están e inclusive desconfiando de lo que funciona en otras latitudes.

Cuestiono seriamente nuestro actual sistema de justicia penal que a pesar de la garantía de defensa adecuada que reconoce al inculpado, tolera en la realidad una pretendida defensa ayuna de

---

\* Profesor de Derecho Procesal Penal por concurso de méritos en la Facultad de Derecho de la UNAM y miembro de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública. Conferencia Magistral dictada el 29 de febrero de 2008.



profesionalismo, carente de ética, de capacidad y respeto a los valores en general, no supervisada ni controlada por nadie, que más que cumplir, simula prestar el importante servicio de la defensa en juicio penal y que se conforma con que quien encarne tan augusta función, exhiba una cédula profesional que desde luego, a la vista de la pobreza en los planes de estudio de muchas universidades sólo de membrete y de instituciones que mercantilizan la enseñanza del Derecho, es una prueba del todo insuficiente de los merecimientos que deben ornar a un defensor que pueda brindar una ayuda apropiada al imputado.

Es el momento de unir nuestras fuerzas para encontrar alternativas hacia un debido proceso en que estén claros los roles que deben jugar el juez, el fiscal y la defensa.

Por eso Carrara afirma que la defensa no es un privilegio ni una concesión graciosa de nadie, sino un verdadero derecho original e inalienable del hombre, en cuyo desempeño está interesada la sociedad que no desea que cualquiera reciba una pena, sino sólo el culpable del delito y aun en este caso, que la pena sea congruente con el grado de culpabilidad advertida en el reo, lo que convierte a la defensa en un instrumento de orden público primario, que implica una actividad no diferible o postergable del defensor, ni siquiera en el supuesto de que el inculcado se lo exigiera, porque eso podría llevar a un juicio de una sola vía inquisitorial, vedado por la Constitución.

La libertad de defensa, derivada de la libertad genérica, es el conjunto de derechos y facultades que el hombre no ha cedido al Estado y que se traduce en los deberes de abstención asignados al poder público que éste debe respetar en tanto se trata de derechos y garantías individuales en los que se funda la armónica convivencia social.

Entre las partes, resulta vital el papel que juega el defensor, portador de un derecho que es manifestación connatural de la proyección jurídica que busca equilibrar el procedimiento penal en el que nace y curiosamente con el que también al mismo tiempo que concluye el proceso, se extingue su figura.

A su cargo se hallan los más relevantes derechos del ser humano, tanto que la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos atribuye al defensor la presunción de que su actuación ha sido adecuada.

Las Barras de Abogados en nuestro país, en general tienen códigos de ética que forman hermosos ejercicios literarios pero que en la práctica son inocuos e inofensivos frente a su vulneración, mientras seguimos en espera de una colegiación obligatoria hace mucho tiempo anunciada.

Parece que este es un serio problema al que más tarde o más temprano habremos de enfrentar de manera decidida y sin concesiones, pues la desprotección a la que quedan expuestos los inculcados en materia penal y de manera genérica los necesitados de ayuda legal, parece empezar desde un poco atrás, según denunciemos, en la formación escolar claramente deficiente y carente de valores, así como en la ausencia de rigor de los planes de estudio de tantas y tantas universidades espurias y de los centros de enseñanza superior del Derecho que sólo enarbolan ese nombre pero cuyos aviesos fines mercantilistas no pueden esconder.

El Instituto Federal de Defensoría Pública está cumpliendo su décimo aniversario y ha creado en esta generación (si una generación se cuenta por cada diez años) y en algunos casos ha perfeccionado, a un grupo selecto de defensores públicos y asesores jurídicos que no tengo la menor duda que compiten ventajosamente con los abogados defensores de los casos sonados en nuestro país, que perciben honorarios en billetes verdes.

Por eso hoy la imagen de la defensoría pública federal con la conducción de su Director, y la entusiasta entrega de cada uno de los integrantes del Instituto, es muy otra de la que personal pero lastimosamente me tocó vivir hace algunos lustros.

La defensa en el rango federal está poniendo claro ejemplo de lo que puede hacer al lado del cultivo de los valores éticos, la capacitación, seriedad y respeto a la profesión y la auténtica vocación por las mejores causas de la gente más necesitada de apoyo real y decidido.

Viene a cuento porque todo juicio penal debe suponer una actividad procesal que permita probar que alguien cometió un delito, pero en el caso de no alcanzarse esa prueba o de no obtenerse conforme a las reglas del juicio, no podrá el juez decidir inclinándose sobre la culpabilidad.

El juez debe llegar a la asunción del conocimiento, no por el sentimiento de la víctima, quien no tendrá generalmente duda sobre los hechos, a través de la dudosa claridad generada por la afectación que le produjo el delito; tampoco por la opinión del público formada casi en todos los casos por una visión inmediata e irreflexiva, mayormente en asuntos relevantes en que obra influida por los medios de comunicación, en especial por la televisión que ofrece al público bien dispuesto pero poco conocedor, la sensación de estar viendo la realidad que, en el mejor de los casos, es una composición de escenas previamente escogidas y sonidos interpretados y ajustados a las tomas de la cámara.

El juez debe obtener el conocimiento a través de las pruebas que aporten las partes en un debido proceso penal y el imputado nada más puede salir del juicio como culpable, si su inicial condición de inocente se desvirtúa cabalmente a través de las probanzas aportadas por el Ministerio Público, lo que equivale a decir que no podrá imponerse una condena a no ser que la culpabilidad quede establecida más allá de toda duda razonable.

En nuestro medio, el proceso penal tiene entre sus finalidades el restablecimiento del orden público que alteró el delito. Empero, al amparo de estas altas finalidades frecuentemente se ponen en crisis las libertades individuales puesto que desde siempre se ha admitido la posibilidad de que el Estado amplíe su margen de afectación a los derechos humanos, al enjuiciarse comportamientos causantes del mayor impacto social.

Como quiera que ello sea, el escenario del proceso penal ha sido y es campo fértil para que abusen los órganos del Estado de los derechos de los individuos, cuya tutela les está encomendada, amparados por la imagen —cierta o falsa— de una pronta reacción frente

al rompimiento del orden, que viene a servir a manera de un bálsamo de alivio inmediato al tejido social afectado por el delito.

Es claro que en estas condiciones el primer afectado es el inculpa-do, cuyos derechos se hunden con la pretendida justificación de las acciones que buscan establecer su probable responsabilidad, lo que de alguna manera permite contar con la complacencia del núcleo social en cuyo favor parece actuarse, dando la impresión de una lucha entre los buenos, o sea, entre el Estado, y el malo, es decir, el inculpa-do.

Quiero ahora por eso, junto con ustedes repasar algunos casos que en la práctica de la defensa se presentan y ofrecer también algunas soluciones, sabedor de que el abogado acucioso debe dar-les el adecuado cauce como quiere el artículo 20, de la Constitu-ción del país, pues estas eventualidades confrontadas en la práctica profesional, obligan en la búsqueda de los remedios, al estableci-miento de un balance entre las libertades reconocidas al goberna-do y los atributos del poder, perspectiva desde la cual el Derecho Procesal Penal al tiempo que es definitorio del poder estatal, le sirve paradójicamente de limitación, o como lo dice Roxín: el Esta-do de Derecho no sólo tiene que proteger al hombre mediante el Derecho Penal sino también del Derecho Penal.

Los invito entonces a que brevemente examinemos algunas si-tuaciones que confrontamos en el día a día, alrededor de la garan-tía jurisdiccional de la defensa adecuada del imputado, que pareciendo intrascendentes a primera vista, pueden sin embargo producir gravísimas consecuencias a veces, bien entendidos de que las opiniones que como solución en algunos casos propongo, son sólo eso, opiniones que admiten el escrutinio severo de la selecta concurrencia, cuyo mejor juicio desde ahora reconozco.

## **GARANTÍA DE ASISTENCIA JURÍDICA ANTES DEL PROCEDIMIENTO PENAL**

Me gusta hablar de la garantía de comunicación del acusado con su defensor porque es una primera manifestación de los regímenes democráticos de Derecho.

Los motivos de la detención deben hacerse saber a la persona detenida en el momento en que ocurra ésta y este derecho camina junto con el derecho a ser informado, el de poder recibir asesoramiento jurídico, lo cual no puede ser postergado o condicionado, como no sea por la ausencia que ocurra, en el caso, del defensor público.

La garantía de comunicación con el defensor, tampoco debe condicionarse pues ello implica la afectación al derecho de defensa en juicio, que se acentúa en el caso de detenidos extranjeros, en el cual se impone la notificación al cónsul desde el inicio de la detención, conforme al artículo 36, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Tengo presente la resolución judicial en que se reconoce por la justicia federal mexicana, el derecho de entrevistar y asesorar al inculcado antes de que rinda declaración, circunstancia en la que hay que perseverar porque el camino está trazado, orgullosamente por un caso patrocinado por nuestro Instituto Federal de Defensoría.

Esta resolución reconoce como motivación y fundamentos, y en ese camino hay que insistir, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados; de las Reglas Europeas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; así como las disposiciones de los Estatutos de Yugoslavia, Ruanda y de la Corte Penal Internacional, que en resumen preconizan la asistencia jurídica inmediata, el derecho a un abogado antes del juicio, a la asistencia jurídica gratuita y el derecho al tiempo y a los medios adecuados para comunicarse con su defensor, así como para que esa comunicación sea confidencial.

La máxima, el axioma o la fórmula que rige, derivada de esos derechos, se expresa en el sentido de que toda persona privada de libertad, esté o no acusada de un delito, y todo acusado de un delito, esté o no privado de libertad, tienen derecho a ser asistidos jurídicamente.

## **CÓMO PUEDE AFECTAR A LA PRUEBA UNA DETENCIÓN ILEGAL**

Resulta claro que en estos casos, lo prioritario para la defensa es tratar de hacer cesar la detención, interponiendo los recursos que al efecto otorga la ley, quizás interponiendo un amparo reclamando la ilegal detención por parte de la autoridad, violatoria de los artículos 14 y 16 de la Constitución general, sin perjuicio de la formulación de las quejas que procedan, incluidas como destinatarias a las Comisiones de Derechos Humanos y sin perjuicio, también, de las responsabilidades administrativas, patrimoniales o de otra índole que a cargo de los funcionarios se generen.

Cosa muy importante es que si fueron obtenidas pruebas con esa detención ilegal, no pueden ser utilizadas para acreditar la imputación dado su origen contrario a Derecho, habida consideración de que el principio general consistente en que sólo puede privarse de la libertad con orden de juez, deja a la flagrancia y al caso de urgencia como excepciones de muy restringida aplicación.

Por ejemplo, si el agente policiaco realiza la detención sin orden judicial y fuera de los casos de excepción citados, es claro que cualquier declaración que atribuya al inculcado esté viciada de ilegalidad, igual que lo estarán y no podrán ser utilizadas como prueba, los objetos o documentos que se le recojan u otras evidencias que se obtengan y que sean consecuencia del ilegal proceder policiaco.

No desconozco que frecuentemente la autoridad judicial convalida actuaciones antijurídicas de la policía, sobre todo cuando originaron una investigación cuyo éxito se fincó en ellas, pero a pesar de esta circunstancia, no puede admitirse un comportamiento tal, cuando la factura pagada se cotizó en moneda de derechos humanos y garantías individuales del imputado, pues más allá de que su calidad de inculcado no lo despoja del carácter de ser humano, en materia probatoria no puede admitirse la máxima inquisitorial conforme a la cual el fin justifica los medios. El Código Federal de Procedimientos Penales permite aportar todo tipo de

pruebas al proceso penal, salvo las que sean, como en la hipótesis planteada, contrarias a Derecho.

## LA EXIGENCIA AL MPF DEL REGISTRO DE LA DETENCIÓN

Aunque en algunos casos se lleva a cabo, es necesario promover e insistir en que la autoridad policíaca o del MPF cuente con un registro de las detenciones, al momento de ingreso de la persona al lugar de detención.

El registro del detenido significa que la autoridad que lleva a cabo la detención, se responsabiliza legalmente de las consecuencias de toda especie, de esa acción. La Corte Interamericana y otros documentos internacionales han establecido que esos registros deben figurar en libros empastados y foliados, en los que conste la firma de los detenidos, asentándose sus datos de identificación, los motivos de ella, su estado físico al ingreso y al registro debe tener acceso libre el defensor, asentando las visitas hechas por éste, traslados del detenido y horario de alimentación, en el concepto de que ninguna persona podrá ser admitida en el establecimiento carcelario sin una orden válida de detención, cuyos detalles se consignarán en el registro.

Por supuesto que la detención no priva de los derechos humanos a la vida e integridad personal y los derivados de su condición humana y propios de su dignidad cuya garantía asume el Estado al decidir la detención, por lo que deberán proporcionársele comidas, abrigo y demás requerimientos vitales, atención médica si lo requiere, preferentemente por un médico que él o su familia designen y en cualquier caso, el examen médico no deberá ser practicado en presencia de los policías, todo lo cual dispone la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cualquier infracción podrá ser materia de una queja en la Comisión de Derechos Humanos competente.

Como todos sabemos, los procesados en prisión deben conservar todos los demás derechos reconocidos a los ciudadanos por las

normas jurídicas vigentes, porque estar preso no equivale a estar muerto, debiendo garantizarse su libertad de culto, favorecerle la práctica de ejercicio o deporte así como el cumplimiento de sus deberes morales o humanitarios, el contacto familiar, ya que el encierro sólo debe sacrificar la libertad, por el tiempo legalmente necesario.

## DILIGENCIAS FUERA DE LA SEDE MINISTERIAL

En la averiguación previa frecuentemente se realizan una serie de diligencias que no siempre ocurren en sede ministerial, cuya trascendencia en el proceso penal es incalculable. En esos casos, la defensa adecuada abarca la presencia del defensor, que habrá de reconocer la previa notificación, en todas esas actividades ministeriales, sin importar dónde o quiénes intervienen en ellas, para estar en aptitud de realizar una defensa oportuna prestando en su caso, el asesoramiento apropiado.

Los órganos revisores de la Procuraduría General de la República serán canales adecuados para hacer valer cualquier anomalía sobre el particular.

La gravedad del delito como única pauta para la determinación de la negativa de la libertad caucional.

Las medidas cautelares, entre otras la prisión preventiva, que toman como parámetro para establecer la gravedad del delito el monto de la pena, al decir de Zaffaroni importan una presunción que ya sea *juris tantum* o *juris et de jure*, admiten la posibilidad de considerar algo falso como verdadero, pues convierten en muchos asuntos la posibilidad de fuga como derogatoria de la presunción de inocencia, esto, por más que Roxín sostenga la posición contraria al argumentar que la prisión preventiva puede imponerse cuando se espere una condena de prisión por lo menos de un año.

Me parece que es el momento de plantear o porfiar a través de los recursos legales al alcance de la defensa, en el hecho de que la Constitución general del país, cuando regula la procedencia de la libertad provisional bajo caución, y hace la salvedad en el otorgamiento del



beneficio, con los delitos calificados como graves por la ley, no se refirió exclusivamente al monto de la pena establecida para ellos, ni a una caprichosa o autoritaria relación de delitos, como ocurre en materia federal, para calificarlos como graves, porque si así fuera, se estaría arrancando de una presunción de condena y no de inocencia y la decisión del cautiverio estaría en las mecánicas manos del legislador secundario, sin consideración de todo el contexto que debe incluir: la rebeldía mostrada por el inculcado, sus circunstancias personales, esencialmente los valores morales demostrados, su arraigo familiar y permanencia en el lugar del juicio, su conducta anterior, ocupación, carácter y personalidad, su posición económica y social, etc., circunstancias que permitan valorar el deseo del inculcado de eludir enfrentar el juicio o ausentarse para evitar cumplir una condena.

Significa lo anterior que los prototipos o modelos estrictos o rígidos que sólo toman en cuenta el dato objetivo del monto de la pena para volver grave el delito y consecuentemente aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, deben ser atendidos no como indicios únicos sino en combinación con otros criterios quizás de mayor entidad que ese, los cuales evidencien con el mayor grado de aproximación posible, el riesgo concreto que motivadamente demuestre la “peligrosidad procesal” del inculcado y su deseo de obstruir la marcha del proceso o el cumplimiento de la sentencia que se dicte, mayormente que lo que se examinará serán inciertos hechos que miran al futuro —el peligro de evasión— y no hechos acontecidos en el pasado como ocurre con los que dan materia al proceso.

Ponderar sólo el monto de la pena o peor, enumerar objetivamente sin explicación los delitos graves, resulta inconstitucional a nuestro entender pues no fue esa la inspiración del órgano revisor de la Constitución al declinar en el legislador ordinario, la responsabilidad de hacer la calificación de gravedad de los delitos.

Esta exigencia de evaluar los peligros de fuga del procesado con parámetros concretos, se infiere de los artículos concordados

7º párrafo tercero y 8º, párrafo segundo, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, lo que podría llevar a estimar la inconstitucionalidad de las disposiciones procesales que tasan cuantitativamente la aplicación de la prisión cautelar, o sin explicación, elaboran una lista de delitos que obligan a padecerla, lo cual equivale a elevar a una presunción *juris et de jure* la pretendida fuga del inculcado, y a desvirtuar su naturaleza cautelar asignándole fines intimidatorios o disuasivos a pesar de que no constituye un fin en sí, no es una pena anticipada, sino sólo un medio para el logro de los fines del proceso.

Y que no se diga en la definición legal de delitos graves que son aquellos que impactan de manera importante los valores sociales. Ese concepto es insuficiente. Todos los delitos los impactan así. Los que no causen ese mal, no tienen nada que hacer en el código penal y deben eliminarse en obsequio a la despresurización penal.

### **ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL CATEO**

Al hablar del derecho a la intimidad, generalmente lo relacionamos con nuestra casa habitación. Sin embargo, nada quita que pueda extenderse, en algún caso, a una habitación temporal o transitoria en la que también se desenvuelve nuestra vida privada como ocurre con la habitación de un hotel o una casa rodante o el camarote de una embarcación, cerrados o abiertos parcialmente.

En ese espacio físico se puede desarrollar pasajera o permanentemente nuestra existencia, que es lo que tutela la garantía individual del artículo 16, constitucional, no como pudiera pensarse a primera vista, solamente el área geográfica en que ocurre ese devenir del hombre y su circunstancia.

Esta es la razón por la cual la tutela de la intimidad, reflejo de la libertad personal, abarca las comunicaciones que establecemos de manera inequívoca con la idea de sustraerlas del conocimiento de otros y explica la protección constitucional de las comunicaciones privadas, la tutela de nuestra correspondencia, conversaciones telefónicas y de otras relaciones derivadas de los medios tecnológicos.

Igual, nuestra Constitución preserva en el mismo artículo 16, el derecho a la reserva en los documentos privados, que aunque no son propiamente medios de comunicación, quieren conservarse exentos de divulgación.

Aquí entramos a un terreno que puede ser polémico, representado por el fenómeno informático en el que está innovando la defensa, el cual modernamente permite acumular una serie de archivos y datos almacenados sistemáticamente en la computadora y que también son parte del derecho público subjetivo a la intimidad, si interpretamos la norma constitucional no sólo letrísticamente, puesto que la privacidad, como decimos, no se confunde con el espacio integrado por la casa habitación, sino es el sitio donde puede germinar nuestra intimidad individual que queremos sustraer al conocimiento de los demás.

Antes, la privacidad se entendía limitada al puro domicilio de modo que se protegía la irrupción a él, la violación de nuestra correspondencia, la revisión o escrutinio indebido de nuestros papeles y si acaso la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

Los avances de la ciencia y la tecnología, sin embargo, así como el fenómeno de la globalización en las grandes ciudades, sigilosamente han permeado nuestra intimidad y hoy se pueden reconstruir comunicaciones pasadas en relación con negocios bancarios y financieros; adquisiciones en los inmensos almacenes virtuales; los correos electrónicos en los que involucramos a miles o millones de personas; la captación de señales de telefonía celular; el enlace con redes inalámbricas y la búsqueda de programas computarizados, siendo claro que lo anterior propicia la invasión de la intimidad y reclama por ello una regulación legal protectora y también punitiva en nuestra legislación doméstica –ahora sin precisión de límites de la esfera gubernamental en el ámbito de la intimidad– que sea acorde con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que prohíben la injerencia arbitraria, abusiva o ilegal en la vida privada.

Es un principio democrático universalmente reconocido, que el Estado sólo puede hacer lo que expresamente le faculte la ley, al contrario de los particulares cuya conducta abarca todo lo que no esté prohibido ni ordenado, de modo que las limitaciones que se impongan al derecho a la intimidad deben establecerse categóricamente en la ley.

La Constitución regula la inviolabilidad del domicilio como una garantía del individuo. Las únicas excepciones que acepta esta regla están expresamente señaladas en el propio artículo 16 del Pacto Federal: en tiempos de paz, el cateo; en época de guerra, la obligación de prestar alojamiento y bagajes a los militares, en términos de la ley marcial.

Trata el cateo nuestro código supremo, ordenando que cualquier molestia al derecho de preservar nuestro domicilio, provenga de la autoridad judicial, sea por escrito, señalando específicamente lo que ahí se pretende realizar: la detención de una persona, la búsqueda de objetos o documentos o la inspección del lugar.

Sin embargo, y a eso hacía referencia antes, los modernos medios de observación a distancia, escuchas direccionados o activados por la voz, las filmaciones o grabaciones de lo que ocurre al interior del domicilio, realizadas sin poner un pie dentro del mismo, pero tan ofensivos al derecho a la intimidad —o más que los otros—, por su carácter imperceptible, justifican, acordes con el principio de legalidad, la aplicación a ellos de acuerdo con lo expuesto, de las normas que rigen los cateos, lo que significa que una prueba que se aporte por el MPF durante la averiguación previa o en el proceso, en las anotadas condiciones, a mi entender resulta inconstitucional por infringir la garantía de inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad.

## **CATEO EN EL DESPACHO DEL DEFENSOR**

En relación con el allanamiento al despacho de un abogado defensor es conveniente distinguir si ese acto tiene que ver con su labor profesional en cuanto patrono de un negocio, o estrictamente con

su persona, sin extenderse a los intereses o documentos vinculados con sus representados.

En esta última hipótesis, si bien habrá de cuidarse que el cateo no dañe el derecho de defensa y la libre y privada comunicación con sus defendidos, lo cierto es que nada impide su práctica en la forma establecida por el artículo 16, constitucional.

En cambio, si el propósito es buscar y obtener de los archivos del abogado, elementos probatorios que luego serán aportados a la investigación, es clara la ilegalidad de la prueba por haberse alcanzado con actos contrarios a Derecho, conculcatorios de la garantía de defensa y del principio de igualdad de las partes en el proceso, de la misma manera que si con similares fines se allanaran las oficinas del MPF, es decir, en ambos casos se tratará de una prueba ilícitamente obtenida.

## EN EL AUTOMÓVIL

El Derecho a la intimidad que deriva de los tratados internacionales y que no se limita, conforme a la concepción que sustentamos, a una área geográfica solamente —y a la que casi siempre la restringe la autoridad judicial— sino que alcanza al espacio existencial del individuo, es claro que no se circunscribe a su domicilio, sino que abarca ámbitos distintos en los que desarrolla actividades que desea razonablemente sustraer de la intromisión ajena.

En este aspecto, es conocido el criterio de nuestros tribunales federales, que se orienta hacia la negativa de estimar al automóvil como una extensión del domicilio del gobernado, de modo que la policía puede acceder a él libremente, extraer documentos u objetos o aprehender personas, sin requerir para el caso orden de cateo alguna.

Me parece que también aquí hay que irse con cuidado y marcar ciertos linderos, porque si el automóvil se halla estacionado en la cochera de la casa y cerrado con llave, puede entenderse por extensión, adosado a la casa o a la habitación del hotel, circunstancia que lo convierte en un ámbito de reserva o exclusión, sin duda

tutelado por el derecho, al integrarse al concepto de domicilio y por tanto hacerse acreedor a la protección de su inviolabilidad.

No desconocemos el choque que puede surgir entre el interés social en prevenir y perseguir el delito y el particular garante de los derechos públicos subjetivos del gobernado, pero ello no inclina al sacrificio, sin más, del que pareciera ser el extremo más débil en pugna, pues si bien reconocemos a la autoridad la utilización de las armas que contrarresten la inseguridad, no se puede consentir por ello, en un estado democrático, en una actuación irracional abandonada a la discrecionalidad insana del cuerpo policíaco, ni una injerencia ofensiva en la privacidad con desprecio del ámbito que toca en exclusiva a las garantías individuales.

Sin embargo, entendemos que es distinto el caso en que la policía revisa y detiene el automóvil en la vía pública porque en efecto, tiene una expectativa de intimidad relativamente disminuida, sobre todo si está en lugares de fácil acceso.

## **CATEO Y HALLAZGOS NO CONSIDERADOS EN LA ORDEN**

Como es sabido, por mandato constitucional en la orden escrita del juez deben señalarse los fines que se persiguen con el cateo, lo cual demarca de manera categórica las atribuciones de las autoridades encargadas de ejecutarlo y presta las bases para su posterior evaluación probatoria, o sea, si la diligencia se practicó ajustada a derecho, su eficacia probatoria será plena.

Aquí la cuestión a esclarecer es qué ocurre cuando en la ejecución del cateo, la autoridad se encuentra con factores o elementos que sin guardar relación con el propósito del registro, tienen o pueden tener carácter delictivo, un cadáver, marihuana o armas, por ejemplo, o bien si en el lugar se esconde alguien buscado por la policía.

En obsequio a la razonabilidad, si en la realización de un cateo ocurriera el descubrimiento de otros elementos, como en los ejemplos mencionados, de ser esto posible, podría el Ministerio Público

concluir la diligencia judicial que se autorizó legalmente y enseguida promover ante el juez la práctica de otro cateo con el nuevo propósito surgido, inclusive ordenando entre tanto, la custodia policíaca del lugar.

Sin embargo, ante esta situación, la Suprema Corte y nuestros tribunales federales han resuelto en el sentido de ampliar las funciones de la autoridad y así, desproteger la intimidad, justificar legalmente la recolección de evidencias, el levantamiento del cadáver o la aprehensión de la persona, argumentando una pretendida hipótesis de flagrancia, lo cual abre el enorme riesgo de que se allane de modo irrestricto el domicilio y se levanten indiferenciadamente todo tipo de elementos que puedan ser empleados más tarde en el juicio, incluyendo los objetos hallados en lugares incompatibles con la naturaleza de las cosas que se buscan, lo que a nuestro entender resulta atentatorio y coloca a nuestros tribunales federales en una posición de autoritarismo y renuncia al carácter de garante de los derechos públicos subjetivos del ciudadano que le tiene encomendada la Carta Fundamental, máxime que si lo que trata de asegurarse es la intimidad o la vida privada, ello debe estar sujeto al principio de razonabilidad y estricta necesidad evitando que sean objeto de inferencias abusivas, sin olvidar que la flagrancia que se invoca como pretexto justificatorio, sólo tiene aplicabilidad respecto de las personas que son detenidas al momento de la comisión del delito, siendo claro por la naturaleza de esta institución, que no pueda hablarse de flagrancia en los objetos.

## **DECLARACIÓN BAJO PROTESTA DEL INCULPADO**

Con alguna frecuencia, por el rumbo que toma la investigación ministerial o como una práctica viciada de algunos funcionarios, se llama a declarar a alguna persona con el carácter de testigo y sólo hasta después de recibir el depuesto, se le da a conocer su calidad de inculpado.

De hecho, no hay impedimento para que se reciba el testimonio de nadie.

Lo que resulta ilegal es tener las declaraciones bajo protesta del inculpado como elementos para incriminarlo, pues el respeto a la garantía de no autoincriminación exige no sólo que se le dé a conocer el carácter con el que se está requiriendo su declaración, sino además, el derecho de que disfruta para abstenerse de hacerlo.

Es necesario proscribir las prácticas ilegales que conspiren contra la libertad de declarar, asegurando la vigencia de la garantía que otorga al inculpado el artículo 20, apartado A de la Constitución general del país, cuya sanción tendrá que ser la cancelación de todo valor probatorio al dicho del acusado recibido previa protesta de decir verdad y con la advertencia de las penas en que incurrirán los falsos declarantes, porque implica que fue constreñida legal y moralmente la libre emisión de su voluntad.

### **LA EXIGENCIA DE OTRAS CONDUCTAS AL INCULPADO**

Me refiero a la legalidad y compatibilidad con el respeto a la dignidad humana, respecto de otros comportamientos que a veces se obliga a realizar al inculpado –y con esto me acerco ya al final de mi intervención– como por ejemplo, a que se le extraiga sangre o se recabe orina u otro fluido corporal para la práctica de pruebas de laboratorio, a la realización de ejercicios caligráficos para la formulación de peritajes, a la ingestión de sustancias para lograr la expulsión del contenido gástrico que a veces realiza la policía en personas, sin su consentimiento, algunas de las cuales en efecto han sido portadoras en la cavidad estomacal, de píldoras con estupefacientes, etc.

### **DISTINTAS SITUACIONES**

La garantía de no autoincriminación impide que se obligue al inculpado a declarar, a aportar pruebas incriminatorias, a participar en la reconstrucción de los hechos, pero no se infringe cuando al inculpado se le someta a inspecciones en que su comportamiento sea pasivo, verbigracia, a participar en una confronta en rueda de presos, pues su presencia en los actos del proceso resulta necesaria



para probar su identidad como lo es también la toma de sus impresiones digitales y forma parte propiamente de la facultad investigatoria del Estado.

Donde cambia el color de las cosas, es por ejemplo en otra especie de casos como en la extracción de sangre, en la realización de algún corte quirúrgico de piel, por pequeño que sea, en la obligación de soplar al alcoholímetro para medir los niveles de licor en el torrente sanguíneo o en la obligación de ingerir algún vomitivo, pues en tanto algunos autores muy reputados como Roxín, argumentan que no debe tomarse al inculpado como objeto de prueba afectando su dignidad, otros postulan que la no autoincriminación no se afecta pues lo que se prohíbe es el ejercicio de la violencia física o moral contra el inculpado para forzarlo a declarar, pero la extracción de una cantidad mínima de sangre, la práctica de una biopsia realizada con los cuidados que aconseja la ciencia médica y sin poner en peligro la vida o la integridad física, o bien la aplicación del polígrafo o detector de mentiras, aparejan una molestia apenas perceptible para el inculpado, que es justificable pues no puede compararse con los elevados intereses del Estado en la búsqueda de la verdad para la persecución de los delitos y la defensa de la sociedad.

Sin embargo, como siempre, la última palabra tendrá que decirlo el defensor, a quien se reconoce el derecho de asesorar y representar a su cliente conforme a su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte. Muchas gracias.

# Juicio de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Sus normas reglamentarias

*José de Jesús Duarte Cano\**

## I. INTRODUCCIÓN

En la vida del ser humano, una de sus preocupaciones fundamentales es que el órgano del Estado no viole sus derechos legalmente establecidos, cuando esto sucede han surgido movimientos sociales contra la arbitrariedad y el despotismo. En México, con la llegada de los españoles, con motivo del descubrimiento de América y la Colonización, se transfiere el derecho ibérico, sin embargo, nuestros Insurgentes al rebelarse contra la monarquía española, lucharon porque en los ordenamientos constitucionales se establecieran las garantías del gobernado.

Con la separación de Yucatán del territorio de la República Mexicana, en el año de 1841 se expide la Constitución Yucateca que no solamente contempla garantías individuales, sino también establece el juicio de amparo como instrumento para su protección, del que conocían los jueces de primera instancia y el Tribunal Superior de Justicia de ese Estado, lo cual fue obra de Manuel Crescencio Rejón, que en ese tiempo era integrante de la legislatura local.

En México independiente, después de la lucha armada, se expidieron varias constituciones, tanto de tipo federal como centralista,

---

\* Miembro de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública. Conferencia Magistral dictada el 14 de marzo de 2008.

pero no fue sino hasta la constitución de 1857 y la de 1917 donde se establecieron en forma muy definida las garantías del gobernado y el juicio de amparo como medio eficaz para su protección.

Para los mexicanos, el juicio de amparo ha sido el instrumento protector de sus derechos; le ha dado tranquilidad al pueblo, el cual tiene confianza en los tribunales federales, que son los competentes para su conocimiento, esta institución ha sido adoptada por varios países y representa un verdadero procedimiento judicial para resolver sobre la posible violación de garantías del gobernado.

Antes de las reformas a la administración de justicia del año de 1995, además del juicio de amparo, existía en la antigua redacción del artículo 105 de la Constitución, un medio de protección de la Constitución contenida en los siguientes términos: “corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los poderes del mismo Estado sobre la constitucionalidad en sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellos en que la Federación sea parte en los casos que establezca la ley”.

En el actual artículo 105 de la Constitución, se perfecciona el sistema de controversias constitucionales y se establece el de acciones de inconstitucionalidad, que pueden promover los propios órganos del Estado ante la Suprema Corte, protegiéndose la supremacía constitucional, lo cual viene a complementar al juicio de amparo por violación a las garantías del gobernado, sin embargo, el particular no es el titular de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Con lo anterior, los órganos del poder judicial federal están en actitud de llegar a determinar la validez de casi todas las actuaciones de la autoridad pública, sea federal, local y municipal, ya que el vigente artículo 105 de la Constitución Federal establece lo siguiente: “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 la Constitución, 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; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un municipio;
- g) Dos municipios de diversos Estados;
- h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de las leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobadas por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los Estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y local deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

### III. [...]

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en Materia Penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución”.

Del contenido del precepto constitucional transcrito, se desprende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación adquirió relevancia como auténtico Tribunal Constitucional, porque: a) Protege el sistema de competencias y existe la posibilidad de que los órganos del Estado que estimen que sus atribuciones fueron indebidamente invalidadas o restringidas por la actuación de otras, pueda plantearse la controversia constitucional. b) Se protege la Constitución en la emisión de leyes, al concederse a las fracciones parlamentarias minoritarias acudir ante la Suprema Corte para que establezca si la ley o el tratado es inconstitucional.

Debe destacarse que actualmente, los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos de protección de los derechos humanos en las entidades federativas, están en aptitud de promover por conducto de sus representantes la acción de inconstitucionalidad, el primero contra las leyes electorales federales o locales y los restantes contra leyes de carácter federal y

estatal, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución.

## II.- CONSIDERACIONES BÁSICAS

La ley reglamentaria del artículo 105 constitucional consta de tres títulos a saber: a) Disposiciones generales. b) Disposiciones específicas de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad y se establece c) La aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles.

En las disposiciones generales de la ley reglamentaria se contempla la competencia de la Suprema Corte para conocer de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; se establecen cuáles son los días hábiles para actuar; cómo se computan los términos, cómo deben hacerse las notificaciones y su nulidad; que las demandas o promociones de término podrán ser presentadas fuera del horario de labores y remitidas por correo, surtiendo sus efectos desde el día en que se depositan. Lo cual esta reglamentado en forma similar a como lo contempla la ley de amparo y la ley orgánica del Poder Judicial Federal.

En las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad se desarrolla un procedimiento de tipo judicial ante la Suprema Corte, en el que se cumple con las garantías constitucionales de legalidad porque existe demanda, contestación de demanda, pruebas, alegatos y sentencia.

Son partes en las controversias: como actor; la entidad, poder u órgano que promueve la controversia; como demandada; la entidad, poder u órgano que hubiese emitido y promulgado la norma general o pronunciado el acto que sea objeto de la controversia y como terceros interesados; serán aquellos que sin ser actor o demandado, pudieran resultar afectados con la sentencia que llegase a dictarse.

Las partes deben comparecer por conducto del funcionario que expresa la ley, quien se presume que tiene la capacidad para ello, salvo prueba en contrario, no se admite ninguna otra representa-

ción, salvo el nombramiento de delegados para las audiencias con facultades para ofrecer pruebas, formular alegatos e interponer incidentes y recursos.

Los incidentes de especial pronunciamiento están contemplados en la propia ley reglamentaria a saber: a) Nulidad de notificación; b) Reposición de autos; y c) Falsedad de documentos. Cualquier otro se resolverá en la sentencia, salvo el incidente de suspensión. Tales incidentes deben pronunciarse antes de la sentencia y se sustancian con una audiencia de pruebas, alegatos y resolución.

Al igual que en el juicio de amparo, en las controversias de tipo constitucional, se contempla la suspensión, sin referirse a la provisional y a la definitiva como sucede en el amparo indirecto, pero contempla que se tramitará por vía incidental y que puede ser solicitada hasta antes de que se dicte sentencia, sin embargo, un aspecto que debe destacarse, es que la ley Reglamentaria prevé que la suspensión se concederá de oficio o a petición de parte, con base en los elementos que se han proporcionado por las partes o recabados por el ministro instructor. Esta reglamentación viene a superar lo que contempla la ley de amparo para los efectos de la suspensión, pues no está permitido a los Jueces de Distrito recabar pruebas para resolver sobre el particular, sino que se apoyará en las que proporcionen las partes.

Además en materia de amparo la suspensión de los actos reclamados se tramita a petición de parte y excepcionalmente de oficio y de plano cuando se trata de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el Artículo 22 de la Constitución Federal.

La suspensión no procede respecto a normas generales; tampoco cuando se ponga en peligro la seguridad o economía nacional, las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano o pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios. Puede modificarse o revocarse la suspensión por causa superviniente. Al concederse la suspensión debe señalarse con precisión los efectos y alcances; órganos obligados a cumplirla; los



actos suspendidos; territorio en el cual opera; día en que debe surtir sus efectos y en su caso requisitos de efectividad.

Sobre el particular anotado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis publicada en la página 649 del Tomo XXI correspondiente al mes de junio del año 2005 del Seminario Judicial de la Federación, sostuvo:

#### SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS.

La suspensión en controversias constitucionales, aunque con características muy particulares, participa de la naturaleza de las medidas cautelares, entendidas éstas como instrumentos provisionales que, permiten conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un juicio. Así, la suspensión en controversias constitucionales, en primer lugar, tiene como objeto primordial preservar la materia del juicio, asegurando provisionalmente la situación jurídica, el derecho o el interés de que se trate, para que la sentencia que, en su caso, declare el derecho del actor pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente, y en segundo lugar, tiende a prevenir un daño trascendente que pudiera ocasionarse a las partes, en tanto se resuelve el juicio principal. Por lo que se refiere a sus características especiales, de los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal se desprenden las siguientes: a) procede de oficio o a petición de parte y podrá ser decretada hasta antes de que se dicte sentencia definitiva; b) no podrá otorgarse en los casos en que la controversia se hubiera planteado respecto de normas generales; c) no podrá concederse cuando se pongan en peligro la seguridad o economía nacionales, las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano o pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante; d) el auto de suspensión podrá ser modificado o revocado cuando ocurra un hecho superveniente que lo fundamente; y e) para su otorgamiento deberán tenerse en cuenta

las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional. Por tanto, salvo los casos expresamente prohibidos por el artículo 15 de la Ley Reglamentaria de la Materia para el otorgamiento de la suspensión en una controversia constitucional, ésta deberá concederse cuando así proceda, pues de otra forma, dicha medida cautelar se haría nugatoria, lo que desnaturalizaría por completo la suspensión en este medio de control constitucional, privándola de eficacia.

Recurso de reclamación 71/2005, derivado del incidente de suspensión de la controversia constitucional 106/2004. Poder Legislativo del Estado de Morelos. 20 de abril de 2005. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Laura Patricia Rojas Zamudio.

Del contenido de la tesis se desprende que la suspensión participa de la naturaleza de las medidas cautelares, para conservar la materia de litigio, evitando un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad, con motivo de litigio, lo cual acontece también en la suspensión en materia de amparo pues ésta tiene por objeto mantener las cosas en el estado en que se encuentran, hasta en tanto no se resuelva con sentencia ejecutoria el juicio principal.

Por otra parte, la propia Primera Sala de la Suprema Corte, en la tesis publicada en la página 1091 del Tomo XII correspondiente al mes de octubre del año 2000 del Semanario Judicial de la Federación, estableció el siguiente criterio:

**SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES, CONCEPTO DE INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO PARA LOS EFECTOS DEL INCIDENTE DE (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LA MATERIA).**

El artículo 15 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la suspensión no podrá concederse cuando, entre otros casos, se pongan en peligro las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano, entendiéndose como tales

al conjunto de principios básicos consignados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que rigen la vida política, social y económica del país; de ahí que la suspensión resulta improcedente cuando se afecten las disposiciones constitucionales que proclamen tales principios o que contengan los lineamientos para hacer posible su observancia y mantenerlos vigentes, supuesto que se justifica por sí solo atendiendo a la finalidad que persigue la controversia constitucional de salvaguardar y restablecer el orden constitucional.

Recurso de reclamación 223/99, en el incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 34/99. Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza. 24 de mayo de 2000. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

Con lo anterior, la Suprema Corte establece una interpretación del concepto de instituciones fundamentales de orden jurídico mexicano para los efectos de la suspensión en las controversias constitucionales. La Segunda Sala del propio Alto Tribunal en la tesis que aparece publicada en la página 588 del Tomo XII correspondiente al mes de septiembre del año 2000 del Semanario Judicial de la Federación, sostuvo que tratándose de las controversias constitucionales, la suspensión está debidamente regulada en su Ley Reglamentaria y por lo tanto no es aplicable la Fracción X del Artículo 107 de la Carta Magna, ya que ésta únicamente regula la suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo.

Al igual que en el juicio de amparo, en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, están contempladas las causas de improcedencia y sobreseimiento, las cuales el ministro instructor debe hacer valer de oficio. Son improcedentes contra: 1) Decisiones de la Suprema Corte. 2) Actos en materia electoral. 3) Litispendencia. 4) Cosa juzgada y resoluciones dictadas con motivo de su ejecución. 5) Cesación de los efectos de la norma general o acto. 6) No se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del propio conflicto. 7) La extemporaneidad

en la presentación de la demanda. 8) En los demás casos que resulte de alguna disposición de la propia ley.

Se debe sobreseer en los siguientes casos: 1) Cuando la actora desista de la demanda que origina la controversia constitucional. (No procede el desistimiento de la acción de inconstitucionalidad contra normas generales). 2) Por alguna causa de improcedencia. 3) No exista la norma general, ni el acto y además no se demuestra su existencia. 4) Cuando por convenio entre las partes haya dejado de existir el acto materia de la controversia. (Tal situación no es aplicable en normas generales).

En relación a las causales de improcedencia, el Pleno de la Suprema Corte en la tesis publicada en página 1118 del Tomo XX correspondiente al mes de diciembre del año 2004 del Semanario Judicial de la Federación, sostuvo lo siguiente:

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. ES NOTORIAMENTE IMPROCEDENTE CONTRA ACTOS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN REALIZADOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA (DESAFUERO).

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 101/2004, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, octubre de 2004, página 7, con el rubro: “DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA. SE ACTUALIZA UN MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO, RESPECTO DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS Y LA SECCIÓN INSTRUCTORA, DURANTE EL PROCEDIMIENTO RELATIVO.”, estableció que los actos dictados durante el procedimiento de declaración de procedencia son inatacables a través del juicio de garantías, dada su naturaleza y finalidad; criterio que resulta aplicable a las controversias constitucionales, aunado a que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 111, sexto párrafo, establece tajante y contundentemente que los

actos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en este caso, realizados dentro de tal procedimiento son inatacables, lo que significa que son definitivos y no pueden ser cuestionados en controversia constitucional o en cualquier otra vía; inatacabilidad que no es exclusiva de la resolución que al final del procedimiento tome la Cámara de Diputados, sino en general de los actos realizados en él.

Recurso de reclamación 208/2004-PL, derivado de la controversia constitucional 70/2004. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 7 de septiembre de 2004. Mayoría de siete votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos y Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: María Amparo Hernández Chong Cuy.

Con lo anterior, la Suprema Corte fijó su criterio respecto de la improcedencia de la controversia constitucional contra la declaración de procedencia de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en el procedimiento de desafuero.

Plazos para interponer la demanda: 1) Tratándose de actos se contempla el término de treinta días siguientes al que surta sus efectos la notificación, al en que haya tenido conocimiento del acto o de su ejecución o se haya ostentado sabedor. 2) Tratándose de normas generales el plazo es de treinta días a partir del día siguiente de su publicación o al en que se produzca el primer acto de aplicación de la norma general.

En los juicios de amparo los artículos 21 y 22 de la Ley respectiva se contemplan los plazos para promover la demanda, tanto de amparo indirecto, como directo, el primero que se tramita ante los Jueces de Distrito y el segundo ante los Tribunales Colegiados de Circuito, aunque éste último también conoce en revisión de las sentencias de aquellos.

El artículo 22 de la Ley Reglamentaria, contempla los requisitos que debe contener la demanda: 1) Entidad, poder u órgano actor, su domicilio, el nombre y cargo del funcionario que lo representa. 2) Entidad, poder u órgano demandado y su domicilio. 3) La

entidad, poder u órgano, terceros interesados y sus domicilios. 4) Norma general o acto cuya invalidez se demanda, así como, en su caso el medio oficial en que se hubiere publicado. 5) Los preceptos constitucionales, que en su caso se estimen violados. 6) Los antecedentes. 7) Los conceptos de invalidez.

Al contestarse la demanda se deberá referir a todos los hechos, afirmándolos, negándolos u expresando que los ignora por no ser propios o exponiendo cómo ocurrieron; los razonamientos o fundamentos jurídicos que estimen pertinentes para sostener la validez de la norma general o acto de que se trate. La falta de contestación de la demanda hará presumir como ciertos los hechos que se hubieren señalado en ella, salvo prueba en contrario siempre que se trate de hechos propios.

Recibida la demanda, el Presidente de la Suprema Corte designará según el turno un ministro instructor, el cual puede dictar tres tipos de autos; desechatorio, aclaratorio y admisorio, en términos similares a los que emite un Juez de Distrito en Amparo Indirecto.

El auto que desecha la demanda, se emite cuando hay una causal notoria indudable de improcedencia; en cambio se manda aclarar la demanda cuando es oscura e irregular, concediendo cinco días para tal efecto, sino se aclara previa vista al Procurador General de la República, se admite o desecha.

Cuando la demanda no es oscura ni irregular y cumple con los requisitos previstos en la ley, se admite a trámite, ordenando emplazar a la demandada para que dentro del término de treinta días produzca su contestación y a las demás partes para que en el mismo plazo manifiesten lo que a su derecho convenga. Al contestarse la demanda se puede reconvenir existiendo para ello el término de treinta días, el actor puede ampliar la demanda, dentro de los quince días siguientes a la contestación, si de ésta apareciere un hecho nuevo o hasta antes de la fecha del cierre de la instrucción si apareciere un hecho superviniente.

Transcurridos los términos para contestar demanda con ampliación o reconversión, el ministro instructor señala dentro de los

treinta días siguientes fecha para la audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas el cual podría ampliar cuando la importancia y trascendencia del asunto lo amerite.

En las controversias referidas son admisibles todas las pruebas, excepto la de posiciones, las que sean contrarias a derecho y aquellas que no guarden relación con la controversia o no influyan en la sentencia, las cuales puede desechar el ministro instructor. Las pruebas deben ofrecerse y rendirse en la audiencia, excepto la documental que puede ser recibida antes; la testimonial, pericial y de inspección deben anunciarse diez días antes de la audiencia, exhibiendo copias del interrogatorio y cuestionario, para ser distribuidas entre las partes. Se aceptarán hasta tres testigos por cada hecho. Las partes deben nombrar su perito, lo cual es potestativo en cambio el ministro instructor necesariamente debe nombrar los peritos respectivos, para que se integre debidamente la prueba.

Es obligación de las autoridades expedir a las partes, las copias o documentos que les soliciten; el ministro instructor requerirá a los omisos a petición de parte y hará uso de los medios de apremio cuando no expidan las copias respectivas hasta denunciarlos por desobediencia a su mandato.

Las audiencias se celebrarán con o sin la asistencia de las partes o representantes legales. Se recibirán por su orden pruebas y alegatos por escrito de las partes.

De lo antes expuesto se desprende que la celebración de las audiencias, pruebas admisibles; la forma de ofrecerse las pruebas y la obligación de las autoridades de expedir documentos, es similar a lo que acontece en el juicio de amparo indirecto que se tramita ante los Jueces de Distrito, sin embargo, tales reglas son superadas por la controversia constitucional, porque el ministro instructor podrá decretar pruebas para mejor proveer, fijando fecha para su desahogo, asimismo, puede requerir a las partes para que le proporcione los informes o aclaraciones que estime necesarias para la mejor resolución del asunto. Esto último no está contemplado en la ley de amparo como facultad para los jueces federales, los cuales, de

acuerdo con el artículo 78 in fine de la Ley de Amparo, sólo deberán recabar oficiosamente pruebas que, habiendo sido rendidas ante la autoridad responsable, no obren en autos y estimen necesarias para solución del asunto.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis publicada en la página 881 del Tomo XXIV correspondiente al mes de noviembre del año 2006 del Semanario Judicial de la Federación, sostuvo el siguiente criterio:

**IMPEDIMENTOS, RECUSACIONES O EXCUSAS. SON IMPROCEDENTES CUANDO SE PLANTEAN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES.**

Las causas de impedimento, excusa o recusación imputables a los Ministros integrantes del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversias constitucionales son improcedentes, porque la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no prevé tales figuras jurídicas, sin que obste a lo anterior que su artículo 1º, última parte, establezca que: “A falta de disposición expresa, se estará a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.”, pues debe entenderse que procede dicha supletoriedad cuando exista la institución en la Ley citada y carezca de reglamentación, sea inadecuada y oscura y, por tanto, si la Ley Reglamentaria no prevé las figuras señaladas es evidente que no opera esa supletoriedad. Además, los artículos 105, fracción II, cuarto párrafo, de la Constitución Federal y 72 de la Ley mencionada establecen que las resoluciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emita en las controversias constitucionales podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, únicamente cuando fueren aprobadas por cuando menos ocho votos de los Ministros presentes, de manera que si fueran procedentes más de tres impedimentos, excusas o recusaciones, la consecuencia sería que no podría cumplirse con la votación referida, lo que originaría inseguridad jurídica ante un problema de trascendencia.



Controversia constitucional 51/2004. Municipio de Cihuatlán, Estado de Jalisco. 13 de junio de 2006. Once votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

De lo anterior se desprende, que en las controversias constitucionales son improcedentes los impedimentos, recusaciones o excusas de los Ministros de la Suprema Corte, situación que sí está contemplada para los Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito, en los artículos 66 de la Ley de Amparo y 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

Un criterio importante, que debe destacarse es el sostenido por el Pleno de la Suprema Corte en la tesis publicada en la página 1019 del Tomo XXI correspondiente al mes de mayo del año 2005 del Semanario Judicial de la Federación, en los siguientes términos:

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA AUSENCIA TEMPORAL DEL PRESIDENTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN O DEL MINISTRO INSTRUCTOR DESIGNADO EN AQUELLOS PROCEDIMIENTOS, NO PARALIZA SU SUSTANCIACIÓN.

En la tramitación y resolución de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación actúa como tribunal de instrucción, ya que una vez presentada la demanda relativa el presidente de este Alto Tribunal, en términos de los artículos 14, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 24 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la turna a uno de los Ministros para que funja como instructor del procedimiento, quien proveerá sobre su admisión o desechamiento, y tratándose de controversias constitucionales, ordenará el emplazamiento y la vista a las partes para que manifiesten lo que a su derecho corresponda; fijará fecha para la celebración de la audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas y alegatos, y elaborará el proyecto

de sentencia; mientras que cuando se trate de acciones de inconstitucionalidad requerirá a las autoridades para que rindan sus informes, proveerá sobre el cierre de instrucción y elaborará el proyecto de resolución. En tal virtud y dada la importancia de esta labor de instrucción procesal, la ausencia temporal del presidente o del ministro instructor no debe paralizar su sustanciación; toda vez que el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como el Acuerdo 3/2000, emitido por el Tribunal Pleno el 17 de febrero de 2000 –que tiene como sustento el párrafo séptimo del artículo 94 de la Constitución Federal– establecen un sistema completo de suplencia cuando alguno de los Ministros se ausente de manera temporal, sistema que tiene la finalidad de que no se interrumpa el trámite. Por tanto, tratándose de las ausencias temporales del presidente de este Alto Tribunal que no requieran licencia, éste será suplido por los Ministros en el orden de su designación, y en el caso de ausencia temporal del Ministro instructor, el presidente podrá acordar que se turne el asunto a otro Ministro para que continúe con la instrucción, pero si la ausencia fuere durante los periodos de receso de sesiones de la Suprema Corte, la sustitución se hará por cualquiera de los Ministros integrantes de la Comisión de Receso.

Recurso de reclamación 372/2004-PL, derivado de la controversia constitucional 109/2004. Cámara de Diputados del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. 3 de febrero de 2005. Mayoría de ocho votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Genaro David Góngora Pimentel y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

Lo anterior deja evidente que la ausencia temporal del ministro instructor o del presidente de la Suprema Corte, no paralizan la sustanciación de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, por existir legalmente reglamentada su suplencia en caso de ausencia temporal.

Concluida la audiencia, el ministro instructor, dentro de trein-

ta días someterá a la consideración del Tribunal Pleno el proyecto de resolución. Se puede acordar el aplazamiento de la resolución de los juicios de amparo en tanto se resuelva la controversia constitucional, siempre que las normas impugnadas en unas y otra fueren las mismas. No procede la acumulación de controversias pero cuando exista conexidad entre dos o más de ellas y su estado procesal lo permita, podrá acordarse que se resuelva en la misma sesión.

Al dictarse la sentencia respectiva se pueden corregir errores en la cita de los preceptos, pero lo más importante es que se suplirá la deficiencia de la demanda, contestación, alegatos y agravios, lo cual se destaca porque supera la suplencia de la queja en Materia de Amparo, que está limitada a ciertos casos y exclusivamente en lo que respecta a conceptos de violación y agravios, de acuerdo con el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, por ejemplo: a favor del indiciado, inculpado o sentenciado; en Materia Penal, del ejidatario, comunero o núcleo de población ejidal o comunal en Materia Agraria; del trabajador en Materia Laboral.

La sentencia deberá contener la fijación breve y precisa de las normas generales y actos objeto de la controversia, pruebas para tenerlos o no por demostrados; los preceptos que la fundamenten; las consideraciones que sustenten su sentido y preceptos que en su caso se estimen violados; los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión los órganos obligados, las normas y actos respecto de lo cuales opere y elementos necesarios para su plena eficacia; debe comprender a todas las normas cuya validez dependa de la norma invalidada; los puntos resolutivos que pueden ser de sobreseimiento, declaración de validez e invalidez de normas y actos y en su caso absolucón o condena y término para el cumplimiento.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnados por la Federación, de los municipios impugnados por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h), y), k) de la fracción I del artículo 105 Constitucional y la resolución de la Suprema Corte de Justicia

las declare invalidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría por lo menos de ocho ministros. Cuando no se alcance la votación mencionada, se desestimaré la controversia, respecto de las normas generales. En todos los demás casos las resoluciones tendrán efectos únicamente respecto de las partes de la controversia.

Debe comentarse, por ser necesario que cuando exista votación calificada en este tipo de controversias, se supera a las sentencias emitidas en el amparo contra leyes, cuyos efectos son relativos y tienen eficacia entre las partes, lo cual origina que para los gobernados que no promovieron el amparo, la ley sigue teniendo eficacia.

Las sentencias deberán publicarse en el Semanario Judicial de la Federación y cuando se declare la invalidez de normas, se publicará en el Diario Oficial de la Federación y en el órgano oficial donde aparecieron publicadas y producirá sus efectos a partir de que lo determine la Suprema Corte y la declaración de invalidez no tendrá efectos retroactivos, salvo en Materia Penal.

Las partes deberán informar su cumplimiento, en el plazo otorgado en la sentencia, correspondiéndole al Presidente de la Suprema Corte resolver si está cumplida. Transcurrido el plazo fijado, sin que se hubiere producido el cumplimiento, las partes podrán solicitar al Presidente de la Suprema Corte, para que requiera al órgano obligado a fin de que de inmediato informe sobre su cumplimiento. Si dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación, no estuviere concluida, cuando la naturaleza del acto así lo permita, no se encontrase en vía de ejecución o se tratase de eludir su cumplimiento, el Presidente de la Suprema Corte turnará el asunto al Ministro Ponente para que someta al Pleno el proyecto por el cual se aplique el último párrafo del artículo 105 de la Constitución Federal.

Cualquier autoridad que aplique normas generales o actos declarados inválidos, podrá ser denunciada por las partes ante el Presidente de la Suprema Corte, quien dará vista a la autoridad señalada como responsable, para que en el plazo de quince días

deje sin efecto el acto que se le reclame, o para que alegue conforme a derecho corresponda; si no lo hace se turna el expediente al Ministro Ponente para que el Pleno resuelva si hay repetición, aplicación debida de la norma o acto declarado inválido, ordenando en su caso la separación del cargo del funcionario y consignación por el delito de abuso de autoridad. El Presidente de la Suprema Corte deberá dictar las providencias necesarias para que se cumpla con la ejecutoria, sin que se pueda archivar ningún expediente, si no queda debidamente cumplida la sentencia o se hubiere extinguido la materia de ejecución.

En todo procedimiento de tipo judicial, deben existir los recursos necesarios para impugnarse autos o resoluciones que se consideren que no fueron emitidas legalmente, en el caso la ley reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Federal, contempla los recursos de reclamación y queja.

El recurso de reclamación procede: 1) Contra los autos que admitan o desechen la demanda, contestación y su respectiva ampliación (no precisa que también proceda contra la admisión o desechamiento de la reconversión). 2) Contra los autos o resoluciones que pongan fin a la controversia o que causen agravio no reparable en la sentencia. 3) Contra las resoluciones dictadas por el ministro instructor al resolver cualquier de los incidentes previstos en el artículo 12 de la propia Ley. 4) Contra los autos del ministro instructor en que otorgue, niegue, modifique o revoque la suspensión. 5) Contra los autos o resoluciones del ministro instructor que admitan o desechen pruebas. 6) Contra los autos o resoluciones del Presidente de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación que tenga por cumplidas las ejecutorias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte.

El recurso de reclamación deberá interponerse en un plazo de cinco días y en él deberán expresarse agravios y acompañarse las pruebas; el cual debe promoverse ante el Presidente de la Suprema Corte, quien correrá traslado a las demás partes para que dentro del plazo de cinco días aleguen lo que a su derecho convenga.

Transcurrido el plazo se turnará los autos a un ministro distinto del instructor a fin de que elabore el proyecto de resolución que deberá someterse en sesión de Pleno.

El recurso de queja procede: 1) Contra la parte demandada o cualquier otra autoridad por violación, exceso o defecto en la ejecución del auto resolución por el que se haya concedido la suspensión y 2) Contra la parte condenada, por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia; en el primer caso, se interpondrá ante el ministro instructor hasta en tanto no se falle la controversia en lo principal; en el segundo caso, ante el Presidente de la Suprema Corte, dentro del año siguiente de la notificación a la parte interesada de los actos por los que se haya dado cumplimiento a la sentencia, o a la entidad o poder extraño afectado que por la ejecución tenga conocimiento.

Admitido el recurso se requerirá a la autoridad contra la cual se hubiera interpuesto, para que dentro de un plazo de quince días deje sin efecto la norma general o acto que diere lugar al recurso o, para que rinda un informe u ofrezca pruebas. La falta o deficiencia de este informe establecerá la presunción de ser ciertos los hechos imputados, sin perjuicio de que se le imponga una multa de 10 a 180 días de salario.

Transcurridos los términos se celebrará una audiencia dentro de los diez días siguientes de pruebas y alegatos, posteriormente el ministro instructor elaborará el proyecto de resolución y el Pleno de la Suprema Corte resolverá lo que corresponde. Cuando se trate de la primera hipótesis de procedencia del recurso de queja, la autoridad que cometió la violación será considerada como responsable del delito de abuso de autoridad y en el segundo caso, se aplicará el último párrafo del artículo 105 de la Constitución Federal.

En cambio en materia de amparo, existen tres tipos de recursos para impugnar autos, resoluciones o proveídos, que son la revisión, la queja y la reclamación, que tienen su reglamentación especial en la Ley de la materia.

La acción de inconstitucionalidad debe ejercitarse dentro de

los treinta días siguientes en que la ley o tratado internacional impugnados, sean publicados en el correspondiente Diario Oficial.

La demanda debe contener: 1) Los nombres y firmas de los promoventes. 2) Los órganos legislativos y ejecutivos que hubieran emitido y promulgado las normas generales impugnadas. 3) La norma general cuya invalidez se reclama y el medio oficial en que se hubiere publicado. 4) Los preceptos constitucionales que se estimen violados y 5) Los conceptos de invalidez.

Tienen legitimación activa para promover la acción de inconstitucionalidad, cuando menos el treinta y tres por ciento de los integrantes de los correspondientes órganos legislativos, así como el Procurador General de la República. Además, también los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; y los Organismos de Protección de los Derechos Humanos en las entidades federativas, los que están en aptitud de promover por conducto de sus representantes la acción de inconstitucionalidad, el primero contra las leyes electorales federales o locales y los restantes contra las leyes de carácter federal y estatal, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución.

La parte demandante designará cuando menos dos de sus integrantes como representantes comunes, quienes actuarán conjunta o separadamente, si no lo hacen, el Presidente de la Suprema Corte lo hará en sustitución. Los representantes comunes podrán acreditar delegados para que hagan promociones, concurran a las audiencias, rindan pruebas, formulen alegatos, interpongan incidentes y los recursos previstos por la ley.

En la acción de inconstitucionalidad, el Presidente de la República, será representado por el Secretario de Estado, Jefe de Departamento Administrativo o por el Consejo Jurídico del Gobierno, conforme lo determine el propio Presidente.

En el procedimiento de este tipo de acciones se aplicará en lo conducente lo relativo a las controversias constitucionales, por lo cual al recibir la demanda el Presidente de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación designará un ministro instructor de acuerdo con el turno respectivo, quien podrá desechar la demanda si existe motivo indudable de improcedencia; mandar aclarar la demanda, para lo cual confiere el término de cinco días a la parte demandante la cual si no hace la aclaración y el asunto es de importancia y trascendencia, se corre traslado al Procurador General de la República y en vista de lo que exponga admitirá o desechará la demanda.

Si la demanda de acción de inconstitucionalidad no reviste ninguna irregularidad, el ministro instructor dictará un auto admisorio, en el cual ordenará se pida informe en el término de quince días a los órganos legislativos y ejecutivos, en el cual podrá sostener la validez de la norma general o la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad. La admisión de la acción no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada.

El ministro instructor puede aplicar las causas de sobreseimiento a que se refieren las fracciones II y III del artículo 20 de la ley reglamentaria respectiva (cuando durante el juicio apareciere una causal de improcedencia o cuando no exista la ley ni el tratado), contra esas resoluciones y la de desechamiento de la demanda por notoria improcedencia, procede el recurso de reclamación.

Respecto a este tema, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria que aparece publicada en la página 1079 del Tomo XXVI correspondiente al mes de diciembre del año 2007, en la segunda parte del Semanario Judicial de la Federación sostuvo lo siguiente:

OMISIONES LEGISLATIVAS. ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SU CONTRA.

Del análisis de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se advierte que la acción de inconstitucionalidad proceda contra la omisión legislativa de ajustar los ordenamientos legales secundarios a las prescripciones de dicha Constitución, sino que tal medio de control sólo procede contra normas generales que hayan sido promulgadas y publicadas en el correspondiente medio oficial, ya que a través de



este mecanismo constitucional se realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma, con el único objeto de expulsarla del orden jurídico nacional siempre que la resolución relativa que proponga declarar la invalidez alcance una mayoría de cuando menos ocho votos, esto es, se trata de una acción de nulidad y no de condena a los cuerpos legislativos del Estado Mexicano para producir leyes.

PXXXI/2007

Acción de inconstitucionalidad 26/2006.-Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión.-7 de junio de 2007.-Mayoría de cinco votos.-Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo.-Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza.-Impedido: José Ramón Cossío Díaz.-Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano.-Secretarías: Andrea Zambrana Castañeda, Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot y María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Al recibirse los informes de los órganos legislativo y ejecutivo, se debe dar vista al Procurador General de la República (si no es demandante), para que formule pedimento antes de la citación para sentencia, así mismo, oportunamente pondrá los autos a la vista de las partes a fin de que dentro del plazo de cinco días formulen alegatos.

Hasta antes de dictar sentencia, el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto, lo cual revela que puede recabar las pruebas que crea convenientes para mejor proveer, lo cual no acontece en el amparo indirecto que se tramita ante el Juez de Distrito; ya que sólo tiene facultades para recabar oficiosamente pruebas en amparos en Materia Agraria, promovidos por ejidatarios, comuneros, núcleos de población ejidal o comunal, así como las pruebas que habiendo sido rendidas ante la autoridad responsable, no obren en autos y estime necesarias para resolver el asunto.

El ministro instructor propondrá al Pleno de la Suprema Corte el proyecto de sentencia para la resolución definitiva del asunto. Por su parte el Presidente de la Suprema Corte, de oficio o a petición de las partes, podrá decretar la acumulación de dos o más acciones de inconstitucionalidad siempre que en ellas se impugne la misma norma. Cuando exista conexidad entre acción de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicios de amparo se resolverá en su orden primero aquellas, después las segundas y al final los juicios de amparo.

Al dictarse sentencia, se deberán corregir los errores de cita de los preceptos invocados y suplirse los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial, a excepción de la materia electoral.

Las resoluciones de la Suprema Corte sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueran aprobadas por cuando menos ocho ministros. Si no existe la votación calificada indicada, el tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del expediente.

Las sentencias se registrarán por el contenido de los artículos 41, 43, 44 y 45 de la ley invocada, el primero se refiere a los requisitos que debe contener la sentencia; el segundo a la obligatoriedad para los tribunales del país de sus razonamientos contenidos en los considerandos; la notificación y publicación en el Semanario Judicial de la Federación, en el Diario Oficial de la Federación y periódico oficial en el que se hubiere publicado la norma (cuando se declare la invalidez) y el tercero, a que la sentencia surtirá sus efectos a partir de que la Suprema Corte lo determine.

## CONCLUSIONES

Primera.- El juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad protegen la Constitución Federal de la República, contra actos y leyes emanados de los órganos

del Estado, siendo titular del primero el gobernado y de los restantes el propio Poder Público.

Segunda.- En el juicio de amparo se plantean violaciones a las garantías del gobernado; en la controversia constitucional la invasión de las esferas competenciales establecidas en la Constitución y en la acción de inconstitucionalidad se alega una contradicción entre la norma impugnada y una de la propia ley fundamental.

Tercera.- En las controversias constitucionales se contempla la suspensión de los actos de oficio o a petición de parte, la que se resuelve con los elementos que se han proporcionado por las partes o recabados por el ministro instructor, en cambio en el juicio de amparo indirecto, en términos generales, se tramita a petición de parte y se resuelve con las pruebas que aporten las partes.

Cuarta.- En los medios de protección anotados, se desarrolla un procedimiento de tipo judicial, en el que se cumple con las garantías constitucionales de legalidad, porque existen: demanda, contestación de demanda, pruebas, alegatos y sentencia.

Quinta.- El ministro instructor puede decretar pruebas para mejor proveer y requerir a las partes para que le proporcionen los informes o aclaraciones que estimen necesarias para la mejor solución del asunto; en cambio el Juez de Distrito debe limitarse a recibir las pruebas de las partes y solamente en Materia Agraria, tratándose de ejidatarios, comuneros o núcleos de población ejidal o comunal, puede recabar pruebas de oficio.

Sexta.- En las controversias constitucionales se suplirá la deficiencia de la demanda, contestación, alegatos y agravios; en las acciones de inconstitucionalidad se deberán corregir los errores de cita de los preceptos invocados y suplirse los conceptos de invalidez planteados en la demanda. En cambio en el juicio de amparo la suplencia de la queja opera exclusivamente respecto de conceptos de violación y agravios en los términos del artículo 76 bis de la Ley de Amparo.

Séptima.- En las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, cuando las sentencias sean aprobadas por una

mayoría por lo menos de ocho ministros, tendrá efectos generales. En cambio en los amparos contra leyes de los que conocen los Jueces de Distrito, sus sentencias tendrán efectos relativos y beneficiarán a los quejosos que fueron a juicio.



## La importancia del asesor jurídico en el Instituto Federal de Defensoría Pública

Sergio A. Valls Hernández\*

Señor Director General y Presidente de la Junta Directiva del Instituto Federal de la Defensoría Pública, Magistrado César Esquinca Muñoa;

Señores miembros de la Junta Directiva del Instituto Federal de la Defensoría Pública.

Respetable concurrencia:

Me es muy grato atender la amable invitación del señor Director General para acudir el día de hoy a dictar una conferencia en el marco de la celebración del décimo aniversario de este honorable *Instituto Federal de Defensoría Pública*. Brindo de esta manera un sentido homenaje a un órgano que en el transcurso de una década se ha convertido en una institución fundamental del Estado mexicano por el éxito obtenido en su constante propósito por lograr mejores servicios públicos desde su origen en la Ley Federal de Defensoría Pública en el año de 1998.

Como ustedes saben la Ley Federal de Defensoría Pública, dispone:

Art. 4. Los servicios de defensoría pública se prestarán a través de:

I. Defensores públicos, en los asuntos del orden penal federal desde la averiguación previa hasta la ejecución de las penas, y;

II. Asesores jurídicos en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la ley a otras instituciones.

---

\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Conferencia Magistral dictada el 20 de junio de 2008.

Si me lo permiten, me voy a referir sobre todo a estos últimos, a los asesores jurídicos, que se encuentran regulados en el capítulo III de dicha Ley Federal de Defensoría Pública.

Comencemos por advertir que lo ideal para un individuo o su familia es no tener que encontrarse envuelto en un proceso jurídico de cualquier naturaleza, o de recurrir a los servicios de un abogado para conocer sus derechos y para hacerlos valer aun cuando propiamente no tenga que ser en un proceso judicial. Pero en realidad en alguna ocasión de nuestras vidas casi con seguridad cada uno de nosotros estaremos en esa situación en la que es ineludible consultar a un profesional del derecho pues independientemente de nuestra voluntad, el derecho regula nuestras vidas desde que nacemos y hasta que morimos. Así, se requiere un acto jurídico —un acta de nacimiento—, para certificar la existencia misma, y un acta de defunción para certificar que hemos dejado de existir. Pero ni siquiera el cese de la vida interrumpe el fenómeno jurídico pues aun después de la muerte se siguen generando efectos jurídicos para el poder público y para los familiares directos del fallecido, que aun en este doloroso trance tienen que recurrir al profesional del derecho en la circunstancia concreta de que se trate —como lo ejemplifica en toda su extensión el fallecimiento de nuestros migrantes en suelo estadounidense—, y que obliga a sus deudos a recurrir a un largo y penoso proceso jurídico para repatriar los restos del ser querido cumpliendo las formalidades del procedimiento estadounidense y mexicano.

Es bien sabido que el orden social mexicano descansa en el deber de cada individuo de cumplir la ley pues ello promueve la certeza en todo tipo de relaciones sociales. Ciertamente el mejor estadio social del hombre es el *Estado de derecho* en el cual gobernantes y gobernados se encuentran sujetos a la ley; en el que el poder público tiene el monopolio de la impartición de justicia como tercero independiente e imparcial sobre las partes en el juicio cuando surge un conflicto, o el monopolio de declarar qué es la ley, cuando ésta no es clara y se debe determinar con carácter vinculante

a quién corresponde un derecho o una obligación. Pero el Estado de derecho ha generado su propia paradoja –el Estado legislador y la inflación de las leyes– problema al que me voy a referir y que explica la labor de reingeniería institucional a la que se sometió hace casi diez años el derecho originalmente reconocido a los gobernados a tener un defensor de oficio, derecho que tuvo que expandirse hasta llegar a la organización de este *Instituto de la Defensoría Pública* en cuya organización destaca la importancia creciente de los “asesores jurídicos”.

Ubiquemos el problema del Estado legislador y de la inflación de las leyes: En el origen del constitucionalismo democrático en los siglos XVIII y XIX la sociedad descansaba en la premisa de que cada individuo se esforzaba por obtener sus satisfactores a través del intercambio ordenado de bienes y servicios con los demás miembros de la sociedad, por lo que las leyes se dirigían a proteger la autonomía individual y la posibilidad de ejercer ésta en libertad. Ello requería tan sólo de unas cuantas leyes. La teoría del Derecho en la que descansaba dicho Estado liberal burgués señalaba como uno de sus dogmas que el pueblo podía confiar la protección de sus derechos a la intervención del legislador, esta es la llamada “reserva de ley” o “autoridad formal de la ley” como técnica del Estado de derecho para garantizar la autonomía individual y la libertad de los gobernados; la idea era que los gobernados se protegían a sí mismos mediante la aprobación de leyes justas a través de sus representantes en el Parlamento o Congreso. Nadie podía ver afectados sus derechos sino mediante ley formal del Congreso y solo una nueva ley podía abrogar la anterior o derogar segmentos de la misma.

La técnica de la reserva de la ley o autoridad formal de la ley se complementaba con la protección del gobernado por los tribunales, el derecho de acceso a la justicia, en un principio, únicamente a la justicia penal. Así, nuestra Constitución recoge también esta prescripción emblemática del Estado de derecho en su artículo 14.

Dentro de este contexto histórico de los derechos humanos, en su origen la asesoría jurídica era parte del derecho fundamental



al debido proceso legal, era una figura de derecho procesal, y para ser más exactos del derecho procesal penal. Así quedó establecido en el artículo 20 fracción IX de nuestra Constitución y de aquellas que le antecedieron, las federales de 1857 y de 1824.

Al igual que en otros países de nuestro entorno cultural que se dieron a la tarea de humanizar el proceso penal derivado de las ideas racionalistas de la Ilustración, la causa fundacional de la figura del defensor de oficio fue la de otorgar el servicio profesional de la abogacía del Estado para que el gobernado en situación económica precaria no quedara por este hecho fortuito de la vida en estado de indefensión. Sin embargo, en nuestro país la institución creció progresivamente para abarcar otros ámbitos además del penal, como en el tema de la justicia indígena o de la justicia en materia agraria y de la laboral y de la seguridad social, porque la Constitución de 1917 fue la primera Constitución del mundo que estableció derechos sociales.

Más recientemente la labor decididamente garantista de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los derechos fundamentales de los mexicanos, así como el reconocimiento cada vez más decidido del Estado mexicano del derecho internacional de los derechos humanos, ha expandido la cantidad y calidad de los derechos reconocidos a los mexicanos. Sin embargo, no había una institución del Estado que como la vieja institución del defensor de oficio, se ocupara de la promoción o defensa de tales derechos de contenido no penal, por parte de individuos y aun de familias o grupos sociales –como los indígenas– en situación de precariedad económica. De ahí la necesidad de los asesores jurídicos que ahora se ocupan de materias como la familiar, civil, o la fiscal por señalar sólo algunas, o de la promoción de los intereses legítimos de los indígenas. En resumen, en la actualidad la figura del defensor de oficio rebasa con mucho los conocidos ámbitos materiales de naturaleza penal del derecho positivo mexicano, y es a través de la figura del asesor jurídico que el Estado mexicano tiene que conocer de ámbitos no penales.

Ahora bien, la inflación de las leyes del Estado legislador pone al ciudadano ante la amenaza de la violación de los derechos desde un abigarrado número de materias que en su gran mayoría no son materias penales sino de derecho administrativo. El Estado se vale cada vez más de normas de derecho administrativo para encauzar las conductas privadas hacia el interés general. Estas últimas son sin duda las más numerosas y tienen una incidencia enorme en la vida cotidiana de los gobernados. Las sociedades modernas se han hecho cada vez más complejas y el proceso no parece que vaya a tener fin. Vivimos una época que algunos autores llaman de “inflación de las leyes”. La cantidad de las leyes genera el efecto de reducir la seguridad jurídica en tanto que son tantas las leyes que afectan nuestra vida cotidiana que el ciudadano común y corriente no llega a saber de la existencia de todas ellas, no son conscientes de su existencia.

En síntesis la inflación de las leyes se expresa de la siguiente manera: a mayor número de leyes menor conocimiento de las mismas y menor seguridad jurídica. La inflación de las leyes también provoca mayor litigiosidad. Por supuesto al igual que en el siglo XIX la publicación de las leyes es absolutamente imprescindible para su conocimiento y obediencia por los ciudadanos, y es por supuesto imprescindible la publicación de las leyes como un principio inamovible del Estado democrático de derecho. Pero la publicación de las leyes no resuelve el problema de seguridad jurídica provocada por el fenómeno de la inflación de las leyes. Este fenómeno se agrava además porque las leyes son interpretadas por los jueces, el llamado derecho jurisprudencial, que es aún menos accesible para el grueso de la población. Únicamente un perito en derecho es no sólo capaz de identificar las normas emanadas por el Congreso que regulan una situación determinada, sino también la jurisprudencia nacional e internacional que planea sobre la materia.

La complejidad del derecho de nuestros días no termina allí. Cabe decir que el constitucionalismo democrático nació como reacción a los abusos perpetrados contra los gobernados desde el

poder público. Y a partir de ese origen histórico autoritario del lejano siglo XIX se generó la idea de que los derechos fundamentales sólo pueden ser violados por el poder público. Pero hoy día apenas unas cuantas personas podrían dudar que los derechos fundamentales también pueden ser violados en las relaciones entre particulares, y constantemente lo son, lo que obliga al Estado a actuar igualmente en estas situaciones.

Otro desarrollo notable de los derechos, o con mayor precisión, de su promoción y defensa, es la institución de los intereses difusos. La tercera generación de derechos, también llamados derechos de solidaridad, generan una situación en la cual el bien jurídicamente tutelado es indivisible –como el derecho a un medio ambiente sano y viable– y por tanto genera la defensa no sólo de derechos subjetivos sino también el reconocimiento del derecho de los llamados “intereses legítimos”.

He aquí pues el complejo contexto en el que emerge una institución del Estado mexicano, el Instituto de la Defensoría Pública, en la que se organiza a un cuerpo de operadores jurídicos para la promoción y defensa de los derechos de los gobernados en ámbitos materiales diferentes al penal, pero además como un servicio gratuito del Estado Social de Derecho mexicano. Vivimos en un país donde desafortunadamente no hemos logrado aún erradicar la pobreza. Es un país en vías de desarrollo que ciertamente establece mínimos de justicia social. En este contexto se encuentra el salario mínimo que está calculado para satisfacer las necesidades básicas o primarias del individuo y su familia. Pero por definición no se calcula en el salario mínimo gastos extraordinarios por los que alguna vez tienen que erogar los ciudadanos de menores ingresos económicos –la consulta de abogados– del mercado laboral.

Aquellos miles de mexicanos que no cuentan con un trabajo fijo son aún más vulnerables a las erogaciones extraordinarias para consultar abogados profesionales, y todavía más las familias con un solo jefe de familia, generalmente una mujer que por cualquier circunstancia no ha tenido o ha perdido a su pareja. Por ello en un

Estado Social y Democrático de Derecho como el mexicano la figura del asesor jurídico resulta ser clave para millones de mexicanos que no cuentan con recursos para acudir a servicios privados de asesoría y representación jurídica, y de ahí la explicación de los requisitos para acceder a la asesoría jurídica. Dice la Ley Federal de Defensoría Pública, fiel al espíritu social de la Constitución de 1917:

*Art. 15. Los servicios de asesoría jurídica se prestarán, preferentemente, a:*

- I. Las personas que estén desempleadas y no perciban ingresos;*
- II. Los trabajadores jubilados o pensionados;*
- III. Los trabajadores eventuales o subempleados;*
- IV. Los que reciban, bajo cualquier concepto, ingresos mensuales inferiores a los previstos en las bases generales de organización y funcionamiento;*
- V. Los indígenas, y;*
- VI. Las personas que por cualquier razón social o económica tengan la necesidad de estos servicios.*

En México sabemos y entendemos que la igualdad ante la ley no sería un derecho fundamental si tan sólo unos cuantos –por su situación económica desahogada– tuvieran acceso a los servicios de abogados profesionales. Miles de mexicanos, entre ellos los indígenas, acuden todos los días a lo largo y ancho del territorio nacional a los servicios gratuitos de asesoría jurídica que presta el Estado y que se extienden –entre otros– a asuntos civiles, familiares, fiscales, contencioso administrativo, y en general de materias relacionadas con derechos humanos y que o se representan por los propios asesores jurídicos, o se canalizan a través de las autoridades competentes.

Es necesario hacer un alto y aquilatar la labor que realizan los asesores jurídicos para los más pobres de nuestros conciudadanos, que suelen también padecer del mal de la ignorancia. La sociología moderna no mide la pobreza únicamente en función de nivel económico de un individuo, sino también de sus habilidades sociales, entre ellas la de promover y defender sus propios derechos; no es

casualidad que tanto en México como en otros países en vías de desarrollo estudios empíricos hayan concluido que las personas menos asertivas sean las más pobres entre los pobres, pues les cuesta trabajo vencer su timidez y acercarse a una institución pública para conocer sus derechos y hacerlos valer. Es por ello que el legislador mexicano, correctamente, basando su labor en la Sociología como ciencia de la sociedad, ha establecido en el artículo 6, fracción VI de la Ley Federal de Defensoría Pública, lo siguiente:

*Art. 6. VI. “Los defensores públicos y asesores jurídicos están obligados a: atender con cortesía a los usuarios y prestar sus servicios con diligencia, responsabilidad e iniciativa”.*

Así pues los mexicanos en situación de vulnerabilidad económica y/o de exclusión social como los indígenas monolingües, tienen derecho a la asesoría jurídica gratuita. Pero además a la asesoría jurídica gratuita y de calidad. Los operadores jurídicos del Instituto Federal de la Defensoría Pública son auténticos profesionales del derecho que acceden a su cargo mediante un riguroso proceso de selección, permanencia y de ascensos que tienen como principio rector el mérito. La Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública se ocupa además de la permanente capacitación de sus operadores jurídicos, por lo que como se puede observar en sus informes anuales de labores, se aprecia un número creciente en cantidad y calidad de programas de educación continua para los asesores jurídicos.

Deseo concluir mi exposición retomando lo que dije al inicio de la misma: La inflación de las leyes es un problema propio del Estado contemporáneo y México no es la excepción. La inflación de las leyes genera por sí misma un mayor número de litigios por el simple hecho de que hay más leyes y por tanto más fundamentos para impugnar actos de autoridad o de particulares. Al problema de los números habría que agregar el de la calidad de las leyes. La mala técnica legislativa provoca también mayor litigiosidad que repercute necesariamente en la mayor carga de trabajo del Poder Judicial de la Federación, incluidos los asesores jurídicos. Afortuna-

damente las Cámaras del Congreso de la Unión –a pesar del principio de no reelección– están integradas por un buen número de personas de amplia experiencia legislativa además de que se han preocupado en los últimos años de la profesionalización de sus cuadros de asesores.

Además de elevar la calidad de las leyes desde su fuente de origen, el Congreso, hay otras formas de responder a la mayor demanda de servicios de administración de justicia y de los servicios de defensoría y asesoría jurídica gratuita, para evitar al colapso del sistema judicial por exceso de carga de trabajo. Me refiero a las mejoras a nuestros instrumentos procesales. En este contexto se ubica el proyecto de la nueva ley de amparo que propone efectos generales para las sentencias de amparo que anulen normas de carácter general; ello hará la vida más fácil a los asesores jurídicos pero sobre todo a los gobernados que no tendrán en adelante que preocuparse por buscar asesoría jurídica para repeler una ley a través del amparo, que ya ha sido declarada inconstitucional en un juicio anterior.

Ahora bien, dentro de este contexto de mayor eficiencia de los operadores jurídicos y de los instrumentos procesales quiero llamar su atención a la importante función que deben desplegar los asesores jurídicos en aplicación de jurisprudencia que emana de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y de los tribunales de la federación. Si logramos en nuestro país que los agentes del ministerio público, los defensores y asesores jurídicos, los litigantes y los jueces de todos los ordenes manejen sistemáticamente los precedentes en los casos de los que conocen, se podrá reducir en buena parte el fenómeno derivado de la inflación de las leyes y de la mayor litigiosidad que tanto recarga el sistema judicial que no puede responder a la demanda ilimitada del servicio público de administración de justicia. La idea central es que los asuntos se resuelvan en la primera instancia o que ni siquiera lleguen a esta primera instancia –que deriven al arbitraje o a otras formas de resolución–, y esto se puede lograr mediante la aplicación sistemática del precedente judicial, en la que los asesores jurídicos están llamados a

realizar una labor de enorme importancia manejando con soltura la jurisprudencia aplicable que emana de nuestros tribunales federales, incluido el más alto tribunal de la República, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La lógica de la jurisprudencia que he señalado nos muestra cómo la protección de los derechos de los mexicanos demanda mayor coherencia en nuestra organización judicial, un ejercicio de imaginación política para mejorar nuestros procesos internos y diseños institucionales. Esto explica el proceso de la reforma del Estado en el que nos encontramos inmersos. En el marco de éste se discuten reformas al poder judicial. Uno de los problemas identificados por el propio poder judicial en la Consulta Nacional que la Suprema Corte impulsó para una impartición de Justicia racional y coherente del Estado mexicano, que incluye a nuestras entidades federativas, es la fragmentación de la función judicial, que se manifiesta en un plano vertical y en un plano horizontal. En primer lugar, por efecto del federalismo, una primera fragmentación se da en un plano vertical o territorial entre el Poder Judicial de la Federación y los poderes judiciales de los estados. Ésta es una fragmentación deliberada, querida por los mexicanos, que debe maximizar sus ventajas y reducir sus efectos indeseados. En este sentido en el marco de esta consulta se debatió el federalismo judicial y de cómo los tribunales estatales deben contribuir en la protección de los derechos siguiendo la jurisprudencia de los tribunales federales y aplicándola en los casos de derecho estatal.

El segundo tipo de fragmentación no resulta ser producto de un consenso esencial de los mexicanos, ni de ingeniería constitucional del Estado democrático, como sí lo es el federalismo. Me refiero a la fragmentación horizontal que deriva de la función materialmente judicial que despliegan órganos que no pertenecen al poder judicial y cuyo origen fuera del poder judicial ha sido producto del desarrollo histórico del derecho positivo mexicano. Para algunos especialistas tal fragmentación horizontal provoca litigiosidad adicional pues un asunto pasa de un tribunal meramente

material a un tribunal material y formal que, a diferencia del primero, sí decide en forma definitiva y vinculante asuntos relacionados con garantías individuales. Por ello la citada Consulta se fijó la tarea de alumbrar esta situación y debatir si es ésta una organización coherente y eficiente para el goce de los derechos de los mexicanos, y si los más pobres entre los pobres pueden tener acceso a la justicia en una organización que induce al litigio en más de dos sedes institucionales de impartición de justicia. Añádase que además la fragmentación horizontal de la función judicial se da en el plano federal y en el de los estados, y ello en sí mismo hace todavía más difícil la aplicación de la jurisprudencia, como podrán observar de primera mano los asesores jurídicos de este Instituto. La reingeniería de nuestras instituciones para el efectivo goce de los derechos por todos es una tarea importante de nuestro constituyente y del legislador ordinario que se deben emprender en los próximos meses, pues como prueba tenemos la organización de este Instituto hace diez años, y es el caso que la ingeniería institucional puede representar un notable avance para el goce de los derechos incluidos los miembros más necesitados de nuestra sociedad.

Concluyo mi presentación ratificando mi homenaje a este Instituto de la Defensoría Pública en su décimo aniversario. La tutela judicial efectiva de los derechos en nuestro país, es un derecho fundamental que se garantiza con el acceso a los tribunales pero también por la defensoría de oficio y la asesoría jurídica gratuita que brinda este Instituto. La figura del asesor es un desenvolvimiento más del derecho mexicano que siempre se ha preocupado por la parte más débil de las relaciones sociales, para hacer realidad el debido proceso legal en materias no penales, y como un derecho fundamental de los mexicanos para promover por vías diferentes el goce de sus derechos de primera, segunda y tercera generación, derechos que no pueden quedar para su ejercicio a la fuerza del mercado en el Estado Social y Democrático de Derecho estatuido por la Constitución mexicana de 1917.

Muchas gracias.





# R reflexiones sobre el papel de los poderes judiciales. Sociología, globalización, estado de derecho y seguridad jurídica<sup>1</sup>

Olga Sánchez Cordero de García Villegas\*

*“... en la medida en que los derechos de una parte creciente de la humanidad son enunciados en términos de mercancías, y no como auténticos derechos, la globalización contradice y usurpa el principio ilustrado de universalidad, concebido como ideal de emancipación humana y, en ese sentido, de progreso moral.”*

## I. ¿QUÉ ES LA GLOBALIZACIÓN?

Los avances científicos y tecnológicos, las comunicaciones, los cambios sociales, y todo ello aunado al fenómeno de la globalización, han contribuido a mejorar las condiciones de vida del ser humano, pero también han complicado las formas de relacionarnos, de comunicarnos, de entendernos a nosotros mismos.

El comercio internacional, las relaciones económicas y financieras, la Internet, la justicia internacional y la preocupación creciente sobre la protección de los derechos humanos, son muestras claras de esa complejidad.

Estos fenómenos han traído por consecuencia un cambio en la regulación de las relaciones humanas.

El ámbito de lo jurídico no ha escapado a ello, pues actualmente, los mecanismos supra e infra estatales generan una diversidad de fuentes

\* Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Conferencia Magistral dictada el 27 de junio de 2008.

<sup>1</sup> Agradezco al Dr. Sergio López Ayllón su invaluable colaboración en la elaboración de este documento.

que implican cambios importantes en la concepción tradicional del derecho, así como nuevas formas de entenderlo y aplicarlo.<sup>2</sup>

La “globalización” aparece como un hecho consumado e irreversible; sin embargo, el significado de esa expresión tan común en la actualidad, es aún vago y su valor explicativo resulta controvertido; a grado tal que en la bibliografía especializada en el tema no existe una teoría generalmente aceptada sobre este fenómeno.

Pueden identificarse, sin embargo, tres grandes líneas de pensamiento que intentan explicarla: la de los “globalizadores”, la de los “escépticos” y la de los “transformadores”.<sup>3</sup>

Los “globalizadores” comparten la convicción de que la economía está construyendo una nueva forma de organización social que suplantará a los estados-nación como las unidades económicas y políticas primarias del mundo.

Por su parte, los “escépticos”, sostienen que la globalización es un mito, pues los niveles actuales de interdependencia económica no son los más elevados en la historia. Según estos autores, lo que observamos es un proceso de regionalización en tres grandes bloques económicos que son: América del Norte, Europa y Asia-Pacífico; yo agregaría a estas regiones el ámbito sudamericano.

Finalmente, los “transformadores” sostienen que los procesos que se viven actualmente no tienen precedente histórico, que los gobiernos y las sociedades deberán ajustarse a un mundo en el que ya no existe una clara distinción entre lo nacional y lo internacional, y que la globalización está transformando profundamente el poder del Estado, la política y la forma de vida.

Esta diversidad de posiciones, nos obliga a proponer un concepto de “globalización” que habremos de utilizar en lo subsiguiente, en esta exposición.

---

<sup>2</sup> Vid. al respecto, el sugerente libro de Boaventura de Sousa Santos. *La Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Tr. César Rodríguez. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia. ILSA, Bogotá, 2002.

<sup>3</sup> Existen quienes les han llamado de otra manera, atendiendo más bien a su “filia” por el concepto “globalización”, nosotros preferimos utilizar estos términos, pues en nuestro concepto no puede hablarse de “amor” por la globalización.

Siguiendo el concepto propuesto por el profesor de la London School of Economics, David Held<sup>4</sup>, entenderemos a la globalización como:

*“Un conjunto de procesos que comprenden una transformación en la organización temporal y espacial de las relaciones y transacciones sociales, y que genera flujos y redes de actividad e interacción (económica, política y cultural) entre Estados, regiones y continentes.”*

En el concepto anterior, los *flujos* son los movimientos de mercancías, servicios, personas, símbolos e información en espacio y tiempo; y las *redes* se refieren a las interacciones regularizadas o que siguen una pauta entre agentes independientes (es decir, entre personas, empresas, organizaciones, gobiernos, etcétera).

Este concepto es muy valioso, porque implica considerar que existe una reestructuración de la acción humana en el tiempo y el espacio. Por ello, existe una continuidad que va de lo local a lo global, pasando por lo nacional y lo regional.<sup>5</sup>

Así, en un extremo, se encuentran los flujos, las relaciones y las redes que están organizadas sobre una base local o nacional; en el otro las relaciones, transacciones y redes que se dan en una escala más amplia y que pasan por el nivel transfronterizo; y, es en este último nivel, en donde se dan los fenómenos propiamente globalizados.

Estudios recientes, muestran que la globalización no es uniforme ni lineal, sino por el contrario, que es altamente compleja y diferencial. Así, aunque comúnmente la globalización se perciba más como un *acontecimiento* que como un *proceso*, esta percepción oculta el hecho de que, en realidad, tiene múltiples y variadas manifestaciones, que constituyen un complejo conjunto de procesos de reestructuración dinámicos de las coordenadas de la acción social.

Así pues, habremos de ver a continuación la relación que se da entre este conjunto de procesos que implica la globalización y los poderes judiciales.

---

<sup>4</sup> Held, Mac Grew, Goldblatt y Perraton. *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*. Stanford, CA, Stanford University Press, 1999.

<sup>5</sup> Por región se entiende el agrupamiento geográfico, jurídico o funcional de varios Estados o naciones identificables por alguna característica común (idioma, religión, económica, política, etc.) y con una interacción común en relación con el resto del mundo.

## II. LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO Y LOS PODERES JUDICIALES

Existen fenómenos ligados a la globalización que están generando nuevas realidades jurídicas. Nos referimos no sólo a la compleja relación entre el derecho nacional y el internacional, sino a fenómenos jurídicos como la *lex mercatoria* que, según algunos, constituiría un cuerpo autónomo y autoaplicativo de reglas jurídicas, o la construcción de estructuras jurídicas supranacionales que generan auténticos sistemas jurídicos, como por ejemplo ocurre con la materia de derechos humanos o el derecho del medio ambiente.

Consideremos, en primer lugar, que el espacio normativo del Estado, tradicionalmente, fue concebido como una corporación territorial en la que prevalece un solo orden jurídico. Gracias a esta forma de organización estatal, fue posible movilizar una enorme cantidad de recursos que tuvieron como resultado las condiciones materiales que permitieron la separación cada vez mayor entre tiempo y espacio, esas condiciones son la tecnología, la inversión y los medios de comunicación, entre otros factores.

Ello multiplicó las posibilidades de la acción humana, incrementando los intercambios y generando las condiciones que modificarían substancialmente las bases de organización temporal y espacial establecidas por el propio Estado.

Desde esta perspectiva, la globalización significa la aparición de procesos sociales que se desarrollan “fuera” de los ámbitos de organización temporal y espacial propios del Estado moderno.

Muchas de estas acciones se desenvuelven dentro del ámbito estatal y, por ello, están sujetas a su ámbito normativo. Pero otras escapan a ese ámbito de validez; por ello, quizá sea más importante hacer notar que los ámbitos de validez coexisten simultáneamente, generando así una compleja interacción entre lo local y lo global.

En consecuencia, esa mayoría de relaciones sociales que se desenvuelven dentro del ámbito de acción propio de la corporación estatal tradicional, implican la sujeción al control exclusivo del Estado, en particular, en su dimensión normativa.

En este ámbito, el Estado mantiene un conjunto de funciones de gobernabilidad, entre las que destacan por su importancia:

- La reducción de riesgos a la seguridad y la salud de los seres humanos y su ambiente;
- Garantizar un grado suficiente de seguridad jurídica, consolidando el Estado de Derecho;
- Establecer un sistema simbólico de referencia dentro del cual se desarrolle un sentido de identidad cívica y participación en las decisiones colectivas, o sea un fortalecimiento de la democracia; y,
- Fomentar el desarrollo económico y reducir la desigualdad social con el propósito de generar bienestar colectivo e incrementar la calidad de vida, entre otras funciones.

Pero, por otro lado, existen ámbitos de acción que escapan al control exclusivo del Estado y que se desarrollan dentro de su territorio.

En este nivel se dan los intercambios de flujo “globales” y se establecen las redes de interacción. La particularidad de estos ámbitos es que crean espacios normativos que no emanan “directamente” de los órganos del Estado, sino de otras instancias, diferentes, pero que resultan igualmente obligatorios para los individuos que se encuentran sujetos a ellas.

Desde otro punto de vista, existen auténticos regímenes normativos horizontales que implican una compleja interacción de normas, pues se superponen a los sistemas jurídicos nacionales. Estos regímenes no son solamente el producto de la actividad de *un* Estado en particular, sino de un conjunto de actores, como son los Estados entre sí, pero también de las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, e incluso las empresas multinacionales; tal es el caso de los aspectos jurídicos relacionados con la integración económica, el comercio internacional, el medio ambiente o los derechos humanos.

La generación de estos espacios normativos a los que hemos dado en llamar “horizontales”, puede sugerir que nos acercamos a

la uniformidad y, en última instancia, a la unificación del derecho en todo el mundo. Después de todo, aunque en distinta escala territorial y temporal, dicho proceso no sería sino otra manifestación de los recurrentes esfuerzos históricos por contrarrestar la dispersión normativa y por establecer cuerpos normativos organizados e identificables.

Muchos de estos esfuerzos han ido aparejados con procesos de centralización política o de redistribución del poder y la autoridad entre distintas fuerzas.

Si bien ahora no podríamos identificar un proceso único de concentración de la autoridad a nivel mundial, hay, por otro lado, numerosos ejemplos de instituciones que poseen y ejercen responsabilidades de tipo político y jurídico en los procesos de integración a nivel regional o global.

Desde esta perspectiva, la globalización del derecho es impulsada no solamente por las necesidades de la economía global, sino también por la desigual distribución del poder.

Sin embargo, esta primera vinculación entre la globalización y el derecho plantea diversas interrogantes previas: ¿poseen todos los países los prerequisites políticos, sociales y culturales para esta unificación? ¿Puede hablarse de una verdadera unificación del derecho? ¿No será más bien que se uniforman las normas, pero no la práctica de su aplicación? ¿Se presentan estas tendencias de la misma manera en todos los ámbitos del derecho?

En realidad, la tendencia hacia una cierta uniformidad de las instituciones jurídicas convive simultáneamente con la constante multiplicación de órdenes normativos y culturas jurídicas.

Esta multiplicación se debe a numerosos factores, de entre los cuales destacaré solamente los siguientes:

- Las culturas jurídicas siempre tienen una dimensión histórica, por lo que la introducción del derecho “global”, incluso mediante la sustitución del orden jurídico nacional, no implica la desaparición completa de la cultura jurídica anterior, sino que requiere necesariamente de adaptaciones a

las circunstancias locales;

- El surgimiento o reconocimiento de órdenes jurídicos autónomos dentro y fuera de las fronteras nacionales;
- El surgimiento de nuevas instituciones internacionales, así como de organismos gubernamentales y no gubernamentales, tribunales, comités, etcétera, que contribuyen mediante tratados, sentencias, recomendaciones y opiniones, al panorama jurídico mundial; aunque sujetos formalmente a las decisiones de los estados soberanos que les dan vida.

Los procesos de integración jurídica avanzada, como el que ejemplifica la actual Unión Europea, han puesto de manifiesto las dificultades de alcanzar una verdadera unificación del derecho, o al menos la reducción de las diferencias entre distintos ordenamientos para lograr una armonización.

En esa tesitura, la globalización del derecho podría significar, no la unificación total del derecho, sino la creación de espacios relativamente autónomos que atraviesen las fronteras de los estados nacionales y que, al entrar en contacto con los ámbitos espaciales propios a esos estados, generen una evolución del conjunto de los sistemas jurídicos.

Esa evolución se logra a través de la actuación de los tribunales estatales que se convierten en los órganos centrales del proceso de reconocimiento, aplicación y validación de las normas jurídicas.

Es importante destacar que, en este modelo, los estados siguen permaneciendo al centro del sistema, pues son sus órganos legislativos, judiciales y administrativos los responsables de reconocer y aplicar las reglas jurídicas. Pero es también necesario que, en la lógica del funcionamiento derivado del sistema de división de poderes, sean los tribunales nacionales los responsables de reconocer y aplicar, en última instancia, las reglas jurídicas que se aplican a los casos concretos.

Así, los distintos Estados nacionales se encuentran inmersos en una compleja red de interacción con organismos de todo tipo;



de esta manera, el principio de territorialidad implícito en el modelo estatal, es hoy claramente insuficiente para explicar la complejidad de las relaciones jurídicas en, al menos, los siguientes ejemplos:

- La creación de *órdenes jurídicos internacionales*, que constituyen los sistemas de referencia para la regulación de fenómenos tan importantes como el comercio, los derechos humanos o el medio ambiente, pero cuya aplicación en última instancia se encuentra localizada en un territorio estatal determinado.
- Los avances en los *procesos de integración económica regional*, que construyen territorios que escapan al control normativo por parte de órganos supranacionales, el caso más completo y complejo lo constituye la Unión Europea, pero cabe señalar que en el mundo existen más de 200 acuerdos de integración regional notificados a la Organización Mundial de Comercio también identificada por sus siglas OMC.
- Las *fuerzas centrífugas dentro de los estados nacionales*, que generan la creación de órdenes jurídicos regionales o federales y donde el ejercicio real de la soberanía, aunque constitucionalmente única, se ejerce en unidades territoriales fragmentadas.
- La creación de *órdenes jurídicos privados deslocalizados*, tanto en microsistemas sectoriales o locales como en amplias redes transnacionales, como ocurre, verbigracia, con los órdenes jurídicos religiosos, deportivos, humanitarios, empresariales, académicos, profesionales, etcétera y cuyo punto de referencia no depende de un ancla territorial, sino de un estatus de adhesión voluntaria.

En este sentido, es posible afirmar que los tribunales son uno de los puntos centrales de articulación, reconocimiento y aplicación de las normas jurídicas, cualquiera que sea su origen, y por ello *constituyen una de las anclas de la globalización*.

Ahora bien, resulta obvio que el nuevo contexto global impone condiciones inéditas para la acción de los tribunales. La visión tradicional que hace de ellos meros aplicadores de la ley, tiene que ser profundamente revisada.

Pues así como se generan nuevos paradigmas para entender al derecho, del mismo modo es necesario avanzar en la comprensión del papel que tienen los poderes judiciales en el mundo globalizado, cuestión sobre la que reflexionaremos a continuación.

### **III. LAS FUNCIONES DEL PODER JUDICIAL EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN**

Nuestra tesis central postula que actualmente los tribunales no realizan sólo acciones locales, sino que interactúan continuamente entre lo local, lo nacional, lo regional y lo global.

Por ello, algunas de sus decisiones tienen un alcance que las “deslocaliza” y las relaciona dinámicamente con el ámbito global; ciertamente no todas las decisiones que adoptan los tribunales tienen esta característica, pero potencialmente muchas de ellas pueden tener implicaciones que van mucho más allá de resolver un conflicto local y convertirse en verdaderos fallos con consecuencias jurídicas que van más allá de las fronteras del Estado que contiene al órgano jurisdiccional resolutor.

Bajo esta nueva perspectiva, los poderes judiciales adquieren un papel trascendental en el proceso de admisión de normas dentro del orden jurídico, pues es a ellos a quienes incumbe en última instancia decidir sobre la forma y términos en los que la nueva regulación puede ser incorporada al orden jurídico, así como plantear las condiciones en las que será posible la creación y, en su caso, admisión de nuevas reglas y prácticas en dicho orden de Derecho.

Conforme esta perspectiva, quisiera ahora identificar algunos aspectos en los que, a mi parecer, se está produciendo un cambio en el papel de los poderes judiciales.

### A) EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

La creación de normas jurídicas ya no puede considerarse como una función exclusiva del Estado. Si bien éste conserva el monopolio de su expedición formal al interior del Estado, muchos asuntos nos llevan a afirmar que, en realidad, diversos órganos infra y supra estatales que crean normas jurídicas, logran que éstas sean reconocidas por los Estados a través de diversos mecanismos formales de recepción. La intensidad de este fenómeno, especialmente en los ámbitos globalizados obliga a una revisión del asunto en dos niveles: el de la recepción de los tratados internacionales y el de la creación de órganos de resolución de controversias fuera de la jurisdicción estatal.

Los Estados siempre han celebrado tratados internacionales, pero su aplicación en el derecho interno era relativamente limitada pues el denominado derecho internacional clásico regulaba fundamentalmente las relaciones de Estado a Estado, y los instrumentos internacionales que se firmaban tenían como destinatarios principales a los propios Estados. Sin embargo, esta situación ha cambiado dramáticamente.

Como resultado de la globalización, se han incrementado significativamente los tratados internacionales que regulan materias que impactan directamente en el derecho interno.

Por otro lado, existen actores sociales, tanto internos como externos, que tienen intereses directos en el cumplimiento de esos tratados, por lo que se van generando grupos de interés que luchan por su aplicación y supervisan su ejecución dentro de los estados nacionales.

Cada vez hay más instituciones responsables de la aplicación e interpretación del derecho internacional; auténticas jurisdicciones internacionales o sistemas “cuasi” jurisdiccionales, como los de la OMC, el TLC, el MERCOSUR o cualesquiera otros de los mecanismos arbitrales internacionales.

Estos mecanismos, al ser valorados superficialmente, podrían considerarse como una forma de eludir a las jurisdicciones nacionales; sin embargo, contrariamente a lo que se podría pensar por ese sector, en

mi opinión existen vínculos estrechos entre los mecanismos arbitrales internacionales referidos y las jurisdicciones nacionales; basta para ello pensar en la ejecución forzosa de los laudos internacionales.

De ninguna manera estoy negando que los tribunales ocupen una posición central e insustituible en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, más bien estoy ratificando que, aun en los casos en que se observa el desarrollo de sistemas jurídicos “autónomos”, los tribunales nacionales siguen desempeñando una importante función, real o potencial, en la medida en que los actos y resoluciones jurídicos de tales sistemas pueden terminar sometidos a una jurisdicción estatal.

La principal consecuencia de ello es que sus funciones ya no quedan reducidas a las que les impone un *orden jurídico nacional* y, concomitantemente, no se constriñen a defender los intereses jurídicos de un Estado nacional sino que tienen una *responsabilidad directa* en la construcción de un *orden jurídico mundial o global*. Por ello, tienen que abrirse aún más al plano supranacional y funcionar de manera más efectiva como eje articulador entre lo nacional y lo supranacional.

Esta relación entre jurisdicción nacional e internacional no debe reducirse a una mera relación subsidiaria, pues en la medida en que se incrementa el grado de integración entre los países, será necesario idear formas más integradas de articulación entre ambas jurisdicciones.

Un ejemplo que refleja este proceso se observa en el Tribunal de Justicia Europeo, el cual no sustituye a los tribunales nacionales, sino que funciona como cabeza de un sistema judicial complejo, en el que interviene de manera selectiva cuando así se lo solicitan los órganos de la Unión y los propios tribunales nacionales.

## B) JUSTICIA Y ECONOMÍA

Otro de los cambios para los poderes judiciales, se hace particularmente evidente en la economía.

En efecto, para los economistas los tribunales son vistos como instituciones de importancia capital para garantizar un *clima general*

*de estabilidad y predictibilidad*, que resulta favorable y esencial para la inversión y el comercio.

Resulta obvio que los tribunales desempeñan una función económica, por ejemplo, cuando resuelven controversias de negocios que tienen consecuencias económicas directas. Sin embargo, sus actuales funciones en el ámbito de lo económico tienen un alcance mucho mayor, ya que se espera que en realidad faciliten la inmensa gama de relaciones de intercambio que la globalización exige.

Quienes se dedican a formular políticas públicas en todo el mundo, parecen coincidir en que la eficiencia de los tribunales tiene una importancia creciente, vista la despiadada lucha por las oportunidades en la inversión y el comercio que impone la globalización económica; pero, sobre todo, parecen estar de acuerdo en que se trata de una manera de mejorar las capacidades institucionales y de gobierno de los Estados nacionales; la noción subyacente en esta concepción, es que la ausencia de un sistema judicial eficaz y eficiente genera costos significativos que obstaculizan el crecimiento económico de una Nación.

Cada vez son más los factores de carácter internacional que han conducido a la convicción de que los tribunales son importantes para el desarrollo económico; por tanto, sería de esperarse que las transacciones económicas internacionales generaran un cierto número de controversias jurídicas que los tribunales pudieran resolver, pero lo cierto es que también es un hecho que las controversias económicas de carácter internacional tienden a ser sustraídas de las jurisdicciones nacionales y transferidas a los foros internacionales, particularmente, a tribunales arbitrales *ad hoc*.

En resumen: la necesidad de una infraestructura jurídica adecuada para las transacciones económicas de carácter internacional no implica que los tribunales nacionales o internacionales puedan ofrecer, por sí solos, solución a los problemas; por el contrario, es más probable que, para tal propósito, pueda desarrollarse un conjunto muy diverso de instituciones judiciales y cuasi-judiciales, tanto internas como internacionales.

El que estas instituciones jurisdiccionales sean utilizadas o no, dependerá de diversos factores, como la procedencia de la vía, las reglas de competencia, las pretensiones de las partes interesadas o las percepciones de los actores sobre justicia y eficiencia.

### C) JUSTICIA Y DEMOCRACIA

En el Estado contemporáneo, el poder judicial cumple funciones mucho más amplias que las que se limitan a la resolución de controversias entre particulares; en especial, le corresponde también resolver controversias entre ciudadanos y el poder público, lo que ocurre principalmente a través de los tribunales administrativos, pero principalmente por medio de la jurisdicción propia de la justicia constitucional, en donde cabe, incluso, resolver cuestiones abiertamente políticas entre órganos o niveles de gobierno, así como intervenir en las controversias que se plantean entre mayorías y minorías políticas, como ocurre con nuestras Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad, sin dejar de mencionar, por supuesto, al Juicio de Amparo.

Sin embargo, lo anterior no es suficiente para explicar el nuevo protagonismo de jueces y tribunales en la era de la globalización. Las fuertes presiones económicas y políticas que la globalización genera, conducen a un debilitamiento relativo de los estados nacionales, y ello a su vez contribuye a la creciente relevancia y poder de los tribunales; por estas razones se han transformado en un instrumento para abordar demandas políticas, pero sobre todo, demandas morales o ideales.

Así, se espera por la ciudadanía que los tribunales distingan el bien del mal, que resuelvan los conflictos usando valores intrínsecos al sistema o incluso que no están en el derecho positivo.

Se han transformado, pues, en el último refugio de un ideal democrático desencantado, y en palabras del jurista Héctor Fix Fierro<sup>6</sup>: en *guardianes de las promesas democráticas*.

---

<sup>6</sup> Fix Fierro, Héctor. "Poder Judicial", en *Transiciones y diseños institucionales*, María del Refugio González y Sergio López Ayllón, editores, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Serie Doctrina Jurídica No. 3), México, 1999, pp. 170 y 171.

Esta función conlleva riesgos considerables para la misma democracia; las imágenes de una judicatura todopoderosa, omnipresente, decisionista, pueden volverse contra los tribunales mismos, porque, en tiempos globales, es muy sencillo defraudar las expectativas sociales; y si bien es cierto que resulta inevitable que los tribunales se politicen, también lo es que su eficacia y legitimidad dependen del ejercicio *apolítico* de la jurisdicción en cada caso concreto; precisamente de eso depende el poder *político* de los Tribunales Constitucionales.

La creciente importancia de la función judicial a la que contribuye la globalización en este campo, agudiza dos problemas particulares que se encuentran interrelacionadas: el del *acceso* a los tribunales y el del *número y tipos de conflictos* que éstos deben resolver.

Tradicionalmente, el del acceso a la justicia ha sido uno de los problemas graves a que se enfrentan las sociedades con altos niveles de pobreza y desigualdad social como las latinoamericanas; la globalización, en la medida en que ha contribuido a aumentar tales desigualdades hace más aguda la cuestión del acceso.

En este punto, conviene reflexionar en medidas que aumenten el acceso de la población a la jurisdicción y para ello tendríamos que pronunciarnos, entonces, por un pluralismo jurídico, un derecho ampliado, tolerante, que incorpore los llamados *mecanismos alternativos de solución de controversias*, principalmente la mediación, la conciliación y el arbitraje; pues con la incorporación de estos instrumentos procesales, se puede lograr un mejor funcionamiento de los tribunales, incrementar el acceso a la justicia, dar mayor participación a la ciudadanía en la solución de sus propios conflictos y finalmente instaurar una forma pacífica para tratar las desavenencias sociales.

Por lo que se refiere al número y tipo de conflictos, las sociedades se hacen cada vez más complejas, y sobre todo, heterogéneas, por los impactos de la globalización; esto representa un doble desafío para los tribunales: por un lado, el de tener que adaptarse a

cargas crecientes de trabajo y de asuntos más difíciles y complejos, y, por el otro, el de poder diferenciar y especializar su actuación en función de los grupos sociales que acuden a ellos.

Dicho en otras palabras: los poderes judiciales no solamente tienen que continuar sus esfuerzos para dar mayor y mejor acceso a la justicia tratándose de los conflictos “tradicionales” de los que conocen, sino que tienen que estar preparados para atender y adaptarse a los “nuevos” conflictos derivados de las reformas políticas y económicas de las últimas décadas ligadas a la globalización.

Afortunadamente, hay evidencia de que los poderes judiciales están respondiendo a este desafío mediante la creación de un marco institucional y un aparato de justicia mucho más complejo, denso y diferenciado.

No quisiera terminar sin tratar la parte relacionada con la seguridad jurídica.

#### **IV. GLOBALIZACIÓN, TRIBUNALES Y SEGURIDAD JURÍDICA**

La seguridad jurídica se ha identificado tradicionalmente como uno de los “fines del derecho”; en términos generales, supone la certeza que tienen los sujetos de derecho de que su situación jurídica no será modificada sino mediante procedimientos establecidos previamente.

Una perspectiva más sociológica identificaría a la seguridad jurídica como una de las condiciones de racionalidad del derecho ligada a la previsibilidad de las conductas en sociedad.

Resulta obvia la relación entre Estado de derecho y seguridad jurídica, si el primero supone el gobierno de las normas en un tiempo y espacio determinados, esto sólo sucederá en la medida en que dichas normas sean efectivas a través de un aparato especializado responsable de su aplicación, de suerte que la seguridad jurídica no es sino la traducción práctica de la eficacia de las normas como reguladoras de conductas.

Así, la labor de las judicaturas en la construcción de previsibilidad debe abordarse tanto desde un punto de vista técni-



co como desde un punto de vista institucional; en el primer caso, es necesario analizar la manera en la que se construyen los criterios jurisdiccionales que producen las reglas que serán consideradas válidas dentro del orden jurídico; en el segundo caso, interesa conocer la forma en la que las judicaturas operan para la construcción de dichas reglas. Es decir las condiciones efectivas imperantes para la producción de normas a cargo de los tribunales por medio de su jurisprudencia.

Asimismo, interesa revisar la consistencia con la que los tribunales suelen resolver; es decir, se trata de revisar si los poderes judiciales cuentan con mecanismos que permiten evitar la existencia de criterios contradictorios en cuanto a la interpretación de normas y si dichos mecanismos cumplen satisfactoriamente la función de brindar certeza.

Mientras menores sean las contradicciones generadas por los poderes judiciales sobre los alcances de las normas y reglas que se someten a su consideración por los actores sociales, mayor será la certeza que produzcan en el ánimo de los justiciables.

En todo caso, los mecanismos para resolver las contradicciones deben estar claramente establecidos y generar criterios de interpretación razonablemente previsibles, como por ejemplo ocurre con los procedimientos de contradicción de tesis entre las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o entre Tribunales Colegiados de Circuito.

En cuanto a la perspectiva que se enfoca en el funcionamiento de los poderes judiciales, es conveniente resaltar tanto el tiempo que requieren para emitir sus resoluciones como la eficacia de las mismas.

En el primer caso, la velocidad con la cual los tribunales resuelven los casos que se someten a su consideración impacta directamente sobre la forma en la que se producen las relaciones sociales, de esta manera, en un escenario en donde la acción de la justicia se presenta de manera tardía, los actores suelen incorporar esta variable a sus transacciones o a su comportamiento en relación con

el cumplimiento de una obligación, en consecuencia se pueden presentar situaciones en donde un deudor puede optar por no pagar su deuda confiando en que la lenta acción del poder judicial hará que el costo de su obligación termine por reducirse y asimismo, genera en beneficio del deudor, una posición mucho más sólida para negociar una reducción de la deuda frente a un acreedor que no puede o no quiere invertir recursos en el cobro; en otro caso, las partes pueden terminar por aceptar cláusulas que plantean intereses moratorios excesivos como un mecanismo que puede desincentivar a un deudor a emplear la lentitud de los tribunales como un factor a su favor.

Por otro lado, la eficacia del cumplimiento de los fallos emitidos por los tribunales también impacta directamente sobre la forma en la que se realizan las transacciones en derecho privado.

En este caso, cuando se tiene certeza sobre el posible sentido de una resolución jurisdiccional, pero no se tiene seguridad de que la misma será ejecutada, la posición del actor se torna bastante precaria; en dicho supuesto nuevamente será necesario ponderar la conveniencia de invertir recursos para asegurar el cumplimiento de una obligación.

En suma, los poderes judiciales tienen como una de sus responsabilidades el coadyuvar a la generación de seguridad jurídica en un doble plano. En primer término, en el plano externo, pueden construir los mecanismos de certeza jurídica global al inscribirse como partes de un sistema que puede operar de manera articulada al compartir una visión fundamentada en los valores que inspiran la democracia, el Estado de Derecho y la economía de mercado; y desde el punto de vista interno, la seguridad jurídica que generan permite asegurar las operaciones globales de los actores económicos sobre bases de justicia y reciprocidad.

Todas estas ideas no tienen otro fin que hacer de la globalización un proceso que vuelva la mirada al rostro humano que todo desarrollo histórico debe tener.

No es posible que los tribunales del mundo pasemos por alto

que, al ser los principales responsables en la adjudicación de derechos y en la resolución de conflictos, no tengamos en cuenta lo que en el epígrafe de estas líneas se menciona: si no procuramos transformar la visión mercantilista de los derechos, hacia una perspectiva más humanitaria, estaremos faltando a los principios más profundos del pensamiento ilustrado, pero sobre todo, estaremos faltando a nuestra propia naturaleza de seres racionales.

Los avances de la ciencia, en todos los ámbitos, pero en forma muy significativa, en la informática y las telecomunicaciones, tienden a acendrar más los procesos de integración, y las fronteras tienden a hacerse, quíerose o no, mucho más porosas; por ello nuestras sociedades, se asemejan cada vez más, comparten los mismos valores y afrontan problemas similares.

Pero simultáneamente, deben observarse las particularidades de cada contexto social, pues sólo así la uniformidad podrá ser exitosa, ya que no debe perecerse de vista que ésta debe responder a cuestiones básicas, a riesgo de resultar totalmente ineficaz si estos aspectos sociales son desatendidos.

Así, la uniformidad del derecho ante la globalización requiere de la comprensión de los diversos sistemas jurídicos para que pueda constituirse en una suma efectiva de reglas operativas y funcionales.

De antemano agradezco su atención y espero que estas reflexiones provoquen inquietudes en este amable auditorio.

Muchas gracias.

## Trazos sobre el derecho de defensa en tribunales internacionales, tribunales internacionales “*ad hoc*” y tribunales internacionalizados

*Sergio Salvador Aguirre Anguiano\**

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Consejeros de la Judicatura Federal, me dieron una encomienda especial: decirles a todos los defensores públicos cómo el Poder Judicial de la Federación aprecia que las defensas se hagan con todo, sin regateos; defender es entregarse jurídicamente a la causa del defenso con talento, con oficio, porfiando en todo aquello que pueda favorecer al individuo –centro de su empeño–.

La defensa entonces no puede ser a cuentagotas, es total y hay que ir a todas, a condición de que no existan argumentos contradictorios o excluyentes entre sí. Entre las defensas que les voy a mencionar hay un hilo conductor común que ya averiguarán.

Caso de Arnaldo Ochoa y de José Abrantes Fernández. Uno, héroe de la Revolución Cubana, tanto o más condecorado que el comandante Castro Ruz; y el otro, Ministro del Interior en la época de su juicio; el defensor del primero Alberto Rubén D’ Toste, ex juez del Tribunal Superior de Cuba y del segundo, Juan Rafael Mendoza. En la defensa del primero, D’ Toste afirmó que su defenso se apartó del camino de la Revolución, dijo aceptar la carga como un sacrificio que le imponía la Revolución, no discutió ninguna calificación jurídica de los hechos, apenas solicitó adecuarle la

---

\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Conferencia Magistral dictada el 14 de noviembre de 2008.

sanción en virtud de su buena conducta militar, su arrepentimiento y su autocrítica en el juicio; recuérdese que esto lo televisaron y lo vimos aquí en México, ellos eran acusados de delitos relativos a tráfico de estupefacientes, en la televisión parecía que los acusados estaban extraviados, quienes eso vimos pensamos que estaban drogados. En la defensa coincidieron con la clasificación que el Ministerio Fiscal hizo de los delitos que se le imputaban a sus respectivos defendidos y que habían traicionado principios sagrados, además de a ellos mismos. El segundo defensor se dirigió al Tribunal en el siguiente término: “ustedes tienen la obligación de sancionar a estos acusados”.

¡Qué vergüenza señores!, ¡qué vergüenza de defensores y de defensas! No dejo de ver que se trata de un país en donde todavía en diciembre de 1999 cientos de libros donados por el gobierno español, fueron destruidos tras ser colocados en el estacionamiento de la sede del Poder Popular del Distrito Cerro de la Habana, la razón del incidente se debió a que funcionarios del Ministerio del Interior encontraron ocho mil textos con la Declaración de Derechos Humanos aprobados por la Naciones Unidas en 1948.<sup>1</sup>

Aun así, defensas como éstas son, a mi parecer, prototipo de lo que no debe hacerse.

Pensaran ustedes que soy fácil para criticar al extranjero y no miro hacia lo propio; bueno, quiero decirles que tenemos contrapuntos marcados. Recuerden al defensor de Tomás Mejía: Próspero C. Vega, quien se dirigió al General en Jefe del Ejército Republicano para decirle que las recriminaciones y reconvenciones, —en contra de su defenso— no salían de la causa sino de la firme cabeza del fiscal, de su ciencia privada de los acontecimientos; que los cargos no estaban fundados ni en documentos, ni en constancias, o sea, el alegato era ausencia de motivación en autos; le indicó al mencionado jefe que los deberes de un abogado cuando toma sobre sí una defensa, son amplios y no quiere reprenderse falta punible de valor ni de silencio criminal y que con la solicitud de que no corran

---

<sup>1</sup> Báez, Fernando, *Historia Universal de la destrucción de libros* Ediciones Destino, Barcelona, 2004, p.261.

términos en la causa, hasta en tanto se corrija el proceso, no se le acuse de moratoria, pues sería una calumnia hacia su persona.<sup>2</sup>

Otro caso memorable por su defensa, corresponde al de Maximiliano de Habsburgo:

Su defensor, Jesús M. Vázquez, a quien posteriormente se le unieron Mariano Riva Palacio, Rafael Martínez de la Torre y Eulalio Ortega, indicó que no podía recibir traslado de actuaciones en plazos tan breves, porque su cliente no podía quedar indefenso y en cumplimiento de su imperioso deber de defensa, protesta de fuerza y de nulidad ante la superioridad, la nación y el mundo civilizado.<sup>3</sup>

Que las acusaciones hacia Maximiliano le causan repugnancia instintiva, que actuando como lo hace el Tribunal Militar integrado con oficiales de grado inferior se compromete, ante la opinión de los pueblos civilizados, el buen nombre del país. Que: “los tribunales de la federación son los juzgados de distrito y circuito y la Suprema Corte de Justicia, así como el Congreso de la Unión cuando ejerce funciones jurisdiccionales. A éstos, pues, y no a ningún otro, a ellos y no a un Consejo de guerra, ni ordinario ni extraordinario, corresponde conocer de la causa... Los tribunales de apelación tienen un objeto santo, pues son una garantía contra la influencia o las resoluciones de una pasión. ¿Qué hacer, pues, en circunstancias tan excepcionales como las de esta causa? El honor de los defensores, su amor al país y a los principios liberales exigen, que si alguna duda, aunque sea ligera, tuvieren al señor general el jefe, el fiscal o el asesor, se consulte al supremo gobierno si se organizan esos tribunales para evitar que el acusado quede privado de las defensas legales”.<sup>4</sup>

El defensor de Miramón, aunque con circunloquios, le hizo una valiosa defensa como preso político y dijo que el delito que se le atribuía era puramente político.

---

<sup>2</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Proceso y ejecución vs. Fernando Maximiliano de Habsburgo* UNAM, México, 2005, pp. 423 y 424.

<sup>3</sup> Ibid, p. 427.

<sup>4</sup> Ibid, pp. 438, 440, 446 y 447.

No es el caso analizar la fuerza real de las defensas ante el fallo que conocemos, pero sí decir: qué defensores tan plenos y por qué no, vistas las circunstancias, qué fe en el derecho y qué arrestos.

No se crea que todo el monte es orégano en este país, la justicia o mejor dicho la gente que tiene ver con las cosas de la justicia hacen, a veces, horribles travesuras; analicemos otro caso:

En el primer tercio del siglo XX, en nuestro país se instauró juicio contra el General de División Pablo González, jefe del general Guajardo, militar que asesinó a Emiliano Zapata, luego abandonó al gobierno de De la Huerta y también a Obregón; a Pablo González, se le relacionó con esto que hizo Guajardo y se le enjuició, sospechas provocadas cuando se retiró a la vida privada: “con gran publicidad se llevó al cabo el juicio, en un teatro lleno hasta los topes. (...) El equipo de abogados que defendía a don Pablo insistió en que el juicio era impropio, puesto que el tribunal estaba formado por hombres de grado militar inferior al del acusado; cada miembro del tribunal, entonces, fue nombrado, por el término que durara el juicio, general de División”.<sup>5</sup> Finalmente, nos dice el cronista, no se le condenó porque Miguel Alessio Robles fue a ver al general Calles y después de dos horas de plática concluyeron que el fusilamiento sería políticamente inapropiado.

Caso que llama la atención pues sirvió de precedente para la formación de la ley castrense, pues sí, el Código de Justicia Militar vigente prevé en su artículo 14 que a falta de la integración debida para un consejo de guerra, y en el caso que el acusado fuere de superior categoría militar a la de uno o varios miembros del consejo, la propia Secretaría de Guerra y Marina, habilitará con el grado correspondiente a los militares que estando en aptitud de desempeñar el cargo en el consejo, tengan grado inmediato inferior al acusado. Sin duda, muy lamentable para defensores como el de Maximiliano.

---

<sup>5</sup> W.F. Dulles, John, *Ayer en México. Una crónica de la Revolución (1919-1936)*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p.73.

## PREÁMBULO DE LA JURISDICCIÓN Y DEFENSA INTERNACIONAL

Aproximémonos un poco a lo que pretende ser el tema de la plática anunciada.

El primer antecedente lo encontramos en la Carta de Londres, firmada por los países vencedores de la Segunda Guerra Mundial: E.U.A, la Unión Soviética, Francia y Gran Bretaña, el 8 de agosto de 1946.

Esta carta estableció un Tribunal Militar Internacional, cuya competencia versaba sobre el llamado “derecho de guerra”, y comprendía una lista definida de crímenes contra la humanidad y la paz. Su objetivo primordial no fue sólo el de enlistar los nuevos crímenes de lesa humanidad, sino que su creación obedeció a la necesidad de encontrar una justificación o fundamento de los juicios llevados en contra de los países vencidos. Estos juicios consistieron en los conocidos juicios de Nuremberg, que juzgaron a los oficiales nazis, y los juicios de Tokio<sup>6</sup>, que juzgaron a militares japoneses.

## JUICIOS DE NUREMBERG

Con fundamento en la Carta de Londres, el Tribunal Internacional, tuvo la facultad de incriminar a los responsables de los “crímenes de guerra” realizados por los países vencidos. Uno a uno de los primeros mandos nazis fueron llevados a un proceso jurisdiccional sin precedentes, su desarrollo consistió en una combinación de reglas civiles y militares, situación que sólo otorgó incertidumbre a las partes; aunado a que el proceso siguió los principios anglosajones, desconocidos por completo para los defensores alemanes.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> El Tribunal de Tokio se constituyó mediante una ordenanza del jefe supremo de la Alianza en el Pacífico, General Douglas MacArthur en enero de 1946.

<sup>7</sup> Para los abogados de la defensa, el reto no fue la logística o recursos materiales, sino la locación de defensas ciertas y afirmativas en una jurisdicción apenas creada. Los defensores estaban en desventaja ya que carecían de la experiencia en litigio según el sistema anglosajón que fue adoptado por el Tribunal de Nuremberg, desconociendo el procedimiento y las prácticas de éste, así como el arte de interrogar testigos en comparación con las aptitudes de los fiscales americanos, tales como Robert H. Jackson quien fue Juez de la Suprema Corte de Justicia Americana, y aceptó el cargo de fiscal conociendo de la importancia y trascendencia que tendría el juicio de Nuremberg para la justicia internacional.



A pesar de ello, los defensores mostraron una gran maestría en las técnicas de argumentación jurídica en donde contundentemente:

1. Cuestionaron la legalidad del Tribunal Internacional que juzgaba, al ser un tribunal creado por un acuerdo multilateral de los propios inquisidores.

2. Argumentaron violaciones al principio universal de equidad, pues no se tomaba en cuenta que dichos “crímenes de guerra” eran análogos a las conductas realizadas también en la II Guerra Mundial, por los países vencidos y ahora inquisidores; señalando como ejemplo el bombardeo de los americanos a ciudades como Dresden o los fallidos intentos de los submarinos por salvar a sobrevivientes en el Pacífico; así como la gran variedad de atrocidades perfectamente documentadas en masacres militares cometidas por los rusos.

Pero como era esperado, los argumentos de defensa fueron desestimados, por ello el Tribunal consideró irrelevantes esas contundencias jurídicas, pues lo importante para el Tribunal era formar un precedente de una jurisdicción internacional que efectivamente juzgara sobre crímenes de lesa humanidad en aras de la defensa a la integridad humana y la paz de las naciones. Así, bajo la creencia de una “justicia internacional”, se sentenció a muerte a los acusados. La misma situación ocurrió con el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente o Tribunal Tokio.

La verdadera esencia y precedente de los juicios de Nuremberg y de Tokio, es pues la que origina los principios del derecho penal internacional, basados en que los individuos tienen un deber internacional que trasciende sus obligaciones nacionales y/o con sus superiores, lo cual justifica la creación de un orden jurisdiccional jerárquicamente superior a cualquier otro.

## **DEFENSA MODERNA A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS NUREMBERG**

Como dato curioso, el gobierno de E.U.A., principal activista de los principios Nuremberg y quien obligó a que fueran aplicables y

exigibles a todas las naciones, se perjudicó a sí mismo en los casos en los que actuó como fiscal en contra de implicados en protestas políticas, pues ellos hicieron valer defensas fundadas en estos principios y tuvieron que ser absueltos, resultado irónico.

De este modo, la defensa se basa en dos máximas para eximir de responsabilidad a los individuos acusados por el Estado en actividades o actos realizados en contra supuestamente de la Nación, pero a favor del derecho y orden internacional; estos son: el deber del ciudadano y los privilegios del ciudadano.

El deber del ciudadano considera que existe una obligación de prevenir un crimen internacional, a pesar de que su actuación esté en contra del orden jurídico nacional; complementando la idea el privilegio del ciudadano establece una permisión para transgredir leyes nacionales, cuando su conducta tienda a la prevención de crímenes internacionales.

Bajo estas excluyentes de responsabilidad, la defensa ha argumentado en varios asuntos y así se ha establecido en las sentencias, que el implicado solamente necesitaría tener una creencia razonable de que existe una inminente violación al derecho internacional para poder actuar en defensa de dichos principios internacionales y violar la ley nacional.

## CASOS RELEVANTES EN LOS QUE LA DEFENSA NUREMBERG HA SIDO PERMITIDA

La señalada defensa Nuremberg, ha estado presente en la historia jurisdiccional americana, y por las barreras impuestas por los fiscales para su procedencia es ya regularmente tratada como un asunto preparatorio del juicio. Cuando se invoca y resulta válida se absuelve a los acusados.

### CASO VERMONT v. McCANN<sup>8</sup>

El acusado McCann, arrestado mientras protestaba por la producción de armas en la planta de General Electric, en Burlington,

---

<sup>8</sup> No. 2857-7-86 (D. Vt. Jan. 26, 1987).

violando los estatutos y ordenamientos de orden público. Se probó que la planta manufacturaba cañones de aire a tierra, que proveían a las fuerzas armadas en El Salvador y que estas armas se utilizaban para lesionar a la población civil, como estrategia para lograr la erosión del apoyo civil a las fuerzas militares del país que pretendía desbancar al gobierno de El Salvador. El acusado McCann fue absuelto bajo los principios de defensa Nuremberg.

### **CASO VERMONT V. KELLER**

Keller inició un plantón en las oficinas del Senador Robert T. Staffos, en la ciudad de Winooski, Vermont. Los protestantes pretendían obligar al Senador a dialogar en relación con la política de EUA en sus intervenciones en las guerrillas de Centroamérica, esperando persuadirlo. Al tercer día, 40 personas fueron arrestadas y acusadas de daño y violación a propiedad ajena conforme al estatuto criminal de Vermont.

Los implicados argumentaron que el gobierno de los E.U.A. estaba ayudando y apoyando al gobierno de El Salvador para cometer crímenes de orden internacional: que sus políticas en relación con Nicaragua violaban principios del derecho internacional, y así todos actuando con base en sus deberes de ciudadano y los privilegios, realizaron las acciones necesarias para prevenir la comisión de próximos crímenes internacionales.

La Corte que también había decidido el caso McCann, permitió a la defensa presentar evidencia conforme a los principios Nuremberg. Los acusados fueron absueltos.

## **DEFENSAS EN JURISDICCIONES INTERNACIONALES**

### **CASO ADOLFO EICHMANN**

Ex agente de la SS, capturado en Argentina en 1960, acusado y sentenciado por crímenes contra el pueblo judío, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y por pertenecer a organizaciones hostiles; su defensa hizo su trabajo y defendió lo indefendible con argumentos como: que lo aprehendieron y lo transportaron a

Israel de manera ilegal y sin el consentimiento de las autoridades argentinas; que los jueces judíos comisionados para juzgarlo no podían ser imparciales, dado que se sentían personalmente involucrados con los sucesos que ocurrieron; y que sólo fue un peón que recibía órdenes, argumentos no legítimos pero argumentos en defensa de su cliente. El defensor fue el doctor Robert Servatius, abogado alemán que había actuado en los juicios de Nuremberg. Servatius se enfrentó a la imposible tarea de detener el tiempo y la capacidad para recabar toda la información y apelar a los recursos necesarios. Tampoco se le dio la oportunidad de presentar testigos y su acceso a los archivos era muy limitado. Esto lo ponía en plena desventaja frente a los acusadores, quienes aprovecharon su capacidad testimonial para conmover a la opinión pública y al jurado. La parte acusadora presentó testigos que no aportaban ningún elemento al juicio, como los sobrevivientes de los campos del Este, en donde Eichmann no realizó trabajo alguno.

El abogado le sugirió que enviara una demanda de gracia al Presidente de Israel, Ben Zvi. Eichmann la preparó en menos de una hora, “siguiendo las instrucciones de mi abogado”, y, al día siguiente, Servatius la entregó en la Secretaría. Después partió inmediatamente en avión a Alemania; su intención era la de dirigirse a un Tribunal alemán para que obtuviese del Gobierno Federal la petición de extradición para Eichmann. No llegó a tiempo. Eichmann fue informado de que la demanda de gracia no había sido aceptada y que la ejecución se efectuaría.

## **LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA REGULACIÓN DEL DEFENSOR DE OFICIO INTERNACIONAL**

Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, múltiples tratados internacionales, principios constitucionales de los países democráticamente formados y normas secundarias, se han dispuesto diversos principios fundamentales en los procesos penales, entre los que destaca el derecho a ser escuchado en juicio y contar con una defensa, garantía que existe en

todo catálogo de derechos humanos. Más aún, al hablar de la defensa, sea de oficio o a través de un abogado particular, existe el principio de la presunción de inocencia, que se considera en este caso un principio íntimamente vinculado al de la defensa misma.

## **CORTE PENAL INTERNACIONAL**

Creada en la Asamblea de la ONU celebrada en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, para institucionalizar la justicia de crímenes perseguidos conforme al derecho criminal internacional.

El Estatuto de Roma prevé la creación de la Corte Penal Internacional de carácter permanente, encargada de enjuiciar a las personas acusadas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra; el problema es el reconocimiento de la extra-territorialidad de la actuación judicial y el principio de justicia universal.

No pasa inadvertido el señalar que su jurisdicción difiere de la naturaleza de otros sistemas judiciales como el de la Corte Internacional de Justicia, con sede también en La Haya (órgano judicial principal de la ONU) encargado de decidir conforme al Derecho Internacional las controversias de orden jurídico entre Estados y emitir opiniones consultivas; lo mismo de la naturaleza de la Corte Interamericana que resuelve sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, la Corte Penal Internacional imparte justicia derivada de la responsabilidad penal individual de cualquier ser humano sobre la faz del planeta, y aunque su jurisdicción no es retroactiva, a diferencia de los Tribunales Internacionales ad hoc, su competencia no es cronológica o geográficamente limitada.

La Corte se basa en el Principio de Complementariedad: no sustituye a la jurisdicción nacional pues sólo actúa cuando los Estados sean incapaces o no tengan la voluntad de investigar o juzgar tales crímenes.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Podrán llevar casos ante la Corte Penal Internacional los Estados Partes en el Estatuto de Roma, el Consejo de Seguridad y el Fiscal de la propia Corte.

El Estatuto de Roma prescribe:

- Garantías de defensa.
- Derecho a ser asistido por el abogado que elija libremente o a que se le designe uno de oficio.

Los abogados defensores deben conocer el derecho internacional y el procedimiento penal; así como dominar por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte; y estarán sujetos al Estatuto, las Reglas, el Reglamento, el Código de Conducta profesional de los abogados y los demás documentos aprobados por la Corte. La Secretaría debe asegurar la independencia, confidencialidad e imparcialidad de la defensa, mediante la creación de un cuerpo que los represente.

### **LOS TRIBUNALES AD HOC, LOS INTERNACIONALIZADOS, Y ALGUNOS CASOS DE DEFENSAS INTERESANTES**

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha establecido tribunales llamados ad hoc, limitados a un tiempo y a un lugar determinado. No es muy clara la facultad del Consejo de Seguridad de la ONU para crear estos tribunales, pero está implícita en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, (artículos 39 y 41), que lo faculta para: *“actuar en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”*.

En las últimas décadas, el Consejo de Seguridad ha creado tribunales ad hoc: el de Ruanda, el de la antigua ex Yugoslavia y el de Líbano, destinados al enjuiciamiento de las personas responsables de las violaciones al derecho internacional; y en los cuales el acusado tiene el derecho de elegir libremente a su abogado o en caso contrario a que se le asigne uno de oficio.

El tribunal para la antigua Yugoslavia: fue creado el 22 de febrero de 1993, para juzgar actos cometidos por las fuerzas serbias para desintegrar a Yugoslavia.

El caso más controversial en materia de defensa, fue el de Milosevic; independientemente de todos los avatares por los que se llegó a formalizar la acusación, por los fiscales, que fueron Carla

del Ponte y Geoffrey Nice, Slobodan Milosevic rehusó reconocer la legitimidad del tribunal. Al principio, los cargos fueron de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, violaciones a las leyes y costumbres de guerra y a la Convención de Ginebra.

La defensa de Milosevic corrió a cargo de él mismo, su estrategia fue robusta y bien planteada, su declaración duró once horas y, en lo que probablemente fue la más efectiva táctica de bloqueo, rehusó aceptar representación de abogados defensores. Los jueces ordenaron un equipo de tres abogados designados por ellos, “amigos de la Corte”, para asistirlo y manejar sus intereses. Milosevic sólo permitió a los abogados interrogar a los testigos, pero boicoteando su propio juicio, los testigos programados cancelaban sus asistencias, posponiendo las audiencias. Mandó citar como testigos a 1,400 personas, incluyendo a Bill Clinton, Kofi Annan y Tony Blair.

Otro factor que contribuyó a que el juicio de Milosevic fuese un fiasco, lo trajo la combinación entre la enfermedad del propio acusado y la muerte de uno de los jueces, el británico Richard May.<sup>10</sup> Finalmente, Milosevic murió en su celda aparentemente por problemas cardíacos.

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado el 8 de noviembre de 1994, con el fin de perseguir, arrestar, juzgar y condenar a los autores o promotores del genocidio de los tutsis cometido en Ruanda en 1994.

Las tareas de la Oficina de la Defensa y Administración de Prisiones consisten en realizar y mantener una lista de más de 200 defensores, la cual es presentada a los detenidos indigentes a fin de permitirles escoger una defensa adecuada; asimismo capacitar al defensor (una vez escogido) en cuanto al funcionamiento y jurisdicción del tribunal y proporcionarle toda la documentación y asistencia necesaria.

Al igual que el Tribunal de la Ex Yugoslavia, crearon una oficina de Defensa y no admiten la pena de muerte; en ambos tribunales,

---

<sup>10</sup> Moghalu, op. cit., p. 68.

la defensa es remunerada, la única diferencia es que en Ex Yugoslavia sólo es en etapa de averiguación previa.

El Tribunal especial para el Líbano fue creado el 7 de abril de 2005, con el objeto de auxiliar a las autoridades del Líbano en la investigación del asesinato del ex primer ministro Rafik Hariri, su chofer y de 21 personas muertas en el mismo atentado, perpetrado en Beirut el 14 de febrero de 2005. Aunque su competencia puede ampliarse si el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1° de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 están conectados con el atentado.<sup>11</sup>

Se aplica también la ley nacional, en específico el Código Penal del Líbano. La Oficina de Defensa es un órgano del Tribunal encargado de proteger a los acusados, redactando la lista de posibles defensores, apoyándolos y asistiéndolos, lo cual dota al Tribunal de independencia, pues la Oficina tiene un estatus equivalente al de la Fiscalía, las Salas y la Secretaría.

El gobierno de Líbano debe cooperar con los abogados defensores.

## LOS TRIBUNALES INTERNACIONALIZADOS, TAMBIÉN LLAMADOS HÍBRIDOS Y/O MIXTOS

Tienen una estructura conformada por jueces y fiscales tanto nacionales como internacionales, son competentes para aplicar tanto leyes nacionales como internacionales, de ahí que se les conoce como tribunales “híbridos” o “mixtos”.<sup>12</sup>

Tales son los casos del Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial Iraquí, las Salas Especiales para Camboya, las Salas Especiales de Delitos Graves en Timor Oriental y el sistema judicial de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK).<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Fuente: ONU. Ficha informativa: El Tribunal Especial para el Líbano, en <http://www.un.org/spanish/News/focus/tslibano/factsheet.shtml>.

<sup>12</sup> Cerone John; Baldwin, Clive, “Explaining and evaluating the UNMIK Court System”; en *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Cesare P.R. Romano, et al., Oxford, Gran Bretaña, 2004, p. 41.

<sup>13</sup> Para Robin Geiss y Noémie Bulinckx, el sistema judicial en Kosovo, no debe ser considerado



Su objetivo es evitar la creación de tribunales ad hoc, pero sí mantener la legitimación internacional de ese tipo de tribunales, al tiempo de respetar la visión de la justicia de las naciones involucradas junto con la ventaja que representa juzgar a los acusados en el propio territorio en el que se perpetraron los crímenes. Su creación, a diferencia de los Ad hoc, no es resultado de una medida de seguridad por parte de las Naciones Unidas, sino que su establecimiento parte un acuerdo bilateral o multilateral.<sup>14</sup>

Así, mientras la Corte Especial de Sierra Leona se creó por un tratado internacional entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona<sup>15</sup>, las Cámaras Extraordinarias de Camboya se crearon por ley, con el señalamiento de que su operación estaría totalmente condicionada al acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno<sup>16</sup>; el sistema judicial de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) se creó por resolución del Consejo de Seguridad de la ONU<sup>17</sup>; las Salas Espe-

---

entre los tribunales mixtos, ya que no cuenta con un tribunal, un panel o una sala fijos, sino que se incorporan magistrados internacionales al sistema judicial nacional para avocarse a cada caso en particular. Los autores refieren que si bien se han elaborado las estrategias de conclusión del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), existen buenas razones para creer que los sistemas de justicia penal internacionales o internacionalizados continuarán multiplicándose. Citan, por ejemplo, el informe presentado al Consejo de Seguridad por la misión de evaluación enviada a Burundi, en que se recomendaba el establecimiento de un mecanismo judicial de rendición de cuentas, en la forma de un tribunal especial en la estructura judicial de Burundi. Análogamente, antes de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remitiera el asunto de la situación en Darfur a la Corte Penal Internacional, se había examinado seriamente la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional para Sudán.

Los citados autores hacen un estudio comparativo entre los tribunales penales internacionales e internacionalizados, el cual se anexa al presente estudio. (Cfr. Geiss, Robin, Bulinckx, Noémie. *Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados*, op. cit.)

<sup>14</sup> Shraga, Daphna, "The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions"; en *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Cesare P.R. Romano, et al., Oxford, Gran Bretaña, 2004, pp. 15, 16.

<sup>15</sup> Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona, de 16 de enero de 2002.

<sup>16</sup> Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya (NS/ RKM/ 080/12), promulgada el 10 de agosto de 2002, modificada el 27 de octubre de 2004; acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Camboya, firmado el 6 de junio de 2003.

<sup>17</sup> Reglamentos 1999/24 y 2001/9 de la UNMIK, del 15 de mayo de 2001. El mandato de la UNMIK dimana del párrafo 10 de la resolución 1244 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/ RES/1244 (1999).

ciales de Delitos Graves en Timor Oriental se crearon por la Administración transitoria de las Naciones Unidas<sup>18</sup>; y el Tribunal Especial Iraquí se estableció por el Consejo de Gobierno transitorio en Irak (2003)<sup>19</sup>. Ahora bien, por lo que hace al derecho a defensa y asistencia legal gratuita ante estos tribunales, se puede decir lo siguiente: <sup>20</sup>

En Timor Oriental, el acusado goza del derecho de escoger a su representante legal, existe un servicio de asistencia legal, el cual opera a través del sistema de defensores públicos. Luego de efectuado el arresto, la policía o el juez de la instrucción preguntan al sospechoso si desea contar con defensa y, de ser así, contactan a la Oficina de Asistencia Legal para que le sea asignado un defensor público. Los defensores públicos operan bajo un código de conducta, protegiendo los intereses de su cliente, la confidencialidad del caso y su actuación independiente.<sup>21</sup>

En Kosovo, la legislación procesal penal señala que el acusado tiene el derecho a defenderse por sí o mediante el abogado defensor de su elección.<sup>22</sup> La legislación de Kosovo ha sido criticada porque no prevé de manera adecuada el derecho a la representación legal para el caso de detención de sospechosos. Para remediar esta situación, la Misión de la ONU en Kosovo adoptó algunas medidas para garantizar la defensa a los arrestados.<sup>23</sup>

Tanto en Kosovo como en Timor Oriental, los defensores públicos se caracterizan por su inexperiencia. Los fiscales se han dado a la tarea de asesorarlos, incluso hasta el grado de hacer promociones y objeciones para la defensa. Entre las medidas tomadas para subsanar esta grave deficiencia, se encuentra la creación del Cen-

<sup>18</sup> Reglamento 2000/15 de la UNTAET, 6 de junio de 2002; Reglamento 2000/11 de la UNTAET, 6 de marzo de 2000; resolución 1272 del Consejo de Seguridad, 25 de octubre de 1999.

<sup>19</sup> Estatuto N° (1), 10 de diciembre de 2003, sancionado por el Consejo de Gobierno Iraquí.

<sup>20</sup> Swart, Bert, "Internationalized Courts and Substantive Criminal Law", en *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Cesare P.R. Romano, et al., Oxford, Gran Bretaña, 2004, pp. 339-341.

<sup>21</sup> Conforme a la UNTAET Reg 2000/11 y Reg 2000/30, ambos reformados por la Reg 2001/25; así como a la Reg 2001/24, respectivamente.

<sup>22</sup> Arts. 11- 67 de la Ley Procesal Penal de la República Federal de Yugoslavia.

<sup>23</sup> UNMIK Reg 2001/28.

tro de Investigación de Defensa Criminal en Kosovo, enfocado en mejorar la capacidad de los defensores a través de la asistencia vía casos relacionados (precedentes), investigaciones y entrenamiento. Otra medida es acudir a los defensores públicos internacionales.

En el Tribunal de Sierra Leona, el Estatuto de la Corte Especial reitera el derecho a la defensa y a la asistencia legal gratuita. Un aspecto prioritario ha sido contar con defensores públicos eficientes, estableciendo la Oficina de Defensa. Se permite también la defensa de abogados extranjeros. Sin embargo, tampoco afirma que el derecho a representación se aplique en todas las fases del procedimiento penal, ni establece expresamente el derecho a comunicarse con un abogado de forma inmediata y confidencial; tampoco a que el abogado esté presente durante los interrogatorios de las autoridades y de ser informado de estos derechos.

Por el contrario, la legislación que regula las Cámaras Extraordinarias de Camboya es poco clara en cuanto a la permisión de defensores de otras nacionalidades. También es obscura en señalar si el derecho a la asistencia legal gratuita rige durante todo el proceso o únicamente en la fase de investigación.

El Tribunal Especial de Irak, establecido tres días antes de la captura de Hussein, por el Consejo del Nuevo Gobierno Iraquí, el 10 de diciembre de 2003, es competente para juzgar a los responsables de los crímenes perpetrados (entre el 17 de julio de 1968 y el 1 de mayo de 2003) contra Irak, Kuwait y contra el pueblo iraquí sean éstos árabes, kurdos, turkmenos, sirios, chiítas o sunitas, y no sólo fue acusado Saddam Hussein, sino también los más importantes representantes de su régimen.<sup>24</sup>

Los jueces son todos iraquíes, pero pueden solicitar asesoría de extranjeros. Según Amnistía Internacional, el Estatuto del Tribunal es conforme al derecho internacional; aunque con muchas omisiones y deficiencias. Tales como falta de garantías suficientes

---

<sup>24</sup> Irak. Tribunal Especial para Irak-La imparcialidad de los juicios no está garantizada (Índice AI: MDE 14/007/ 2005), publicado por Amnistía Internacional en junio de 2005, consultable en: <http://asiapacific.amnesty.org/library/Index/ESLMDE140072005?open&of=ESL-332>

del derecho a un juicio justo y la negación de los derechos de los detenidos.

En cuanto a la defensa, el Estatuto estipula que el sospechoso tendrá derecho a disponer de la asistencia de un abogado de su elección o a que se le asigne asistencia gratuita. Pero no garantiza el derecho a esta información, ni está claro si la representación aplica durante todas las etapas del procedimiento.

Se puede decir que, al igual como ocurrió en el juicio de Milosevic, el de Hussein fue un juicio caótico. Al inicio, no lo acompañó ningún abogado y rehusó firmar documentos en que se indicaba que se le habían leído sus derechos. Sus abogados comenzaron a propagar la noticia de que su cliente no podría tener un juicio justo porque le había sido negada la representación legal en su audiencia preliminar y que había sido capturado por una invasión ilegítima, cuestionando la legitimidad del tribunal iraquí por estar impulsado por las fuerzas de coalición que ocuparon Irak (E.U.A. y Reino Unido).

Poco después del arraigo de Hussein, pero antes del juicio, el gobierno interino reinstaló la pena de muerte en Irak. A diferencia de los Ad hoc, a Saddam Hussein sí se le condenó a muerte, lo cual fue cuestionado por las políticas de la ONU.

Concluyendo, en todos los tribunales mencionados, el acusado tiene derechos reconocidos; a pesar de ello, dice Christophe Baron,<sup>25</sup> para los defensores no ha sido sencillo su ejercicio independiente al sujetarse a la Secretaría y al estar siempre más limitados que la fiscalía, pues ésta tiene conocimiento de todos los juicios y de la jurisprudencia existente.

Esta gestión que la Secretaría realiza en cuestiones relativas a la defensa, en total ausencia de un órgano que representara los intereses de los abogados, presenta complicaciones en dos aspectos: la libertad de elección de los abogados y las sanciones disciplinarias en contra de ellos.

---

<sup>25</sup> Baron, Christophe. "La Defensa Penal Internacional y los antecedentes del sistema de defensa de los TPIY y TPIR". El Colegio de Abogados Penal Internacional. Seminario sobre la Corte Penal Internacional. Universidad La Salle. 29-31 de octubre de 2002. San José, Costa Rica.

Respecto a la libre elección del defensor, recordemos que no todo abogado puede ejercer ante los tribunales penales Ad hoc; el acusado no puede elegir con toda libertad a su abogado pues éste debe reunir requisitos especiales. Aunado a que pocos abogados son remunerados por el acusado, siendo la mayoría convocados de oficio por el Secretario.

En cuanto a la dependencia disciplinaria, la problemática gira en torno a la falta de claridad y vaguedad de las normas sobre el particular, por ejemplo, la imposición de sanciones por “obstaculizar el procedimiento” o por “ir contra los intereses de la justicia”, sin que esté bien definido cuándo se incurre en tales supuestos.<sup>26</sup>

La limitación presupuestal incide por supuesto en la actuación de los abogados, pues no están seguros de que el Secretario aceptará pagar sus gastos de traslado, incluso la Secretaría puede condicionar el pago a expertos y asesores al resultado de su peritaje y su interés efectivo en el proceso.

Para superar estas desventajas, surge el Colegio de Abogados Penal Internacional, fundado el 17 de junio de 2002, en la Conferencia de Montreal. Más de 350 abogados estuvieron presentes en la Conferencia, así como representantes de colegios de abogados locales y nacionales, asociaciones de juristas internacionales y organizaciones no gubernamentales de 48 estados de todos los continentes

Pienso, señores y señoras, que aun cuando la tendencia actual

---

<sup>26</sup> En el caso de Ruanda, el artículo 46 del RPP del TPIR, señala:

*“Disciplina A) una Sala puede, después de una advertencia, imponer sanciones contra un abogado, si considera que su comportamiento es ofensivo o abusivo, obstaculizó el procedimiento o va sin dudas contra los intereses de la justicia. Esta disposición se aplica mutatis mutandis a los miembros de la Fiscalía”.*

El artículo 73 inciso E) dice también que:

*“Además de las sanciones previstas en el Artículo 46, una Sala puede sancionar a un Abogado si este último presenta un recurso, incluida una excepción prejudicial, que, en opinión de la Sala, es caprichosa, o constituye un abuso de procedimiento. La Sala puede pedir que esté suspendido el pago de una parte o de la totalidad de los honorarios que se deben de conformidad con el recurso presentado, y/o de los gastos allí derivados.”*

El artículo 46 del RPP del TPIY es mucho más preciso, puesto que indica que: “los jueces pueden después de una llamada al orden que no tuvo efecto, negarse a oír a un abogado si considera que su comportamiento es ofensivo u obstaculizó el buen desarrollo de la audiencia... si presenta un recurso, incluida una excepción prejudicial, que, en opinión de la Sala, es abusivo, o constituye un abuso de procedimiento.”

es que el delito no quede impune, y en su caso que se internacionalice la justicia cuando el país del delito no persiga ni juzgue al delincuente, produciendo impunidad, lo cual resulta estimable, no lo es, sin embargo, que con mengua de posibilidades reales de defensa se dilaten y ensanchen las facilidades y atribuciones de la acusación. A mi juicio, es equilibrio de justicia la igualdad de oportunidades entre partes, resulten éstas simpáticas o no; por cierto, el privilegio del profesionista libre es libremente aceptar o libremente no aceptar una defensa, pero en el defensor público no existe esta libertad, siendo entonces más apreciable la entrega a su vocación.

Por todo lo anterior, en íntima convicción, me siento obligado a decirles, por civismo y convivencia: presionen por sistemas y leyes equilibrantes para que ustedes y sus defendidos cumplan con su destino. Por último, les hago un reconocimiento porque con lo que está a su alcance, aunque sea poco a veces, ponen en juego sus destrezas, apuntan sus afanes y van por lo suyo.



Instituto Federal de Defensoría Pública

Director General

Magistrado César Esquinca Muñoa

Junta Directiva

Ministro José de Jesús Duarte Cano  
Doctor Ricardo Franco Guzmán  
Doctor Julio Antonio Hernández Pliego  
Doctor José Ovalle Favela  
Licenciado Juan Velasquez

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciado Mario Alberto Torres López  
*Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio*

Licenciado Enrique Alfredo Tamayo Díaz  
*Unidad de Asesoría Jurídica y Evaluación del Servicio*

Licenciado Pedro Pérez Popomeya  
*Unidad de Supervisión y Control de Defensa Penal y Asesoría Jurídica*

Licenciada Lidia Beristáin Gómez  
*Unidad de Apoyo Operativo*





El diseño y la formación de este volumen  
estuvieron a cargo de la Dirección General  
de Comunicación Social del Consejo de la  
Judicatura Federal

